

**CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO: ANÁLISE DA SÚMULA  
VINCULANTE Nº 33**

**CONSTRUCTION AND APPLICATION OF THE LAW: ANALYSIS OF  
THE BINDING SÚMUL Nº 33**

**LUÍS HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ**

Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Processo Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru. Professor no programa de mestrado da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha em Marília (UNIVEM) e no programa de graduação da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Vice-Lider do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP). Advogado. Email: [lhbfranze@gmail.com](mailto:lhbfranze@gmail.com).

**GIOVANE MORAES PORTO**

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Marília-SP. Integrante e monitor do grupo de pesquisa *Constitucionalização do Direito Processual* (CODIP), vinculado ao CNPq-UNIVEM, liderado pelos professores *Doutores Nelson Finotti Silva e Luiz Henrique Franzé*. Integrante do grupo de pesquisa *Bioética e Direitos Humanos*, vinculado ao CNPq – UNIVEM liderado pelo *prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior*. Advogado. Contato: e-mail: [giovanemoraesporto@hotmail.com](mailto:giovanemoraesporto@hotmail.com)

**RESUMO**

---

No intuito concretizar a norma de eficácia e aplicabilidade limitada, que versa sobre a aposentadoria especial prevista no § 4º, do art. 40, da CF/88, foi editada a Súmula Vinculante nº 33, que assegura a aplicação das regras do regime geral da previdência (RGPS) ao servidor público (RPPS), quando cabível, ou seja, quando inexistir a lei complementar dispendo sobre a aposentadoria especial para o respectivo servidor público. Mas, esta súmula deveria prever as hipóteses necessárias para assegurar que seja aplicada ao mesmo fato que lhe deu origem. Assim, o objetivo desta pesquisa é buscar, na cultura da “common law”, critérios da “ratio decidendi” que gerem maior confiabilidade na aplicação da referida súmula, além de propor uma nova redação. A metodologia utilizada será de caráter dedutivo a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, inclusive originária da cultura da “common law”. É esperado chamar atenção dos operadores do direito para a importância do debate sobre a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a aplicação da Súmula Vinculante nº 33.

**PALAVRAS CHAVE:** “Ratio decidendi”; Súmula vinculante; Segurança jurídica; Isonomia.

### **ABSTRACT**

In order to achieve the standard of effectiveness and limited applicability, which deals with the special retirement provided for in § 4 of art. 40, of CF / 88, was issued Binding Precedent nº 33, ensuring the application of the rules of the general social security system (RGPS) to the public server (RPPS), when appropriate, in other words, when the non-existence complementary law providing for the special retirement for the respective public servant. However, this Precedent should provide the assumptions necessary to ensure that it be applied to the same facts that gave rise to it. The objective of this research is to look at the culture of "common law" criteria of the "ratio decidendi" that generate greater reliability in the application of that precedent, and propose a new wording. In view of this, will be used doctrinal and jurisprudential research, including original culture of "common law". Thus, it is

---

expected to draw attention of law professionals of the importance of the debate on the need to establish objective criteria for the implementation of Binding Precedent nº 33.

**KEYWORDS:** “Ratio Decidendi”; Binding Precedent; Legal Certainty; Equality.

## INTRODUÇÃO

O tema foi escolhido porque um dos grandes obstáculos da ciência jurídica é a busca por mecanismos que viabilizam – o máximo possível – a uniformização das decisões judiciais sobre temas similares, isto para que os jurisdicionados tenham maior isonomia, segurança jurídica e justiça formal<sup>1</sup>. No entanto, conforme a cultura jurídica de cada povo, a uniformização tem sido buscada de modo diferente.

Assim, em um primeiro momento, este estudo examinará o instituto dos precedentes judiciais e suas regras, principalmente relacionadas ao seu elemento vinculante, isto é, a “ratio decidendi”. Após, serão verificadas as diferenças e peculiaridades da realidade brasileira, já que o sistema jurídico brasileiro, gradativamente, tem aumentado a força normativa das decisões judiciais, de modo que a experiência jurídica, de alguns pronunciamentos judiciais, passa a ser considerada como uma fonte primária do Direito, tal como ocorre com a súmula vinculante.

O instituto do precedente judicial é muito confundido, no Brasil, com o instituto das súmulas vinculantes. Assim como a jurisprudência, estes dois institutos decorrem do poder judiciário e vinculam as futuras decisões. Porém para fazer uma diferenciação mais precisa é necessário verificar qual elemento da súmula vinculante que vincula.

A doutrina não é pacífica quanto ao elemento vinculante das súmulas, uns entendem que é só o enunciado da súmula, outros entendem que é o enunciado

---

<sup>1</sup> Casos semelhantes devem ser julgados de forma semelhante.

---

juntamente com os casos que deram origem à súmula, pois todas as súmulas precisam ser baseadas, derivadas, de casos concretos.

A teoria que entende que a parte vinculante da súmula vinculante é o enunciado (texto), juntamente com os casos que deram origem a súmula, entende não ser possível diferenciar os institutos afirmando que o precedente está ligado a um caso concreto em quanto às súmulas não, pois entendem que as súmulas não se desligam dos casos que lhe deram origem.

Sendo assim, apesar da súmula ser diferente do precedente pelo fato que aquela visa à solução de casos futuros e este visa à solução de um único caso passado, é possível a utilização de alguns elementos da teoria do precedente judicial no instituto das súmulas. Principalmente, as técnicas da “ratio decidendi” e “obiter dictum”, do “overruling” e do “distinguish”.

A extração da “ratio decidendi” não estaria no enunciado da súmula, mas nos casos concretos que deram origem às súmulas, assim como a técnica do “distinguish” consistiria na diferenciação do caso a ser solucionado com os casos que deram origem à súmula. A técnica do “overruling” consiste no fato de superar o(s) argumento(s) utilizado(s) para a solução dos casos que deram origem à súmula.

A utilização desses elementos da teoria precedente judicial no instituto das súmulas vinculantes consiste em uma das mais importantes interações entre a “common law” e a “civil law”. Por isso, analisar-se-á o novo Código de Processo Civil, com o escopo de verificar a presença de elementos da “common law” nesta legislação.

Ao final, será possível propor um critério mais próximo possível da realidade brasileira, para buscar pela “ratio decidendi” da Súmula Vinculante nº 33, que dispõe sobre a aplicação das regras da previdência social sobre aposentadoria especial, ao servidor público, até a vinda de lei complementar que disponha sobre o tema.

---

No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a segurança jurídica trazida pela aplicação da súmula vinculante. A metodologia utilizada foi de caráter hipotético-dedutivo utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

## **2 CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NA “COMMON LAW”**

A cultura jurídica da “common law” – de origem anglo-saxônica –, é consuetudinária (BOBBIO, 1995, p. 33), ou seja, não é necessariamente escrita, além de ser pautada pelos usos e costumes que devem ser reconhecidos formalmente pelas autoridades judiciárias.

A principal fonte do direito desta cultura é o precedente judicial que se torna parâmetro para tutelar os futuros casos análogos (MANCUSO, 2007, p. 174), com o propósito de gerar igualdade<sup>2</sup> e segurança jurídica aos jurisdicionados, implicando maior coerência entre o passado e futuro do sistema.

Por consequência, a cada novo problema jurídico o Direito passa a ser refinado – buscando a correção substancial e o esgotamento de todos os argumentos para se alcançar a melhor solução possível para aquele problema jurídico – pelo Poder Judiciário (*from case to case*), outorgando poder normativo, para a construção racional do Direito.

Aliás, a “common law” (também conhecida como “comune ley”) foi estabelecida como meio para combater a grande variedade dos costumes, que variavam de local para local, com a função de propiciar um direito comum sobre toda a Inglaterra.

---

<sup>2</sup> Com o propósito de realizar a justiça formal, ao tratar igualmente casos semelhantes.

---

Inicialmente a “common law” passou a ser aplicada com exclusividade pelos Tribunais Reais de Justiça, que tinham o monarca no topo da hierarquia (DAVID, 2002, p. 359) e, apesar do formalismo inicial, gradativamente, as decisões passaram a ser normas substantivas, de modo que o *precedente* foi valorizado<sup>3</sup> (DAVID, 2002, p. 364).

Vale registrar que a “common law” sofreu forte influência do período relativo à conquista da Inglaterra (anglo), pelos normandos (saxões), que eram capitaneados por Guilherme, o Conquistador, no ano de 1066 (DAVID, 2002, p. 358). Daí porque é dito que a “common law” é anglo saxônica.

Logo, - ao contrário da “civil law”, que chegou a proibir a interpretação das leis pelos magistrados -, a “common law” vem aprimorando a interpretação judicial há séculos e, por isso, possui mecanismos que não podem ser desprezados pela “civil law” para gerar maior igualdade e segurança jurídica. Os principais mecanismos estão ligados ao instituto do precedente e a respectiva teoria da “ratio decidendi”.

O substantivo *precedente* não deve ser confundido com *jurisprudência*, já que – como lembrado por Michelle Taruffo (2007, p. 87-89) -, existem duas grandes diferenças, a saber: a) quantitativa, pois o precedente versa sobre um caso particular, enquanto a jurisprudência implica a pluralidade de decisões; b) qualitativa, pois o precedente é melhor elaborado, já que estabelece uma regra a ser universalizada para casos futuros similares, enquanto a jurisprudência se satisfaz em interpretar regras jurídicas<sup>4</sup>. A utilização destes institutos como sinônimos pode desvirtuar a finalidade de um, ou de ambos, os institutos.

---

<sup>3</sup> Importante salientar que o sistema do “stare decisis” - que passou a ser usado na “common law” para obrigar o cumprimento dos precedentes -, possui exceções, como ocorre quando se demonstra que o caso examinado é diverso (“distinguishing”), ou se demonstra que o entendimento do precedente está superado (“overruling”).

<sup>4</sup> José Rogério Cruz e Tucci adverte que o substantivo jurisprudência indica a atividade desenvolvida pelo tribunal para “dizer o direito”, além de que, no decorrer da história, já existiram outros inúmeros significados, ao expressar que: “Optamos deliberadamente pelo emprego da locução precedente judicial em substituição ao termo jurisprudência, de uso mais comum e nossa

---

Por outro lado, o conceito de precedente não é pacífico. Por exemplo, para Thomas da Rosa de Bustamante (2007, p. 300-301) consiste em qualquer decisão judicial prévia que um juiz se embasa para fundamentar o seu pronunciamento sobre um caso atual. Já, para Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 214), será a decisão judicial que elabora uma tese jurídica. Após trazer conceito parecido, Caio Márcio Gutterres Taranto (2010, p. 8) acrescenta que o precedente tem a função de atribuir racionalidade<sup>5</sup>.

Enfim, com apoio nesta última definição, para este estudo, precedente será considerado como a decisão prévia que elabora tese jurídica para atribuir racionalidade ao sistema.

Vale ressaltar, ainda, a existência de duas teorias sobre o âmbito dos precedentes. Uma é a teoria *declaratória*, que defende a existência de um direito (inclusive trazido pelos costumes) anterior ao precedente, de modo que o precedente apenas declara um direito que já existe. Um dos expoentes desta teoria é William Blackstone (1979).

Outra é a teoria *constitutiva*, que defende a inexistência de um direito anterior ao precedente, de modo que o precedente cria o direito (“judge make law”). Esta corrente é defendida por Oliver Wendell Holmes (1982) e Roscoe Pound (1937). Esta teoria tem maior aceitação.

---

linguagem jurídica, por duas relevantes razões. Em primeiro lugar porque, enquanto hoje o substantivo jurisprudência indica genericamente a atividade dos tribunais no desempenho de seu mister ‘ius dicere’, no âmbito da história do direito, ‘iurisprudencia’ tem múltiplo significado, ora indicando ciência do direito, ora designando a própria atividade profissional (jurisprudência forense ou prática contraposta à teórica)”. (2004, p. 15).

<sup>5</sup> Esta racionalidade é lembrada por Caio Márcio Gutterres Taranto - com apoio na doutrina de Geoffrey Marshall -, que adverte sobre a possibilidade de a terminologia precedente ser usado para outras aplicações. Como: “Primeiro, é, às vezes, utilizada sem promover consideração ou análise de um corpo de alegações relevantes de decisões anteriores. Em segundo lugar, ‘precedente’ pode ser utilizada como uma descrição de um resultado de uma dada decisão que é considerada por sua relevância. Por fim, leciona o Professor de Oxford que a terminologia pode ser usada para estabelecer uma regra abstrata que, para a decisão em um caso particular, é arguida para exemplificar ou ilustrar.” (2010, p. 8).

---

Os precedentes, apesar de configurarem fontes do direito, não estão acima da lei. Estão limitados ao quadro normativo imposto pelo legislativo, por isto é uma forma de limitação à discricionariedade. Porém, mesmo com a discricionariedade limitada há o reconhecimento, a criação, do direito. Sempre haverá margem para a discricionariedade, se fosse possível extinguir toda a discricionariedade poderiam substituir os julgadores por computadores.

Os precedentes não se situam acima da lei, mas são apenas interpretações dessa lei. É claro que existe a discussão entre as teorias declaratórias e constitutivas acerca da possibilidade do juiz criar o direito, mas de qualquer forma, ainda que ele possa, por decisão judicial, criar o direito, estará ele obviamente submetido à vontade do legislador se o “direito criado judicialmente” foi legislativo por quem de direito. (NOGUEIRA, p. 200)

O debate entre a teoria declaratória e a teoria constitutiva ou positivista é muito importante para a teoria jurídica, a fim de analisar a genealogia do direito. A teoria declaratória entende que o direito preexiste à decisão judicial, esta apenas reconhece e atribui o dever de obediência, limitada às prescrições legislativas.

Ao passo que, a teoria constitutiva ou positivista, entende que a decisão judicial que determina a proveniência do direito, o direito não preexiste, só será considerado direito a partir da decisão judicial.

Nas duas teorias há a vinculação da decisão judicial, há a subordinação ao conhecimento produzido pela decisão, à atribuição de significado ao texto normativo e o dever de observância.

Da teoria positivista podemos extrair a afirmação – geralmente correta – de que os juízes têm determinado poder criativo ao interpretar e aplicar o Direito aos casos concretos; da teoria declaratória podemos derivar a tese de que, em um importante sentido, os juízes, quando aplicam o Direito a determinado caso concreto, estão vinculados pelo conteúdo das prescrições normativas que podem de modo geral ser derivadas do Direito e de sua sistematização racional. (BUSTAMANTE, 2012, p. 264-265)

---

A teoria que prevalece é a teoria constitutiva ou positivista do direito. Apesar de o precedente estar limitado ao quadro normativo, este não possui significado por si, necessita de um discurso racional feito por meio de uma decisão judicial para atribuir significado ao texto normativo, ou seja, para “preencher” o quadro. Portanto, o julgador não apenas declara algo que já existia, ele constitui, cria, o direito, mesmo tendo a discricionariedade limitada por esta moldura. O que preexiste é a moldura a ser preenchida, não o direito propriamente dito.

Uma vez definido no que consiste o precedente judicial, já será possível verificar uma das principais regras sobre o mesmo, isto é, a “*ratio decidendi*”.

A *ratio decidendi* é um fragmento da decisão que irá servir de parâmetro para o julgador em casos futuros, a fim de analisar se os casos se assemelham, analisar os motivos determinantes para a decisão e, se for o caso, superar o argumento anterior, superar o produto da interpretação anterior.

Para que uma opinião tenha o peso de um precedente é necessário que ela tenha sido dada por um juiz e também que tenha sido necessária para a decisão de um caso particular, isto é, não pode ser *obiter dictum*. A *ratio decidendi* de uma decisão nos sistemas de *common law* é o que vai criar um precedente vinculante nas decisões seguintes e, portanto, se faz necessário descobri-la. (BARBOZA, 2014, p. 217).

Para localizar a *ratio decidendi* em uma decisão judicial é necessário reconstruir subsuntivamente/silogisticamente a justificação racional, para verificar a relação entre as suas premissas e o resultado do julgamento a fim de verificar quais são os argumentos que sem eles não seria possível chegar naquele resultado do julgamento.

Tal reconstrução pressupõe, antes de tudo, uma ferramenta analítica para elucidar a estrutura das decisões judiciais e revelar todas as premissas normativas contidas em sua fundamentação. Tal ferramenta analítica pode ser a enunciação formal dessas premissas normativas sob a forma de silogismos práticos, isto é, silogismos “cuja premissa maior e cuja conclusão não são enunciados que se assume exprimirem proposições apofânticas, mas enunciados que se assume exprimirem proposições *prescritivas*” [Chiassoni 1999:152]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 278).

---

Deste modo, o elemento da decisão que não influenciou no resultado do julgamento é chamado de *obter dictum* e não vinculará os demais julgamentos. Já a parte da decisão que foi decisiva para o resultado do julgamento será a *ratio decidendi*. Portanto, é possível a presença de mais de um argumento que interfira no resultado do julgamento, podendo conter *rationes decidendis*. “A dificuldade para determinar a *ratio decidendi* de um caso qualquer decorre, em minha opinião, da pressuposição de que há apenas uma *ratio* em cada caso julgado”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 270). Entre as *rationes decidendi* podem haver diferentes graus de vinculação, a chamada “força gravitacional”<sup>6</sup> pode variar entre as *rationes*.

Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação contituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*. (BUSTAMANTE, 2012, p. 259)

A *obter dictum* – o elemento não vinculante de um precedente judicial – é verificada na justificação da decisão por exclusão, ou seja, aqueles argumentos que não são considerados *ratio decidendi*, não influenciam o resultado do julgamento<sup>7</sup>, são considerados *obter dictum*, por isso “dito para morrer”.

De modo geral, o conceito de *dictum* é definido *per exclusionem*: todas as normas e afirmações que não puderem ser enquadradas no conceito estrito de *ratio decidendi* têm sua autoridade descartada e valem apenas pela força de convencimento que eventualmente possam vir a ter [Marshall 1997:515; Taruffo 1994:420]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 276).

---

<sup>6</sup> Sobre a “força gravitacional do precedente judicial” ver Bustamante, 2012, p. 302

<sup>7</sup> “o *obter dictum* corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda”. (STRECK, 2013-b, p. 44).

---

Portanto, a análise da *ratio decidendi* é muito importante para a teoria jurídica, pois é o elemento que irá construir o direito de forma racional, construir o entendimento jurisprudencial, impor o conhecimento a ser seguido a fim de gerar coerência, previsibilidade, integridade, segurança e estabilidade de entendimento no sistema jurídico.

No entanto, conforme aponta Marcelo Alves Dias de Souza (2013, p. 125-133), existem algumas teorias para localizar a “ratio decidendi” da decisão, tais como: pela teoria de Eugene Wambaugh (conhecida como teoria clássica), a “ratio decidendi” será a proposição necessária para uma decisão; pela teoria de Herman Oliphant, a “ratio decidendi” serão os fatos existentes nos autos que estimularam a resposta do tribunal, devendo ser ignorado o trabalho mental usado, na decisão, pelo juiz e; pela teoria de Arthur Goodhart, a “ratio decidendi” consiste nos fatos que o juiz considerou como fundamentais (“material facts”) para a sua decisão. Assim, o primeiro passo seria a identificação dos fatos jurídicos relevantes e, a partir daí, se passa ao desenvolvimento das regras para esta busca<sup>8</sup>.

O problema da teoria de Herman Oliphant é que se mostra ilógica esta separação entre o trabalho mental do juiz e os fatos que estimularam a conclusão. Aliás, é difícil imaginar - para não dizer impossível -, que possa haver esta separação.

Já, para a teoria de Arthur Goodhart – que, grosso modo, procura aprimorar a teoria de Eugene Wambaugh -, a “ratio decidendi” pode ser conceituada como os

---

<sup>8</sup> Sobre estas regras, Marcelo Alves Dias de Souza expressa que: “Ao final, Goodhart resume as regras para se determinar a ‘ratio decidendi’ de um caso da seguinte forma: (1) O princípio de um caso não é encontrado nas razões dadas na *opinion*. (2) O princípio não é encontrado na regra de Direito apresentada na *opinion*. (3) O princípio não é necessariamente encontrado através de uma consideração de todos os fatos averiguados do caso e da decisão do juiz. (4) O princípio do caso é encontrado ao se levarem em conta (a) os fatos tratados pelo juiz como fundamentais, e (b) sua decisão como baseada neles. (5) Para encontrar o princípio, também, é necessário estabelecer quais fatos foram considerados não fundamentais pelo juiz, pois o princípio pode depender tanto da exclusão como da inclusão.” (2013, p. 133).

---

fatos considerados pelo pronunciamento (antecedentes) que conduziram efetivamente ao resultado da decisão (consequente)<sup>9</sup>.

Por exemplo, a Súmula nº 701 do Supremo Tribunal Federal expressa que: “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em Processo Penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”.

Logo, para aplicar a teoria dos precedentes para casos futuros, deverão ser comparadas as semelhanças entre as situações de fato (“ratio decidendi”) que obrigam ao resultado, ou seja, se o caso atual: a) versa sobre impetração de mandado de segurança; b) e, se o ato coator consiste em decisão judicial proferida em processo penal.

Se ambos os fatos (antecedentes) ocorrerem, então deverá ser considerado o resultado (consequente), isto é, que haverá obrigação de citar o litisconsorte passivo<sup>10</sup>.

A “ratio decidendi” não é utilizada apenas para a aplicação do precedente, mas também para a sua justificação, fazendo com que o precedente se vincule mais pela “ratio” do que pela sua autoridade (“autorictas”), diminuindo a discricionariedade judicial.

---

<sup>9</sup> Embora os limites desta pesquisa impeça o aprofundamento sobre estas teorias, vale registrar que Arthur Goodhart chegou a argumentar que poderiam existir decisões em que a “ratio decidendi” não estaria nos fundamentos. (1930, p. 167).

<sup>10</sup> Guardadas as devidas proporções, Hans Kelsen bem salienta a recriação do direito por meio desta relação entre antecedente e consequente, ao expressar: “Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem ‘in concreto’ os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados ‘in abstracto’ por uma norma geral. Esta determinação do fato que condiciona as consequências do ilícito implica a determinação da norma geral a aplicar, isto é, a averiguação de que está em vigor uma norma geral que liga uma sanção ao fato (ou situação de fato) em apreço.” (2009, p. 263-264).

---

### 3 CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

A cultura da “civil law” sofreu forte influência da revolução francesa, que buscou preservar a igualdade e segurança jurídica, por meio da proibição de que o juiz interpretasse a lei, sendo permitido, apenas, que declarasse a vontade do legislador.

Os franceses tinham receio de que os juízes, por serem originários da nobreza, poderiam decidir com parcialidade. Daí, porque Charles de Secondat Montesquieu defendia que os juízes eram apenas a boca da lei (“bouche de la loi”), de modo que, ao aplicarem a lei: “não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1979, p. 160). Portanto, a aplicação se dava de forma puramente mecânica. De modo que, se o juiz necessitasse interpretar a lei, deveria pedir para que o Legislativo fizesse previamente esta interpretação.

Em outras palavras, a “civil law” partiu da premissa de que as situações tipificadas pelas leis - além de refletirem todos os ideais de justiça e moral - seriam suficientes para prever a solução de todos os conflitos que possam acontecer em nosso cotidiano (DAVID, 2002, p. 23), isto é, que o sistema teria coerência e completude, sem lacunas ou conflito entre as normas. Dessa forma, a aplicação da lei pelo juiz, sem interpretá-la, implicaria a isonomia e segurança jurídica dos jurisdicionados<sup>11</sup>.

No Brasil, embora a nossa Constituição Federal ainda mantenha a necessidade de obediência à lei<sup>12</sup>, é sabido que este critério da “civil law” tem sofrido grandes mitigações<sup>13</sup>, levando o juiz a interpretar a lei.

---

<sup>11</sup> Como ressalta Thomas da Rosa de Bustamante, na França, este método de aplicação do direito é conhecido como *phrase unique*, que é resultado de uma forte influência do positivismo formalista, da escola da Exegese, que pretendia “reduzir o direito à lei” (2012, pág 20).

<sup>12</sup> Nestes sistemas, os códigos representam uma evolução, pois têm o escopo de facilitar a aplicação da lei, ao separá-las geograficamente pelas matérias que regulamentam. Por exemplo, a Constituição Federal Brasileira adverte que a fonte primária de nosso direito seria a lei, conforme

---

Mas aí é que surge o problema da falta de limites para esta interpretação, que tem levado às inúmeras decisões conflitantes para casos similares, desnortando os jurisdicionados e, por conseguinte, ofendendo a isonomia e segurança jurídica. Aliás, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva com base no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>14</sup>.

Logo, atualmente, o juiz brasileiro tem mais poder do que o juiz da “common law”, já que pode interpretar a lei e não está limitado pelos precedentes. Emerge daí a importância de que a decisão judicial demonstre claramente as premissas que levaram ao resultado, de modo semelhante à “ratio decidendi” na “common law”<sup>15</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro, concebido a partir da “civil law”, vem demonstrando simpatia crescente pelas tentativas de uniformizações sobre determinados temas proferidos pelo judiciário.

Em interessante retrospecto histórico, Caio Márcio Guterres Taranto (2010, p. 23) aponta as quatro principais fases históricas que marcam este processo gradativo de aumento das uniformizações da jurisprudência.

A 1ª fase ocorreu entre os anos de 1500 e 1889, tendo sido norteadada pela influência do Direito Português, uma vez que, no período do Brasil-Colônia, a Lei 2.684/1875 validou os assentos da Casa de Suplicações de Portugal (ALMEIDA; LOBÃO, 1885, p. 97), para também serem aplicados no território brasileiro, inclusive quanto à sanção funcional imposta ao juiz que deixasse de aplicar os referidos assentos.

---

expresso, principalmente, no **art. 5º, inc. II, da CF**, ao expressar que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”

<sup>13</sup> Este critério da “civil law” foi superado pela filosofia da linguagem, quando o paradigma da essência foi superado pelo paradigma da consciência, devido a concepção kantiana e, mais atualmente, com o giro linguístico formulado por Martin Heidegger.

<sup>14</sup> Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 4.227, Rel. Min. Ayres Britto, Dje-198 14.10.2011.

<sup>15</sup> Para que a decisão judicial tenha limites e seja legitimada, o que deve ser feito de forma discursivo-argumentativo e, portanto, racional.

---

Um aspecto interessante era a possibilidade de o judiciário ser retaliado, pois o inciso VIII do art. 15 da Constituição de 1824<sup>16</sup> dava competência, em último grau, ao legislativo para interpretar as leis (e não ao judiciário), como é próprio da “civil law”, além de que - grosso modo -, as decisões do legislativo não poderiam ser impugnadas, porque inexistia controle de constitucionalidade para as mesmas.

Mas, não pode ser esquecido que este aparente poder do legislativo foi mitigado pelo poder moderador atribuído ao Imperador, que tinha meios para efetivar forte pressão junto aos demais poderes, inclusive podendo dissolver ou substituir a Câmara dos Deputados, bem como suspender magistrados (Constituição de 1824, art. 101<sup>17</sup>). A propósito, esta fase tem forte marca da “civil law” no tocante ao enfraquecimento do judiciário, por meio da impossibilidade de o juiz interpretar leis.

A 2ª fase se deu entre os anos de 1891 e 1963, tendo sido pautada pela pré-objetivação das decisões judiciais relativas ao controle de constitucionalidade pela via difusa, que passaram a ser normas no sentido de terem validade para todos os jurisdicionados (“erga omnes”), indo além das partes que litigam no processo.

Basicamente, esta fase foi iniciada pela Constituição da República de 1891 que - inspirada no modelo estadunidense -, trouxe o controle de constitucionalidade

---

<sup>16</sup> Constituição de 1824, Art. 15: “É da atribuição da Assembléa Geral. (...) VIII. Fazer Leis, interpreta-las, suspende-las, e revoga-las.”

<sup>17</sup> Constituição de 1824, Art. 101: “O Imperador exerce o Poder Moderador I. Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.”

---

difuso (“judicial review”)<sup>18</sup>, mas deixou de atribuir às respectivas decisões judiciais o necessário efeito vinculante.

Em paralelo, este esboço de força normativa destas decisões inerentes ao controle de constitucionalidade sofreu um duro golpe, pois a lei passou a ter exclusividade como fonte do direito, bem como foi permitido que cada Estado legislasse sobre processo. Esta diversidade de legislações processuais civis, como não poderia deixar de ser, gerou grande gama de decisões judiciais contrárias sobre a mesma questão, ampliando a insegurança jurídica e a ofensa a isonomia dos jurisdicionados.

No intuito de restaurar a força de alguns pronunciamentos judiciais, a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926 atribuiu a função uniformizadora ao Supremo Tribunal Federal, ao inserir o inc. II do art. 59 da Constituição Federal de 1891<sup>19</sup>.

Entretanto, a Constituição de 1937 reduziu o alcance do controle de constitucionalidade difuso, ao permitir que a invalidade pudesse ser revista pelo parlamento, mediante remessa do Presidente<sup>20</sup>. Mas, esta mesma Constituição de 1937 também restaurou a competência da União para legislar sobre processo,

---

<sup>18</sup> Originário dos Estados Unidos da América, o controle difuso (“judicial review”) restringe às partes, o alcance da decisão proferida no processo de modo que afeta apenas obrigação discutida nos autos. Ao contrário, pelo controle concentrado (modelo originário da Europa), a decisão proferida nos autos alcança a norma (e não apenas a obrigação), valendo para todos (e não apenas para as partes).

<sup>19</sup> Constituição de 1891, Art. 59: “(...) II: “*julgar, em grão de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais;*”

<sup>20</sup> Constituição de 1937, Art. 96: “*Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único: No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.*”

---

acabando com a parafernália gerada pela diversidade de Códigos Processuais Estaduais e criando a figura do *prejulgado* (CPC/39, art. 861)<sup>21</sup>.

O mencionado *prejulgado* era um incidente para se buscar pela uniformização, porém sem caráter vinculante no processo civil. Esta fase terminou no dia 13 de dezembro de 1963, quando foi inovado o modo de uniformização da jurisprudência, por meio da criação das primeiras súmulas.

Por sua vez, a 3ª fase foi estabelecida entre os anos de 1963 a 1988, tendo sido pautada pela objetivação de decisões judiciais que - em algumas situações -, deixaram de ser aplicados apenas aos casos concretos, para abranger a todos.

O início desta fase se deu pela introdução do controle de constitucionalidade concentrado em nosso país, por meio da Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, que passou a conviver ao lado do controle difuso, que já existia. Daí para frente, o modelo de controle de constitucionalidade concentrado passou a ser ampliado.

Em paralelo, o incidente de uniformização continua até os dias atuais, conforme previsto no art. 479 do atual CPC/73<sup>22</sup>.

Atualmente a força vinculante das decisões judiciais vivencia a 4ª fase, iniciada em 1988, que passa a reconhecer a condição normativa dos princípios, inclusive, para superar dogmas tradicionais, como permitir que o judiciário atue no caso de omissões do legislador ou do executivo (ativismo judicial<sup>23</sup>).

Feito este breve retrospecto histórico, podem ser apontadas algumas situações atuais em que o legislador busca pela força normativa dos precedentes,

---

<sup>21</sup> Código de Processo Civil de 1939, Art. 861: “A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.”

<sup>22</sup> Código de Processo Civil de 1973, Art. 479: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.”

<sup>23</sup> No Brasil, o ativismo é muito usado, por exemplo, para obrigar o poder público a cumprir a sua obrigação de entregar remédios vitais para o cidadão.

---

tais como: a lei 8.038/90 (lei dos recursos), por meio do art. 38<sup>24</sup> - no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - outorgou poderes ao relator para negar seguimento a recurso manifestamente contrário à súmula. Aliás, posteriormente, esse entendimento foi ampliado para os demais recursos, por meio do art. 557 do CPC, com redação das leis 9.139/1995 e 9.756/1998; a emenda constitucional nº 03/1993, alterou a CF/1988, para instituir o efeito vinculante às decisões definitivas de mérito, proferidas na ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2<sup>o25</sup>), no âmbito do Supremo Tribunal Federal; a Emenda Constitucional nº 45/2004, instituiu a súmula vinculante (CF, art. 103-A); a lei 11.276/2006 inseriu o § 1º no art. 518 do CPC, para que o juiz não receba o recurso de apelação quando a sentença estiver embasada em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; a lei 11.672/2008 inseriu os arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC/73, que permitem o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial, quando versarem sobre questão de direito que exista multiplicidade de recursos, de modo que a decisão adotada nos recursos selecionados será aplicada aos demais que versarem sobre a mesma questão e; o novo CPC, lei 13,105/2015, possui tipificação para algumas situações de respeito da observância da “ratio decidendi”, como a obrigatoriedade de a sentença, interlocutória ou acórdão que invocar “precedente” ou “súmula” venha a identificar a semelhança dos fundamentos determinantes do resultado, com o caso que está sendo apreciado (art. 489, § 1º, incs. V e VI).

Certamente a falta de efeito vinculante é a maior diferença entre a súmula *persuasiva* – também conhecida como súmula *simples* (NERY JUNIOR, 2006, p.

---

<sup>24</sup> Lei 8.038/90, Art. 38: “O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

<sup>25</sup> CF/88, Art. 102. (...) § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

---

747) – e a súmula *vinculante*, como defendem Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 374) e José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12).

Porém, gradativamente, o legislador tem ampliado (potencializado) os efeitos da súmula persuasiva, que pode ser usada como fundamento, inclusive, para o relator, isoladamente, negar provimento ao recurso (CPC, art. 932, IV, “a”) ou mesmo dar provimento (CPC, art. 932, V, “a”).

Outra diferença é que as súmulas persuasivas podem ser editadas por qualquer tribunal, enquanto as vinculantes competem apenas ao Supremo Tribunal Federal.

O rito de criação da súmula vinculante está previsto no art. 103-A da CF, que foi regulamentado pela Lei 11.417/2006.

Porém, o objeto da súmula vinculante é limitado, já que apenas poderá ser criada quando houver matéria de natureza constitucional, que tenha sido objeto de reiteradas decisões (CF, art. 103-A, “caput”)<sup>26</sup>.

De outro lado, a aprovação da súmula vinculante depende do voto da maioria qualificada<sup>27</sup> de 2/3 dos seus membros. Desta forma, existindo onze ministros no Supremo Tribunal Federal, é necessário o mínimo de oito votos para a sua aprovação (CF, art. 103-A, “caput”).

---

<sup>26</sup> CF/88, Art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

<sup>27</sup> Relevante registrar que o legislador adotou o sistema mais rigoroso da maioria qualificada de 2/3 para a súmula vinculante e, por conseguinte, continuou a maioria absoluta para as demais súmulas (não vinculantes). A diferença entre as três formas de auferir o quorum, a saber: a) Maioria simples é auferida pelo primeiro número inteiro acima da metade dos presentes. Logo se existem 11 ministros, e apenas 7 comparecem, a maioria simples será 4 votos; b) Maioria absoluta é auferida pelo primeiro número inteiro acima da metade dos membros (e não dos presentes) do respectivo órgão. Logo se existem 11 ministros, e apenas 7 comparecem, a maioria absoluta será 6 votos; c) Maioria qualificada é auferida pelo primeiro número inteiro acima da fração indicada (geralmente é de 2/3), dos membros do respectivo órgão. Logo se existem 11 ministros, a maioria qualificada de 2/3 será 8 votos.

---

Em paralelo, a súmula vinculante também possui penalidades para o seu descumprimento, tais como: o interessado poderá interpor reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal para postular pelo descumprimento da súmula e, conseqüentemente, para cassar/anular o ato (Constituição Federal, art. 103-A, § 3º)<sup>28</sup> e; o infrator da súmula será responsabilizado nas esferas civil, administrativa e penal (Lei 9.784/99, art. 64-B)<sup>29</sup>.

De fato, de nada adiantaria o efeito vinculante se não houvesse uma forma de coerção. No entanto – e até mesmo para que seja facilitada a sua interpretação e conseqüente função uniformizadora -, é imprescindível que a súmula vinculante traga, de modo claro e exaustivo, as situações (antecedentes) que devem estar presentes para incidir o resultado (conseqüente), conforme será melhor explicado no próximo item.

#### **4 SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 33**

Para uma melhor exposição desse tema serão trazidos, separadamente, os aspectos relacionados ao tema como: conceitos utilizados, aplicabilidade e “ratio decidendi” da súmula.

Para evitar equivocidade, diante da grande discussão jurídica, serão trazidos os respectivos sentidos que este texto empregará sobre os conceitos a seguir (FRANZÉ, 2013, p. 61-67): Vigência é a existência da norma, que geralmente é

---

<sup>28</sup> CF/88, Art. 103-A, § 3º: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

<sup>29</sup> Lei 9.784/99, Art. 64-B: “Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

---

iniciada na data de sua publicação. Porém, esta vigência não significa que ela tenha aptidão (condição) para produzir efeitos; Eficácia é a aptidão para que a norma possa produzir efeito de modo abstrato<sup>30</sup> e; Aplicabilidade é a produção de efeitos da norma no caso concreto<sup>31</sup>.

Por exemplo, o Código Civil teve a sua vigência na data de sua publicação (10/01/2002), mas apenas 01 (um) ano após – em razão de sua *vacatio legis* –, é que passou a ter aptidão para produzir os seus efeitos (eficácia). Durante este ano, as situações ocorridas continuaram a ser regulamentadas pelo anterior código civil de 1916. Pode ser afirmado então, que apenas após o período de 01 (um) ano é que o Código Civil de 2002 passou a ter eficácia.

Já, a aplicabilidade, ocorre quando alguém pratica concretamente um ato tipificado na referida lei.

Por exemplo, o art. 186 do Código Civil de 2002 determina que o causador de danos deverá indenizar a vítima. Este dispositivo não será aplicável enquanto não ocorrerem efetivamente os danos previstos na norma (tipificados). Contudo, se alguém causar danos por causa de acidente de trânsito que provocou, o mencionado art. 186 terá aplicabilidade, neste caso concreto, para obrigar o causador do dano a indenizar a vítima.

Em outras palavras, para ser *aplicável* (usada no caso concreto), toda norma deverá ser eficaz (apta para produzir efeitos); mas a norma *eficaz* não será *aplicável*, quando não ocorrer a situação descrita<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Bem observa Virgílio Afonso da SILVA, que eficácia é a aptidão da norma para produzir efeitos (abstratamente) e, por isso, não se confunde com aplicabilidade, que é a produção dos efeitos no caso concreto, ao expressar: “*norma aplicável, nesse sentido, é aquela que não somente é dotada de eficácia – capacidade para produzir efeitos –, mas, também, cujo suporte fático se conecta com os fatos de um determinado caso concreto*”. (2008. p. 56)

<sup>31</sup> Aliás, não raramente, a doutrina chama esta aplicabilidade de eficácia jurídica, enquanto a eficácia propriamente dita tem sido alcunhada de eficácia social.

<sup>32</sup> “uma norma jurídica deixa de ser considerada válida quando permanece por muito tempo ineficaz. A eficácia é, nesta medida condição da vigência” (KELSEN, 2009, p. 08)

---

Entretanto, alguns direitos constitucionais ficam – por anos e anos - na dependência de lei infraconstitucional para que possam ter eficácia e aplicabilidade.

Diante desta situação, José Afonso da Silva (2012) desenvolveu sua teoria no sentido de que, no tocante a eficácia e aplicabilidade<sup>33</sup>, as normas podem ser: plena, que se aplicam independentemente de norma infraconstitucional e não podem ser restringidas; contida, que se aplicam independentemente de norma infraconstitucional, mas podem ser restringidas por norma infraconstitucional, desde que não seja descaracterizada ou; limitada, que não se aplica imediatamente, pois depende de norma infraconstitucional.

A norma *limitada* é rotulada por José Afonso da Silva como “fraca” (e não inexistente), pois chegam a produzir efeitos - embora mais tímidos -, como: obrigar o legislador a fazer a norma infraconstitucional necessária para que produzam todos os seus efeitos, sob pena de mandado de injunção ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão; obrigar a legislação futura a ser compatível com esta norma e revoga a legislação passada que for incompatível; vedar a criação de normas infraconstitucionais incompatíveis com o seu conteúdo.

Portanto, por mais que seja função atípica do Judiciário suprir as omissões legislativas, faz-se necessário para que o texto constitucional produza todos os seus efeitos. Se o Poder Legislativo cumprisse com seu dever de regulamentar todas as normas constitucionais de caráter limitado não seria necessária a regulamentação por parte do Poder Judiciário que usa de seus institutos vinculantes – principalmente as súmulas vinculantes – para suprir esta omissão legislativa e tornar possível a efetividade e aplicabilidade do texto constitucional.

---

<sup>33</sup> Logicamente existem outras teorias – inclusive defendendo a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais -, mas ficaremos apenas com a presente, quer seja por ter sido usada pela súmula vinculante nº 33, quer seja para não fugirmos do tema ora pesquisado.

Com estas considerações já é possível adentrar ao item específico. A súmula vinculante 33 dispõe sobre uma norma de eficácia limitada, que consiste no inc. III do § 4º do art. 40 da CF/88 e expressa:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

(...)

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Aqui, vale ressaltar que - no Brasil – existem 02 (dois) sistemas de previdência, mantidos pelo poder público, a saber (FRANZÉ; SILVA, 2014, p.149):

- a) Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que é mantido pelo INSS (CF/88, arts. 201 e 202) e abrange as relações de trabalho ligadas a iniciativa privada e as demais relações que não tiverem regime próprio de previdência;
- b) Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), que é mantido pelo respectivo ente federado (CF/88, art. 40) e abrange os servidores públicos titulares de cargos efetivos e vitalícios.

Logo, o art. 40 da CF/88 dispõe sobre aposentadoria do servidor público (RPPS), trazendo 03 (três) modalidades, que são: invalidez permanente; compulsória e voluntária.

Para este estudo interessa a aposentadoria voluntária, que é concedida para o servidor que completar *10 anos de serviço público e 05 anos no cargo* (CF/88, art. 40, § 1º, inc. III).

Além desse requisito (tempo de serviço), para ter direito a aposentadoria *integral* sobre o valor que vem contribuindo o homem deverá, pelo menos, ter 60

---

anos de idade e contribuir por 35 anos, enquanto a mulher deverá, pelo menos, ter 55 anos de idade e contribuir por 30 anos (CF/88, art. 40, § 1º, inc. III, “a”). Mas se preferir a aposentadoria *proporcional*, então o homem deverá, pelo menos, ter 65 anos de idade, enquanto a mulher deverá ter, pelo menos, 60 anos de idade (CF/88, art. 40, § 1º, inc. III, “b”).

No entanto, foi criada uma quarta espécie, que é a aposentadoria *especial* para amparar o servidor que trabalhe sob condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou integridade física. Na prática, trata-se de aposentadoria *voluntária* com proventos *integrais*, tendo a diferença de que serão diminuídos 5 (cinco) anos no tempo de serviço e de contribuição (homem com 55 anos de idade e 30 anos de contribuição e mulher com 50 anos de idade e 25 anos de contribuição).

Porém, para que o servidor público, não amparado pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS), possa exercer o direito de aposentadoria *especial*, dependerá da existência de lei complementar que defina os seus termos (CF/88, art. 40, § 4º).

Em outras palavras, a inexistência desta lei complementar impede o exercício do direito à aposentadoria *especial* ao referido servidor.

Esclarecido este sistema, o fato é que a súmula vinculante nº 33 dispõe sobre norma de eficácia e aplicabilidade *limitada*, que versa sobre a aposentadoria especial prevista no § 4º, do art. 40, da CF/88.

A referida súmula vinculante 33, publicada no dia 24/04/2014, expressa: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da constituição federal, até a edição de lei complementar específica.

A consequência estabelecida por esta súmula é a aplicação das regras do regime geral da previdência (RGPS)<sup>34</sup> ao servidor público (RPPS), quando cabível,

---

<sup>34</sup> Lei 8.213/1991: “Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a

---

ou seja, quando inexistir a lei complementar dispendo sobre a aposentadoria especial para o respectivo servidor público.

Porém, para que esta consequência seja aplicada, deve ser observada a presença dos fundamentos que determinaram o resultado da súmula.

Assim, os antecedentes que devem estar presentes (buscando uma analogia como a “ratio decidendi”), para que o interessado possa postular pela aplicação

---

saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. § 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49. § 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. § 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. § 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. § 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no **caput**. § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei. Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. § 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista. § 2º Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. § 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei. § 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento.”

desta súmula: ser servidor público que contribua para o regime próprio da previdência social (RPPS); trabalhar sob condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou integridade física; ausência de lei complementar dispondo sobre o seu direito à aposentadoria especial.

Enfim, estes são os fundamentos que devem ser identificados no caso concreto, para a aplicação da referida súmula vinculante 33.

Logo, para aplicar esta Súmula, a decisão judicial deverá demonstrar efetivamente a presença destes 03 (três) pressupostos e, uma vez demonstrados deverá ser aplicada as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial ao servidor público.

## **CONCLUSÃO**

O Brasil teve a sua cultura jurídica embasada na “civil law” e, por isso, poderia ser imaginado que a fonte originária do direito sempre tenha sido a lei. Entretanto, a história mostra que, há muito, têm sido usados mecanismos que são próprios da “common law”.

Aliás, vale ressaltar que o apego aos precedentes, levaria maior isonomia aos jurisdicionados, bem como contribuiria com a segurança jurídica advinda da maior previsibilidade das decisões judiciais.

Daí a importância de se buscar na cultura da “common law”, uma de suas regras, que é a busca pela “ratio decidendi”, ou seja, os fatos considerados pelo julgamento, que conduziram efetivamente ao resultado.

Aplicando esta regra - e guardadas as devidas peculiaridades -, facilitaria muito se a Súmula Vinculante nº 33 trouxesse, mais claramente em seu corpo, todas as situações que devem estar presentes (antecedentes), para produzir o respectivo resultado (consequente).

---

Por fim, seria de boa técnica que a CF/88 fosse emendada para incluir um § 4º, no art. 103-B, contendo a obrigatoriedade de que a redação das súmulas vinculantes traga claramente todos os antecedentes (fundamentos determinantes) que devem estar presentes para produzir o resultado normatizado (consequente), para, desta forma, conter o caráter hipotético-condicional a fim de conferir maior objetividade ao Direito.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Manuel; LOBÃO, Souza. **Segundas linhas sobre o processo civil**. 1ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1885.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais** – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional I*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr/jun. 2014-b.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Trad. por Carlos Rodrigues, Márcio Pugliesi e Edson Bini. 1ª ed. São Paulo: Ícone, 1995.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the law of England**.. London: The University of Chigago Press. V. I., 1979.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

\_\_\_\_\_. **Precedent in Brazil**. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte de direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, Trad. em português por Hermínio A. Carvalho. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Direito Constitucional Sistematizado**. 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá. 2013, Vol I, p. 61-67.

\_\_\_\_\_, Luís Henrique Barbante; SILVA, Nelson Finotti. **Direito Constitucional Sistematizado**. 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá. 2014, Vol I.

GOODHART, Arthur. **Determining the ratio decidendi of a case**. The Yale Law Journal. V. 40, nº 2, 1930.

HOLMES, Oliver Wendell. **The common law – Lecture I**. In: The common law & other writings. Birmingham: The legal classics library, 1982.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

POUND, Roscoe. **What is the common law?** The University of Chicago Law Review. 1937, nº 4.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: Autoridade na jurisdição constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Colômbia: Revista Precedente da Faculdade de Direitos e Ciências Sociais, 2007, p. 87-89.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed. Paulo: Editora Malheiros. 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013-b.