

# Súmula Vinculante n. 3 do Supremo Tribunal Federal: um estudo do conflito entre as mutações do direito e a busca de segurança jurídica no controle dos atos de aposentadoria pelos tribunais de contas

**Gustavo Terra Elias**

Bacharel em Direito pela UFMG. Especialista em Controle Externo da Gestão Pública pela PUC Minas. Mestrando em Direito pela UFMG. Professor Universitário de Direito. Analista de Controle Externo do TCEMG.

**Resumo:** A partir do exame de alteração de entendimento na aplicação da Súmula Vinculante n. 3 por iniciativa do próprio Supremo Tribunal Federal, que disciplina a aplicação pelos tribunais de contas dos princípios do contraditório e ampla defesa no âmbito dos processos de controle de legalidade dos atos de aposentadoria e pensão, propõe-se este artigo a avaliar se a segurança jurídica almejada pela súmula, mediante suposta eliminação de divergência jurisprudencial, se fragiliza diante da sua potencial incapacidade de realizar justiça sobre situações concretas apresentadas.

Então, a uniformização de entendimento pode ceder lugar à flexibilidade, evidenciando a tendência do direito à mutabilidade, mesmo em situações em que se evoca o princípio da segurança jurídica como fundamento para supostamente garantir estabilidade à atividade de controle da Administração Pública.

**Palavras-chave:** Súmula vinculante. Segurança jurídica. Mutabilidade do direito. Controle da Administração Pública. Tribunais de contas.

## 1 INTRODUÇÃO

Embasada pela necessidade de imprimir celeridade e previsibilidade nas decisões judiciais e aliada ao compromisso de realizar a segurança jurídica com a padronização de entendimento de controvérsias jurídicas que repousem sobre idênticas situações fáticas, a súmula vinculante acaba por se exprimir mediante proposições jurídicas generalistas. Entretanto, estas não eliminam a possibilidade de divergência de interpretação. Sempre há situações marginais, não contempladas na redação das súmulas, que conduzem a flexibilizações na sua aplicação, revelando que há um problema: as súmulas, situando-se no caminho que

parte da decisão judicial concreta em direção à norma legislada, reabrem a oportunidade de interpretação típica das leis. É a necessidade de buscar justiça diante de situações concretas de aplicação da súmula. Assim, podem ser precárias a previsibilidade e a certeza de aplicação do direito que se imaginou alcançada pela súmula vinculante.

Foi o que sucedeu com a Súmula Vinculante n. 3, que o STF, em desconformidade com o rito legal previsto, imprimiu interpretação inovadora, alheia aos contornos da sua redação, e decidiu alargar o raio de aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa aos procedimentos instaurados pelo Tribunal de Contas da União para controle da legalidade de atos de aposentadoria e pensão concedidos pela Administração Pública.

O estudo dos desdobramentos dessa decisão judicial, envolvendo princípios que orientam a atividade de controle da Administração Pública, serve de base para refletir, com inspiração na filosofia pré-socrática, se a segurança jurídica — e os institutos jurídicos que a espelham — realmente imprime estabilidade ao direito, valendo-se de interpretações tendentes à construção de decisões com conteúdos generalistas que pretensamente irrogam a capacidade de padronização da normatização de situações reputadas idênticas.

## 2 APROXIMAÇÃO DA FILOSOFIA PRÉ-SOCRÁTICA AO DIREITO

A filosofia grega originária, aquela denominada pré-socrática, que brindou a humanidade com a novidade da devoção ao pensar racional — em progressiva substituição às crenças mitológicas —, enveredou pelas questões cruciais da existência humana. A construção do léxico filosófico e as mais agudas problematizações do homem, cujo ápice é a compreensão do que essencialmente significa o ser — que é ou deveria ser a irrefreável busca do pensamento filosófico —, partiram dos filósofos que milagrosamente floresceram entre os séculos VI e V a.C. nas colônias da civilização helênica, destacadamente nas cidades de Mileto, Samos, Colofão, Eleia e Éfeso.

Contudo, o voo filosófico dos pré-socráticos partiu de alturas elevadas o bastante para desbravar o pensamento filosófico a respeito do comportamento da natureza (*physis*) e do homem (*ethos*) com originalidade, profundidade e extensão que os fazem próximos dos dias de hoje, em que pese o transcurso de 2.500 anos, que na mordaz crítica de Nietzsche, em nada de substancial acrescentou ao pensamento filosófico originário. De acordo com Nietzsche, os pré-socráticos “inventaram as mentes tipicamente filosóficas, sendo que a posteridade inteira não inventou nada mais de essencial que se lhe acrescentasse” (NIETZSCHE, 2010, p. 35).

Heráclito, filósofo pré-socrático na cidade de Éfeso, via o devir, o movimento, simbolizado no fogo, do qual tudo provinha e para onde tudo se voltava. É o sentido que se extrai da leitura de um de seus fragmentos: “Por fogo se trocam todas (as coisas) e fogo por todas, tal como por ouro mercadorias e por mercadorias ouro” (DK 22.90).

Heráclito vislumbra a dimensão temporal do ser que se manifesta no movimento constante da transformação (o fogo). “Este mundo, o mesmo de todos os (seres), nenhum deus, nenhum homem o fez, mas era, é e será um fogo sempre vivo, acendendo-se em medidas e apagando-se em medidas” (DK 22.30).

A verdade em Heráclito não é o ser nem o não ser tomados isoladamente, mas a fricção de ambos, que, em tensão, produzem o movimento de ininterrupto “vir a ser”, que se traduz em um processo cuja harmonia é a reprodução dos instantes, que se revelam múltiplos enquanto efeito da luta entre os opostos.

Os instantes, nos quais se processa o tempo, são evanescentes, pois “cada instante do tempo só existe na medida em que destruiu o instante antecedente, seu pai, a fim de ser ele próprio devorado uma vez mais de

modo igualmente rápido” (NIETZSCHE, *op. cit.*, p. 58). O seu destino é ser permanentemente consumido e recriado, irresgatável, fugaz. Na expressão mais próxima possível com a qual poderíamos exprimir o que pensamos, o instante é “o que está sendo”.

“No tempo não é o passado e o futuro, somente o agora; e este é, para não ser, está logo destruído, passado — e este não-ser passa, do mesmo modo, para o ser, pois ele é” (HEGEL, 1978, p. 95). É a contemplação que Hegel faz da mudança no tempo.

O permanente conflito — do qual se alcança a harmonia do devir — é representado pelo pensamento que Nietzsche atribui a Heráclito segundo o qual “todas as coisas, em todos os tempos, têm em si os contrários” (NIETZSCHE, 2010, p. 58).

É elucidativo o comentário sobre Heráclito feito por Hegel a respeito da contradição da realidade. “O simples, a repetição de um único som não é harmonia. Da harmonia faz parte a diferença; é preciso que haja essencial e absolutamente uma diferença” (HEGEL, 1978, p. 94). A propósito deste pensamento, lembra Andityas Matos (2011, p. 97) que

A tensão não está no arco ou na lira, mas no momento que suas cordas tensionam. No momento, no *movimentum*. Só a luta é eterna, conglobante, divina, movimentada. A unidade reside no pensar do movimento. A ele cabe elevar o olhar da razão, antes perdido nos baixos dualismos irreconciliáveis, e dirigi-lo rumo ao espetáculo dinâmico que tudo a tudo opõe eternamente.

Assim, a harmonia heraclitiana construída temporalmente se faz pelos opostos, em permanente luta. A unidade é dinâmica porque se dá no processo contraditório e dialético entre as coisas (ou ideias — teses e antíteses, como é próprio ao fenômeno jurídico).

Não seria demais dizer que está em Heráclito a inspiração do pensamento de Hegel de que o desenvolvimento histórico-social é impulsionado pela dialética, pelo choque de opostos, que poderia ser representado, conforme enunciou Wayne Morrison, por “um processo inevitável de movimento contínuo em que se negociam conflitos e oposições e se fazem concessões mútuas para que tudo isso, por sua vez, se transforme imediatamente em motivo de novos conflitos” (MORRISON, 2006, p. 195).

O Fragmento n. 67 de Heráclito representa a tensão por meio da qual se desenvolve o devir quando se descobre que “O deus é dia noite, inverno verão, guerra paz, saciedade fome [...]” (DK 22.67).

A unidade tem em si, congenitamente, a semente da transformação que se faz pelo conflito do igual consigo mesmo, desmembrando-se em partes opostas. Os opostos, que são polarizados, estão afastados. Trata-se de um paradoxo: a mesma força que os separa também os aproxima, afinal de contas “[...] o contrário é o que mais intimamente se atrai para o que contraria” (HEIDEGGER *apud* MATOS, 2011, p. 102).

A unidade não tem a permanência de uma qualidade, pois ela traz consigo o que lhe é contrário, de forma que a unidade não é a pacífica e monótona superação de uma qualidade que a integra, mas a luta dos opostos da qual surge o “vir a ser”. A unidade, permanentemente, se desintegra em opostos e imediatamente se reunifica em busca de reintegração.

Veja que interessante: a unidade não é dia e noite, nem inverno e verão, como se fossem separados, mas é o resíduo do conflito dia-noite, inverno-verão.

É por isso que Heráclito afirmou ser o mel simultaneamente amargo e doce. De acordo com Nietzsche, “em verdade, em cada instante há luz e escuridão, amargo e doce, um junto ao outro e presos entre si, como dois lutadores dos quais ora um ora outro adquire a hegemonia” (NIETZSCHE, 2010, p. 59).

Como se vê, a essência da realidade é atividade em permanente transformação, pois Heráclito sentenciou: “tudo flui, nada persiste, nem permanece o mesmo” (HEGEL, 1978, p. 92), a tal ponto que “não se pode entrar duas vezes no mesmo rio, pois até o próprio rio, no qual entrais pela segunda vez, já não é o mesmo que era da primeira vez” (NIETZSCHE, 2010, p. 83).

Nas linhas seguintes teremos oportunidade de verificar que noções filosóficas pré-socráticas dão fundamento ao direito e ajudam-nos a compreender a forma pela qual se manifesta o fenômeno jurídico, sobretudo o embate entre a necessidade de estabilização da ordem jurídica e a necessidade de propor soluções justas aos novos conflitos.

### **3 AS SÚMULAS VINCULANTES E O DILEMA ENTRE O IDEAL DE SEGURANÇA JURÍDICA E A NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO**

A reforma do Judiciário, como ficou conhecida o conjunto de alterações e novidades legislativas veiculadas pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, notabilizou-se, entre outros relevantes compromissos, pela busca de celeridade e efetividade do serviço judiciário brasileiro. Disso resultou, inclusive, no acréscimo ao rol dos direitos e garantias fundamentais o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, conforme estampa o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República de 1988.

Seu mote era combater a endêmica morosidade que ainda fragiliza e deslegitima o Poder Judiciário brasileiro frente às expectativas criadas pela crescente demanda social pela atuação eficaz da função jurisdicional.

À parte outros fatores, como a estrutura administrativa má gerenciada, o sistema recursal caótico e a cultura da litigiosidade, ao invés da conciliação, estudiosos do tema também atribuem a morosidade da Justiça à multiplicação de causas repetidas, cujas controvérsias não ensejam novidade nem complexidade para seu julgamento, sobrecarregando instâncias de julgamento com processos pendentes de decisão.

Esse volumoso estoque processual gera lentidão na prestação jurisdicional e é fonte de expressiva quantidade de decisões contraditórias, sobre as mesmas questões de direito, que incidem no quadro fático idêntico.

Creditou-se parte da solução para o contexto de instabilidade e incerteza gerado pelas decisões judiciais tardias e contraditórias às súmulas vinculantes, as quais se inserem no conjunto de alterações legislativas que compuseram o pacote da reforma do Poder Judiciário, realizada com o propósito de buscar a segurança jurídica por meio da uniformização do entendimento jurisprudencial (ALBUQUERQUE, 2009).

As súmulas, genericamente consideradas, refletem e sintetizam o entendimento de determinado órgão sobre determinada matéria. Representam, na esfera judicial, a jurisprudência sedimentada a partir de reiteradas decisões proferidas sobre a mesma controvérsia jurídica.

A edição das súmulas tem sua causa na tentativa de superar a divergência de interpretação das leis. As mesmas questões de direito, que recaem sobre idênticas situações de fato, em virtude dos diferentes entendimentos que ensejam, levam a decisões com desfechos diversos, quase sempre opostos.

A unidade atomizada no texto da norma jurídica comporta uma pluralidade de interpretações, que é ampliada pela visão molecular da norma, quando é vista como componente de um sistema jurídico. O contato com o ordenamento jurídico reforça a pluralidade de entendimentos da norma.

O leque de opções interpretativas da norma jurídica é demonstrado por Kelsen em sua célebre *Teoria Pura do Direito*, na qual se assenta que a decisão contida na sentença judicial não reproduz o único entendimento

correto da norma, mas um dos entendimentos tidos por corretos e possíveis. Esclarece o mestre de Viena que

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que **o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.** (KELSEN, 1998, p. 394, grifo nosso).

A possibilidade de encontrar por meio da decisão judicial diferentes soluções — todas corretas, de acordo com Kelsen, se respeitarem os limites da possibilidade de interpretação da norma, representada pela moldura legal — é fator que propicia a proliferação da divergência jurisprudencial.

É com liberdade que se interpreta e aplica o direito mediante a atividade judicante, pois a divergência jurisprudencial é prova de que a criação do direito não é resultante de atividade manietada, acorrentada a intelecções pré-moldadas. A riqueza da lição de Kelsen merece transcrição

[...] a interpretação da lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — na medida em que sejam aferidas pela lei a aplicar — têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato de órgão aplicador do Direito — no ato do Tribunal, especialmente dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa — não significa que ela é a norma individual, mas apenas **uma** das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (KELSEN, 1998, p. 391, grifo nosso).

A unidade do direito é aparente, estática na moldura do texto legal. Posto em movimento, pelo trabalho da interpretação, a pluralidade projeta-se e avulta colorido mosaico da criação judicial do direito.

É por isso que, num mesmo instante histórico, no mesmo contexto social, cultural e econômico, a mesma regra de direito é diversamente compreendida, fato que é reforçado, conforme exposto por Barbosa Moreira (*apud* MANCUSO, 2007, p. 376), pela existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes, a enfrentar iguais questões de direito, em idênticos fatos, com soluções jurídicas discrepantes.

Fruto da criatividade e liberdade da aplicação judicial do direito, a divergência jurisprudencial não representa em si mesma um mal. Ela se revela importante para a renovação do pensamento jurídico.

Por outro lado, conforme bem apontado por Rodolfo Mancuso (2007, p. 376), a desarrazoada discrepância das respostas judiciárias em casos semelhantes não se compatibiliza com a certeza jurídica nem com a igualdade de tratamento na aplicação da lei, pois litígios idênticos devem ser resolvidos com respostas idênticas.

Assim, Rodolfo Mancuso (2007, p. 376) apresenta três diretrizes básicas perseguidas pelas súmulas e enunciados jurisprudenciais:

- a) outorga de tratamento judicial isonômico a casos semelhantes, o que imprime previsibilidade às decisões judiciais;
- b) redução da carga de processos nos tribunais, possibilitando o agrupamento das ações pela afinidade da questão jurídica debatida, de sorte que possam receber análoga solução, de acordo com o verbete da súmula que retrate a jurisprudência dominante;
- c) economia na duração dos processos, porquanto a súmula faz previsível a solução da demanda, ensejando, inclusive, a antecipação do resultado do julgamento.

Paulo de Barros Carvalho (2009), prefaciando obra de Misabel Derzi, também sumariza resultados eficazes obtidos pela aplicação das súmulas vinculantes nos tribunais superiores, os quais a seguir transcrevemos:

Ao exercer a prerrogativa [de editar súmulas], esses tribunais põem em prática as funções de: (i) estabilizar o sistema, especificando o fato e a conduta regradados pela norma; (ii) realizar a segurança jurídica, instaurando como previsível o conteúdo da coatividade normativa; (iii) promover a orientação jurisprudencial, para indicar a referida compreensão aos tribunais judiciários de inferior hierarquia, bem como aos magistrados que viessem a prolatar decisões sobre a matéria, ou seja, estabilizando a jurisprudência segundo a diretriz que os Tribunais Superiores consolidaram; (iv) operar no sentido da simplificação da atividade processual, pois ao julgar de idêntica forma os casos semelhantes, acelera o processo decisório e garante a igualdade na prestação jurisdicional, além de reduzir, sensivelmente, o volume de processos existentes a respeito daquele objeto; e, por fim a (v) previsibilidade decisória, porquanto em decorrência da uniformização dos julgados, alimenta-se a expectativa dos destinatários quanto ao desfecho das causas, tornando previsíveis os resultados.

A generalização do direito a partir das súmulas produz, inevitavelmente, a centralização de sua interpretação. O preço da centralização e da segurança jurídica a ela interligada se paga com o alto custo da perda de flexibilidade do direito. Essa relação entre centralização e flexibilização na aplicação do direito é tema da doutrina kelseniana. Para Kelsen, num sistema em que a produção das normas jurídicas gerais (aquelas que inovam a ordem jurídica, de modo abstrato) fosse reservada a um órgão legislativo, cabendo aos tribunais apenas aplicar nas normas individuais (sentenças), no caso concreto, as normas gerais, seria realizado um valor essencial do Estado de Direito, que é a segurança jurídica. Nas suas palavras:

Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos Tribunais ser até certo previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. (KELSEN, 1998, p. 279).

Há algo da filosofia parmenidiana na concepção do direito rumo a sua aplicação universal, generalista.

Em Parmênides, já se especulava o que depois viria a ser o mundo das formas de Platão, que via o mundo real como projeções imperfeitas do que está além dele, onde sobrepaira o mundo ideal (MATOS, 2011, p. 49), recôndito das formas perfeitas. O pré-socrático separou o espírito do corpo, extirpou dos sentidos o pensamento abstrato. Sustentava que a percepção dos sentidos seria ilusória, falsa, e o caminho para a verdade (*aletheia*) estaria num mundo extrassensível, que seria alcançado pela razão, numa dimensão lógico-formal (NIETZSCHE, 2010, p. 87, 94).

Parmênides parece estar nas raízes do pensamento jurídico, fertilizando clássica vertente da ideia de direito natural, segundo a qual o direito, encontrado na razão, seria expressão da natureza humana e, portanto, igual para todos os homens (REALE, 1994, p. 306). Não é por acaso que a corrente jusnaturalista, muito em voga até albos do século XIX, concebia o direito como forma de axiomas jurídicos, produtos da reta razão, que estabeleciam normas universais e permanentes, iguais para todos os homens (BONAVIDES, 2007, p. 216).

O grito congelante do pensamento de Parmênides, distante do calor da experiência dos olhos e dos ouvidos, alcança, com seu racionalismo abstrato e generalizador, o juspositivismo, que, além de ter legado ao mundo as grandes codificações — constitucionais e infraconstitucionais — nelas introduziu os princípios gerais do direito<sup>1</sup>, extraídos do ordenamento jurídico justamente pela via racional da abstração e generalização.

<sup>1</sup> Ressalte-se que na fase ortodoxa do positivismo, os princípios jurídicos não tinha força suprallegal. Desfrutavam de prestígio marginal, dotados



Confiante na razão dos preceitos gerais (lei ou precedente judicial), que bastariam para a disciplina correta das instituições e da vida social, o juiz seria, portanto, a boca pela qual seria aplicado aos conflitos que se lhe apresentem o comando certo e seguro da lei, sem maiores problematizações.

Deixemos agora de lado o mundo da imutável e abstrata razão de Parmênides para enveredarmos pela realidade da experiência sempre cambiante, com a qual se depara o direito, no desafio de dar solução às imprevisas situações de conflito que a vida expõe, em virtude da sua intrínseca contradição, descrita no pensamento de Heráclito, consoante já mencionado.

No contrapé da visão universalista do direito, há correntes que se formam na tendência oposta, de particularização e flexibilização da aplicação do direito, mirada na plasticidade dos casos concretos.

Nessa perspectiva, não passa despercebido a Kelsen que em orientação oposta àquela a que se caminha mediante a proliferação das súmulas — no sentido da flexibilização do direito — prepondera maior liberdade de apreciação do direito pelos órgãos que o aplicam, em tributo à justiça do caso concreto. Extrai-se elucidativa passagem de seu texto:

Há o sistema em que os tribunais e órgãos administrativos decidem os casos concretos segundo sua livre apreciação. A sua justificação está no suposto de que nenhum caso é perfeitamente igual a outro. É o sistema de livre descoberta do direito, sistema que já Platão propôs para o seu estado ideal. Em consequência da radical descentralização da criação do Direito que lhe vai ligada, este sistema caracteriza-se pela sua grande flexibilidade, mas, em contrapartida, renuncia totalmente à segurança jurídica. Com efeito, sob uma tal ordem jurídica, os indivíduos não podem prever as decisões dos casos concretos em que participam como demandantes ou demandados, acusadores ou acusados. Por isso, não podem saber de antemão o que é que lhes é juridicamente proibido ou permitido, para que é que têm ou não têm poder ou competências (KELSEN, 1998, p. 280)<sup>2</sup>.

Em que pese a consolidação da isonomia, previsibilidade e celeridade — pilares que dão sustentação ao valor da segurança jurídica na aplicação do direito — representar ponto positivo que se almeja com as súmulas, não podemos deixar de registrar — mais uma vez com apoio no pensamento de Heráclito, segundo o qual cada coisa, em todos os tempos, traz em si seu contrário — que a padronização da interpretação do direito que se realiza a partir da adoção das súmulas enrijece a sua aplicação. Assim, o antídoto com o qual se ataca o mal, representado pela receita da segurança jurídica no combate à instabilidade e incerteza geradas pelas decisões contraditórias que recaem sobre idênticos fatos, pode-se converter em veneno. A (in)segurança jurídica, com a consolidação da aplicação sumular do direito, produz como efeito colateral negativo a retirada da flexibilidade do direito, e com ela, sua potencialidade de adaptar-se às diferentes situações e fazer-se amoldável às peculiaridades que a situação concreta exige para a solução justa dos conflitos humanos.

A segurança jurídica, conquistada pela previsibilidade descortinada com as súmulas, traz sob suas vestes a insegurança jurídica, que chama a atenção pelo alto risco da generalização da interpretação de súmula revelar a incapacidade do direito em dar respostas justas aos casos concretos e reproduzir, agora numa outra perspectiva, a desigualdade na aplicação do direito. Isso ocorre quando casos diferentes, que clamam por

de força moral ou conteúdo programático e de inspiração apenas para serem aplicados subsidiariamente, especialmente em casos de lacunas no sistema jurídico. Sua normatividade, nessas condições, era muito branda. Contudo, em meados do século XX, os princípios gerais do Direito sofrem uma radical guinada em seu destino. Conquistam normatividade vinculante e se convertem, na feliz expressão de Paulo Bonavides, “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico”. Cf. Paulo Bonavides, 2007, p. 262 a 266.

<sup>2</sup> Esse posicionamento de Kelsen evoca o método tópico de interpretação do Direito, a chamada “jurisprudência dos problemas”, que se vê às voltas com o caso concreto e atribui ao intérprete maior liberdade para aplicar o direito. Na frase de Bonavides, a tópica “é o decisionismo do caso concreto, visto por todos os ângulos possíveis, ao contrário do dedutivismo lógico dos normativistas” (BONAVIDES, 2007, p. 183).

soluções especializadas, ficam susceptíveis, mercê da generalização, a submeterem-se a soluções idênticas. A desigualdade de tratamento na aplicação do direito, a mesma odiosa desigualdade que justifica a adoção da súmula não é, outra vez, eliminada. Com a súmula, repita-se, pode persistir a desigualdade, porém noutra dimensão: do afunilamento, numa mesma solução, de situações concretas específicas, diferentes, que exigem soluções criativas, somente alcançáveis pela liberdade conferida à ação concretizadora dos órgãos administrativos e judiciais de aplicação do direito.

Parece que andamos em círculos: vamos e voltamos sempre ao mesmo ponto. Promovem-se mudanças na legislação, na aplicação judicial do direito, e perdura o drama da insegurança, que feito uma sombra acompanha as investidas jurídicas em busca da segurança.

Isso tem muito de Heráclito (o ser e seu outro em si mesmo), ser e não ser ao mesmo tempo, segurança que traz consigo insegurança, para no momento seguinte a insegurança suceder-se por segurança, num embate constante de opostos, em que o direito se realiza, ao contrário do que muitos pensam, pela permanente mudança, sem apego ao imobilismo. Trata-se, porém, de movimento circular, em que o direito, na imagem de um sistema autofágico, se produz e se autodestrói para em seguida se reconstruir em algo novo, edificado em cima dos entulhos do conhecimento que anteriormente se adquiriu e foi reaproveitado. Se assim não fosse, isto é, sem a renovação promovida pelo movimento, o direito seria estático, imóvel, extremamente previsível, mas sem ordem e injusto.

Remanesce, portanto, o dilema entre padronização e flexibilização do direito em busca de um sistema jurídico ideal, que se traduz no objetivo de segurança jurídica sem comprometimento da justiça. Enquanto o sistema jurídico ideal permanece distante, o sistema real, aquele que é oferecido aos cidadãos permanece recheado de insegurança, que se revela pela incerteza, desigualdade e lentidão na aplicação do direito.

#### **4 PERFIL DA SÚMULA VINCULANTE INTRODUZIDA NO DIREITO BRASILEIRO**

Antes do advento da súmula vinculante pela EC n. 45/04, as súmulas — assim compreendidas a catalogação e sistematização da jurisprudência dominante, reproduzidas em reiteradas decisões judiciais sobre questões idênticas — se tornavam impositivas apenas para o próprio tribunal que as editou, pois não faria sentido editá-las se não fosse para servir de guia nos seus julgamentos futuros. Além disso, impunham-se também em face do caso concreto em que fora suscitado o incidente processual de uniformização de jurisprudência.<sup>3</sup>

Em relação aos demais casos, pendentes ou futuros, a súmula exerce expressivo poder persuasório sobre o convencimento do julgador, mas sem obrigá-lo a adotar a tese nela veiculada (MANCUSO, 2007, p. 315).

As súmulas persuasivas (que não são vinculantes) são fontes seguras de qual será o provável entendimento de determinado tribunal acerca de alguma controvérsia judicial. Elas exercem significativa influência no comportamento de cidadãos e operadores do direito que têm conhecimento de seu conteúdo, a fim de se alinharem aos termos nelas prescritos ou de buscarem o direito violado em função de comportamento de outrem que porventura tenha transgredido seu conteúdo.

À luz do esquema traçado pela doutrina kelseniana, a vigência da súmula vinculante faz a balança pender para o lado do sistema jurídico, cujo peso está a favor da centralização da interpretação do direito, concentrada no

<sup>3</sup> Em apertada síntese, o incidente de uniformização de jurisprudência, nos termos do art. 476 do Código de Processo Civil (CPC) é suscitado sempre que se verificar no curso do processo — em fase recursal ou de competência originária de tribunais — divergência sobre *quaestio iuris* entre turmas, câmaras ou grupo de câmaras de um tribunal. Qualquer juiz ou parte que participe do julgamento em recurso pode suscitá-lo, se demonstrar divergência de entendimento entre de um lado, o julgamento em curso ou a decisão recorrida e, de outro, o acórdão de outra turma, câmara ou grupo de câmaras do mesmo tribunal. De acordo com o art. 478 do CPC, leciona Barbosa Moreira que reconhecendo que há mesmo divergência de entendimento dividindo o tribunal, passa-se a decidir a *quaestio iuris*, para se fixar a interpretação que se deverá observar, inclusive no julgamento que originou esse incidente. Após a proclamação do resultado, o julgamento será objeto de súmula. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 171.



âmbito dos tribunais de cúpula da organização judiciária, com preponderância de interesse pela efetivação da segurança jurídica, em preterição da flexibilização na interpretação do direito.

A súmula vinculante, por sua vez, é de observância obrigatória. Seu raio de incidência se opera em relação a processos pendentes e futuros, vinculando órgãos do Poder Judiciário, da Administração Pública bem como pessoas físicas e jurídicas.

Nesse sentido, a súmula vinculante não representa apenas inovação processual. Ela altera o referencial conformador da conduta dos cidadãos, que deixa de se localizar somente na norma legal e passa a ser orientado também pelo comando dos precedentes judiciais. É como se a cláusula da reserva de lei, prevista no inciso II do art. 5º da Constituição da República, ganhasse nova leitura, ou seja, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e de **enunciado de súmula vinculante**.

Assim, a eficácia da súmula vinculante não opera apenas nos conflitos levados ao judiciário, mas, na expressão cunhada por Rodolfo Mancuso (2007, p. 319), projetam **efeito preventivo geral** no interior da própria sociedade.

De acordo com Rodolfo Mancuso (2007, p. 320), os clientes do Poder Judiciário, que proveem todos da sociedade, como pessoas físicas ou jurídicas, ou do âmbito estatal, quer integrem ou não um processo, se sujeitam ao raio de incidência da súmula vinculante, na medida em que estas projetam, além dos efeitos endoprocessuais, efeitos panprocessuais, que vinculam outros processos e toda a coletividade.

Sua eficácia, ao modo das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e em ação direta de constitucionalidade, é *erga omnes*, oponível ao Estado (Poder Executivo e Judiciário) e aos jurisdicionados, entre si, e nas suas relações com o Estado.

Assim, o precedente judiciário que for qualificado de súmula vinculante passa a ter grau de eficácia semelhante ao da norma legal. A título ilustrativo, faz-se aqui breve digressão para informar que, nos termos do art. 8º da Emenda Constitucional n. 45/04, “as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzem efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.”

Nesses termos, resta saber se a súmula vinculante substitui a norma legislada. Para Demóstenes Albuquerque (2009, p. 185) as súmulas vinculantes não têm essa força, pois não obstam o pleno exercício das funções típicas do Poder Legislativo. Nem representam as súmulas vinculantes invasão, pelo Judiciário, da esfera de competência exclusiva de outro poder. Elas simplesmente refletem aquilo que já foi objeto de inúmeras decisões anteriores do STF, sem culminar na elaboração de nova norma jurídica. Em síntese, as súmulas não fogem do cerne da atividade jurisdicional: aplicar o direito posto, constituído por regras e princípios, constitucionais e infraconstitucionais, na solução definitiva de conflitos concretos.

Com efeito, é pertinente a advertência de Lênio Luiz Streck (*apud* MANCUSO, 2007, p. 327) a propósito dos riscos de desvirtuamento na aplicação da súmula vinculante: “[...] em muitos casos, muito além de serem interpretativas de normas vigentes, passam a ser [...] fontes criadoras de leis, editadas contra as leis vigentes (súmulas *contra legem*) e contra a Constituição Federal (súmulas inconstitucionais)”.

Definido que a súmula vinculante tem eficácia de lei — mas com esta não se confunde, já que não inova no plano da generalidade o ordenamento jurídico nem revoga lei anterior —, reproduzem-se, para prosseguimento das reflexões, os termos em que está disciplinada a súmula vinculante na Constituição Federal de 1988.

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 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.

Destaque-se que a súmula vinculante consolida o posicionamento do STF extraído de experimentado debate em torno de decisões sobre matéria constitucional, com o objetivo de pôr termo à controvérsia que gera insegurança jurídica e reflete na multiplicação de processos sobre questões idênticas.

O possível anacronismo e inadequação das súmulas a novas realidades jurídicas e sociais foram imaginados, e a solução foi pensada mediante a previsão de sua alteração ou cancelamento, mas sempre, na forma legalmente prevista, o que se confirmou com edição da Lei n. 11.417/07.

A propósito, diz o § 3º do art. 2º da Lei n. 11.417/07 que “a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária”.

Em face da sistemática de aplicação da súmula vinculante anteriormente reproduzida, em diálogo com vozes que ecoam da filosofia pré-socrática e de pensadores atuais do direito, demonstrar-se-á, com base no exame da aplicação da Súmula Vinculante n. 3, do STF, a índole efêmera do direito, que pode alcançar graus extremos, a ponto de angariar contradições e incertezas com o discurso de segurança jurídica que permeia a edição das súmulas vinculantes.

Então, veremos intrigantes desdobramentos da Súmula Vinculante n. 3, do STF.

## **5 A ANÔMALA RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE N. 3, DO STF: UMA DEMONSTRAÇÃO DO DEVENIMENTO DO DIREITO**

Em Sessão Plenária do dia 30 de maio de 2007, o STF aprovou o enunciado da Súmula Vinculante n. 3, cujo teor assevera que:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Não custa esclarecer que subjaz à referida súmula a interpretação conjugada de dois dispositivos constitucionais: o primeiro, referente ao art. 5º, LV, da nossa Constituição Federal, prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; o segundo comando constitucional é o art. 71, III, que insere entre o rol de competências do Tribunal de Contas da União “apreciar, para fins de registro, a legalidade [...]

das concessões de aposentadoria, reforma e pensão, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento do ato concessório”.

A referida competência é forçosamente estendida aos tribunais de contas estaduais em virtude da disposição do art. 75 da Constituição da República.

Note-se que o conteúdo da súmula referida, resultado da interpretação judicial, constitui-se em norma jurídica, que avulta da conjugação de diferentes comandos constitucionais, porém com validade e eficácia restrita a casos concretos pendentes e futuros que reproduzam a mesma moldura fática sobre a qual recaiu a exegese pretoriana. Portanto, há um espaço de inovação na edição da súmula, mas este não se sobrepõe às normas gerais previamente estatuídas pela via legislativa. A respeito da temática se encaixa muito bem a lição de Miguel Reale (1994, p. 168):

A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito.

O precedente judicial, ou melhor, a norma por ele criada — na lição de Karl Larenz (1997, p. 612), “não é o precedente como tal que vincula, mas apenas a norma nele corretamente concretizada” — representa evolução e movimento de transformação e oxigenação do direito, que não pode postar-se de costas ao novo que floresce do seio social. Deveras, a atuação judicial não pode ser descartada das fontes produtoras do direito, o que é harmonizável com a primazia do direito legislado, consoante registra outra feliz assertiva de Kelsen (1998, p. 283):

Os tribunais criam o Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor do Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. **A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.** (grifo nosso)

A menção a essas normas constitucionais se deve ao fato de que os reiterados precedentes, sobre os quais se travou o debate para a formulação do texto da súmula em apreço, referiam-se a situações em que se buscava, mediante impetração de mandado de segurança, anulação de ato do Tribunal de Contas da União (TCU) que, unilateralmente, sem contraditório e ampla defesa, cancelara o registro de aposentadoria ou pensão que este mesmo tribunal anteriormente concedera, e conseqüentemente, reputado, inicialmente, válido e legal o benefício previdenciário de ex-servidor.

Ciente da breve retrospectiva da gênese da Súmula Vinculante n. 3, é de se ver que a ressalva contida na parte final do texto sumulado dispensa, sem nenhuma condicionante, a exigência de garantia do **contraditório e da ampla defesa apenas e tão somente** no que tange ao exame pelos tribunais de contas, para fins de registro, da legalidade da concessão **inicial** dos atos de aposentadoria, reforma e pensão.

Essa ressalva, referente à dispensa da instauração de contraditório e ampla defesa em processos nos tribunais de contas tem sua justificativa creditada na tese que apregoa serem os atos de aposentadoria, reforma e pensão **atos complexos**, ou seja, aqueles que, para seu aperfeiçoamento, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 391), “resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes”. Assim, para os asseclas dessa corrente — e os precedentes do STF têm sido — antes do tribunal de contas decidir sobre sua legalidade, o ato de aposentadoria, reforma e pensão não se encontra perfeito e acabado.

De acordo com Demóstenes Albuquerque (2009, p. 194), na visão do STF, “a aposentadoria apenas se tornaria ato jurídico perfeito após o registro pelo tribunal de contas respectivo”. Assim, na inteligência

do STF, antes do registro pelo tribunal de contas, o ato de aposentadoria, por ser ainda incompleto, não se integra na engrenagem de processo e, por via de consequência, não se aplicaria a ele a garantia da ampla defesa<sup>4</sup>. Tirante esta situação marginal mencionada, todos os demais atos que beneficiem os interessados, isto é, que lhe representem uma vantagem, de ordem pecuniária ou não, curvam aos ditames do contraditório e da ampla defesa, antes que venham porventura a serem desconstituídos pelos tribunais de contas. É o que sucede com a possibilidade de revisão pelos tribunais de contas de seus próprios atos (autotutela administrativa), na hipótese de anular, em virtude de alteração de entendimento, decisão que anteriormente registrou — e deu por válido — ato de aposentadoria. Aqui, já não se encontra no plano do exame da concessão **inicial** de aposentadoria e, então, na lógica construída pelo texto da súmula, o contraditório obrigatoriamente deve preceder a anulação de ato favorável ao interessado, *v.g.*, cassação de registro de aposentadoria ou pensão.

Coerente com as decisões tomadas em repetidas demandas com que se deparou, que versavam idêntico objeto, o STF consolidou, na Súmula Vinculante n. 3, nova norma jurídica que se subordina aos prévios contraditório e ampla defesa a pretensão de anulação, pelos tribunais de contas, de atos de aposentadoria e pensão que essas cortes anteriormente registraram.

Contudo, ao sumular normas jurídicas individuais criadas judicialmente (acórdãos), num caminho de volta, o STF recria proposições jurídicas de inclinação generalista e reabre o que pensou ter trancado de vez: a possibilidade de divergência de interpretação nos textos legais, o que não raro conduz a decisões discrepantes. É o perfil efêmero do direito, que, como bem pontuou Andityas Matos (2011, p. 144), remontando ao pensamento aristotélico, em cada instante “[...] é fim de um passado e começo de um futuro”.

Essa constatação também remonta a Heráclito, ao um, que é o todo, que encerra em si, na sua unidade, a multiplicidade, ou seja, o texto da súmula, assim como o legislado, abre-se para a pluralidade indeterminada da interpretação que sucede no tempo e se revela cambiante conforme as circunstâncias sociais, econômicas e geográficas em que se aplica.

A súmula não escapa da sombra da interpretação. A interpretação da lei, que o Judiciário, em virtude das súmulas, supostamente uniformizou, muitas vezes não se esgota e, paradoxalmente, corre o risco de renovar-se com os verbetes sumulares. Isso ocorre especialmente porque o direito, na redação de proposições jurídicas generalistas, conforme detecta Larenz (1997, p. 439), serve-se de linguagem corrente carregada de termos mais ou menos flexíveis que, ao contrário da lógica axiomatizada das ciências exatas, não retém um significado rigorosamente determinado. Por isso, a mera subsunção automática de casos concretos ao conteúdo prescrito no enunciado da súmula não é operação certa e garantida. O próprio enquadramento de casos concretos às súmulas vinculantes já é uma interpretação, que, especialmente em situações próximas das bordas que retratam os fatos acontecidos, constitui-se em zonas cinzentas, que reconduzem a indefinições e incertezas em relação ao correto enquadramento na moldura da súmula.

Isso aconteceu com a Súmula Vinculante n. 3, depois que o STF, ao julgar o Mandado de Segurança n. 25.116, abrandou e restringiu seus efeitos, conforme será demonstrado.

<sup>4</sup> Faz-se nesta oportunidade digressão para deixar claro que não concordamos com a tese de que o ato de aposentadoria seja complexo. Entendemos que a aposentadoria se enquadra na categoria dos atos simples, que se tornam válidos e eficazes com a manifestação de vontade de apenas um órgão, no caso, os órgãos no exercício da função administrativa de praticarem o ato de aposentadoria. Dessa forma, o ato de registro pelos tribunais de contas não integra o ato de aposentadoria; é a ele externo, de natureza controladora, sem a marca constitutiva. Essa temática foi enfrentada com mais profundidade por Juliana Fagundes Mafra, que vê a aposentadoria como ato simples. pois, conclui que “logo após ter publicidade, já está apto a produzir todos os seus efeitos, independentemente do ato de registro por parte do Tribunal de Contas. Para o ato de aposentadoria ser complexo, a perfeição só ocorreria após o registro, o que tornaria o Tribunal de Contas também autor do ato. Ora, se com a publicação antes do registro o ato de aposentadoria passa a gerar efeitos, configurando sua existência jurídica, torna-se claro que se trata de ato simples, decorrente da vontade de único um órgão, o órgão expedidor” (MAFRA, 2008, p. 26-38).

Nesse julgado, por maioria de seus ministros, o STF, em voluntária e conhecida contrariedade ao texto da referida súmula, determinou a abertura do **contraditório e da ampla defesa** sempre que o Tribunal de Contas deflagrasse, depois de transcorridos mais de cinco anos do ato de aposentadoria e pensão, procedimento de controle para apreciação da legalidade da concessão **inicial** de referidos atos.

Enfim, a mais alta Corte deste país, servindo-se do argumento de imprimir segurança jurídica e, por via de consequência, proteger as legítimas expectativas do cidadão contra atos do Estado, que após razoável tempo o surpreenda negativamente, condicionou a denegação do registro originário de aposentadoria à abertura do contraditório e garantia da ampla defesa, conforme bem ilustra a ementa do acórdão:

[...] 3. A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da aposentadoria, consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (*caput* do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria. 4. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupar. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 5. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido *in albis* o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 6. Segurança concedida.

Para que não restem dúvidas na leitura da ementa, nesse processo o STF anulou acórdão do TCU que, sem a participação do interessado, negara registro a ato de concessão *inicial* de aposentadoria, do qual já se vinha desfrutando da inatividade remunerada há cinco anos e oito meses, para conceder ao impetrante a oportunidade de gozo das prerrogativas do contraditório e da ampla defesa.

Registre-se que subjacente à edição da Súmula Vinculante n. 3 — não somente pelo motivo de promover uniformização e previsibilidade das decisões judiciais, que, certamente, permeiam a edição de qualquer súmula — estava presente nos precedentes judiciais que a originou a preocupação com a segurança jurídica. Esse foi o fundamento da ordem de rejeitar — mesmo que houvesse imputação de suposta ilegalidade — o desfazimento abrupto de relações jurídicas construídas de boa-fé e estabilizadas pelo decurso de expressivo tempo.

Não foi por outras razões que o STF, nos precedentes que originaram a súmula em questão<sup>5</sup>, impediu que atos de aposentadoria e pensão registrados há muitos anos pelo TCU fossem posteriormente anulados pelo próprio TCU, ainda que amparados em verossímeis rastros de ilegalidade, sem que ao interessado tivesse sido franqueado o gozo do contraditório e da ampla defesa.

Em um desses precedentes, o Mandado de Segurança n. 24.268, *v.g.*, em voto-vista, o ministro Gilmar Mendes anulou acórdão do TCU que, sem a prévia participação do interessado, cancelou pensão especial

<sup>5</sup> Trata-se dos seguintes processos, conforme extraído da ata de registro dos debates que antecederam a edição da Súmula Vinculante n. 03: Mandado de Segurança (MS) n. 24.268, *DJ*, 17 set. 2004; MS n. 24.728, *DJ*, 9 set. 2005; MS n. 24.754, *DJ*, 18 fev. 2005.

concedida pela União há mais de 18 anos, a qual havia sido anteriormente homologada pelo TCU. Como razão de decidir, invocou-se a segurança jurídica.

Contudo, a segurança jurídica que permeou a fundamentação dos precedentes da Súmula Vinculante n. 3 sofreu duro golpe em sua inteireza e validade, quando sofreu restrição à sua aplicação em virtude da decisão proferida no Mandado de Segurança n. 25.116, sem observar o procedimento legal específico para alteração de súmula vinculante, que consiste na aprovação de no mínimo dois terços dos ministros do STF, nos termos do já referido § 3º do art. 2º da Lei n. 11.417/07.

A propósito, a primeira sinalização em direção a temperamento da eficácia da Súmula Vinculante n. 3 ocorreu no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.353-9/DF, em Sessão do STF do dia 06/09/2007, logo após a edição de referida súmula, e foi feita pelo ministro Cezar Peluso, para retirar as ressalvas finais da súmula e obrigar a instauração do contraditório e da ampla defesa também nos exames iniciais de atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. Assim expressou o ministro:

A segunda observação, Senhor Presidente, é que, embora eu tenha votado a favor da súmula, estou repensando seriamente a própria exceção que a súmula contempla, porque, não obstante o que esta Corte tem professado há muito tempo, me parece duvidosa a afirmação de que os registros de aposentadoria correspondam à categoria dos atos administrativos ditos complexos. Os atos administrativos ditos complexos são aqueles que só se aperfeiçoam com o último ato de todos aqueles que deva integrar. Não é o caso do regime de aposentadoria.

Essa controvérsia, assomada pelos debates do aresto do Mandado de Segurança n. 25.116, carrega consigo significativa riqueza de conteúdo para retratar quão efêmero e instável é o direito, mesmo nas situações em que ele mais se propõe a ser estável e refratário a divergências, como o são as ocasiões de edição das súmulas vinculantes.

Não é demasiado afirmar que a decisão do Mandado de Segurança n. 25.116, por um lado, fragilizou o próprio escopo da súmula, que é assegurar previsibilidade às decisões judiciais, proporcionando aos jurisdicionados, seja o Estado ou a sociedade em geral, prévio conhecimento de quais serão as consequências jurídicas de suas condutas caso elas se enquadrem no raio de incidência de uma súmula.

Afinal de contas, o abrandamento dos efeitos da Súmula Vinculante n. 3 pela decisão do Mandado de Segurança n. 25.116 representa passo firme para a indefinição em torno da aplicação da sua parte final, isto é, quando devem os tribunais de contas realizarem contraditório e ampla defesa por ocasião da apreciação da legalidade do ato de concessão *inicial* de aposentadoria, reforma e pensão? Depois de cinco anos da concessão do ato de inativação pela Administração Pública, é obrigatória a realização do contraditório e da ampla defesa para exame da legalidade desses atos?

Essa decisão engendrou o fermento da divergência. Em pronunciamento pelo acatamento dos precedentes judiciais, advertiu a ministra Ellen Gracie, em seu voto vencido, “que o Tribunal sinaliza ao sistema judiciário de maneira preocupante contraditória, pois decide contra a letra da Súmula Vinculante n. 3 e contra o teor dos precedentes que a embasaram.” E mais à frente conclui: “torna-se difícil para esta Suprema Corte exigir o cumprimento do que dispõem as suas súmulas vinculantes, se ela própria as relativiza.”

Em decisão isolada, o STF se confronta com a Súmula Vinculante n. 3 e cria exceção à ressalva feita na parte final do verbete. Assim, acaba por redefinir seus termos, ao arrepio do procedimento legal. Não seria demais especular, por hipótese, é óbvio, que essa súmula ganhou os seguintes contornos: nos processos perante o TCU asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato



de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, [e acrescentamos] **desde que o ato fiscalizado não se encontre pendente de decisão nesse Tribunal há mais de cinco anos.**

Apoiado na tese de que a aposentadoria é **ato complexo**, que há tempos ecoa no STF (com o qual, não concordamos), o ministro Marco Aurélio rechaçava o contraditório, enquanto o ato fosse incompleto, pendente de homologação pelo tribunal de contas, e percebia que a decisão em construção sinalizava para a alteração do referido verbete sumular. Expressou em seu voto no Mandado de Segurança n. 25.116 que “demos ontem [referia-se ao STF] o primeiro passo para introduzir, no cenário jurídico, o verbete vinculante e hoje estamos aqui a temperar um verbete vinculante, excepcionando uma cláusula linear que afastou o contraditório”.

Por outra perspectiva que examine o acórdão do Mandado de Segurança n. 25.116, nota-se que a segurança jurídica — mais uma vez — embasava a decisão de se impor obrigatoriamente o contraditório e a ampla defesa no caso do tribunal de contas apresentar-se inerte por mais de cinco anos sem apreciar a legalidade da concessão originária de ato de aposentadoria, reforma e pensão.

O tempo, quanto mais passa, com mais força imprime tónus de estabilidade às relações jurídicas estabelecidas, produz expectativa de que as relações jurídicas em curso continuem a produzir os mesmos efeitos que delas justificadamente se espera, sem cortes abruptos, que representem surpresas nefastas à confiança que as pessoas depositam umas nas outras e frente ao Estado, a fim de permanecerem leais à preservação de situações consolidadas. É esse o escopo do valor que emana do princípio da proteção da confiança e é por isso, conforme bem lembrado no voto do ministro Carlos Brito no Mandado de Segurança n. 25.116, que o Estado não pode, indefinidamente e em qualquer época, exercer seu poder de desfazimento e revogação de atos administrativos, sob pena de traição da confiança que seu comportamento gerou no espírito do indivíduo e da sociedade.

Contudo, havia situações específicas (aquelas abordadas no Mandado de Segurança n. 25.116, de inércia no exame para fins de registro *originário* de ato de aposentadoria ou pensão), mas muito próximas daquelas contempladas no texto da súmula, que também careciam do contraditório e da ampla defesa, como instrumentos para garantir voz ao cidadão com amplitude capaz de influenciar a decisão estatal que tenha potencialidade para causar impacto negativo na sua esfera de interesses.

Portanto, a Súmula Vinculante n. 3, assim como é toda proposição jurídica com tendência à generalização, não deu conta de apanhar detalhes de situações que se tivessem sido vislumbradas a tempo, fatalmente temperariam o texto com o qual ela se constituiu e se fez conhecida.

Isso leva os tribunais a reconsiderarem suas decisões, o que foi anotado por Karl Larenz (1997, p. 611) com perspicácia:

Tais precedentes [os judiciários] desempenham na prática dos tribunais e, portanto, sobretudo no desenvolvimento do Direito, um papel que dificilmente será sobreavaliado. Se se trata de resoluções de tribunais superiores, que em grande parte são publicadas, os tribunais inferiores procuram orientar por elas na maioria dos casos. **Mas até o Supremo Tribunal Federal se afasta contrafeito e mesmo assim não com frequência da opinião jurídica por ele uma vez aceite. É certo que, devido à formulação em forma de norma jurídica das máximas por ele encontradas e às generalizações, com frequência inoportunas, que nelas se contêm, ele se vê obrigado a restringir ou modificar posteriormente a regra estabelecida.** (grifo nosso)

Ainda que se projetem sobre o campo restrito de servir de paradigma para solução de controvérsias jurídicas que necessariamente retratem os mesmos fatos encontrados nas demandas das quais se originou — que representa muito menos extensão do que o vasto raio de incidência das leis —, as súmulas

vinculantes padecem do mesmo drama que as leis: não dão conta de ter sob suas mãos todas as situações que imaginam cobrir com inteireza, à mercê da permanente mutação da realidade da vida e dos detalhes pelos quais ela se esgueira.

Essas vicissitudes das súmulas fazem-nas de longevidade improvável ou, do contrário, correriam risco de ficarem obsoletas, tornarem fonte de interpretações incorretas, desconexas da realidade e, a pretexto de segurança jurídica, cultivariam instabilidade e injustiça.

É por isso, declara Larenz (1997, p. 443), que por mais que as decisões dos aplicadores do direito tenham realizado a interpretação correta da lei, elas não podem ter a pretensão de serem definitivas, válidas para todas as épocas, pois a mutação das relações da vida (que é o devir de Heráclito) coloca aqueles que a aplicam sempre diante de novas questões.

Nessa linha de entendimento, é defensável surgirem decisões que, em resposta às deficiências das súmulas, possam cumprir com o desiderato de aperfeiçoar-lhes a interpretação e realizar justiça. Kelsen (1998, p. 388), mais uma vez, parece retirar um pouco da glória das súmulas:

Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde, como realizará a ordem de prisão, **decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.** (grifo nosso)

Releva notar que a tutela da segurança jurídica — fragilizada pela relativização de súmula vinculante às avessas da lei — já dá evidências de que é alcançada em muito maior extensão mediante a aplicação de outros institutos jurídicos que extraem do tempo efeitos expressivos. Estamos dizendo da possibilidade de aplicação da *decadência*, nas situações de inércia, pelos tribunais de contas, no exame para fins de registro *originário* de ato de aposentadoria ou pensão, que perdure por mais de cinco anos. Ressalte-se que *decadência* aqui compreendida, nos termos da lição de Caio Mário da Silva Pereira, “é o perecimento do direito em razão do seu não-exercício em um prazo pré-determinado. [...] O fundamento da decadência é não se ter o sujeito utilizado de um poder de ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua utilização.”

Com a aplicação da decadência, caduca a pretensão fiscalizatória pelos tribunais de contas sobre atos de aposentadoria concedidos há mais de cinco anos. Assim, cai por terra a discussão sobre a necessidade de instauração de contraditório e da ampla defesa.

Veja que a questão da relação entre a segurança jurídica e o transcurso do tempo ganha um novo colorido: ultrapassados cinco anos da concessão do ato de aposentadoria, não mais se cogita em instaurar contraditório, mas sim de aplicar a decadência. A passagem do tempo ganha nova leitura pelas transformações que impõe.

A proposta pela aplicação da decadência — que representa progressiva e reflexa superação da Súmula Vinculante n. 3 — já foi anunciada no Mandado de Segurança n. 25.116 pelo ministro Cezar Peluso, que a fez apoiado no comando do art. 54 da Lei n. 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal), segundo a qual “o direito da Administração de anular atos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaí em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

Coincidência ou não, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, desde a edição da Súmula n. 105, publicada em 26/09/2007 (poucos meses depois da súmula vinculante), também reproduz o entendimento do ministro Cezar Peluso: prevê a possibilidade de aplicação da decadência em procedimento de sua

competência referente ao registro inicial de atos de aposentadoria, reforma e pensão, nos termos do seguinte enunciado:

Nas aposentadorias, reformas e pensões, concedidas há mais de 5 anos, bem como nas admissões ocorridas em igual prazo, contado a partir da entrada do servidor em exercício, o Tribunal de Contas determinará o registro dos atos que a administração já não puder anular, salvo comprovada má-fé.

Nas entrelinhas dessa súmula, a determinação do registro dos atos que a Administração já não puder anular nada mais é que a aplicação da decadência, prevista no art. 54 da Lei n. 9.784/99, do direito de anular atos que decorram efeitos favoráveis ao administrado (no caso, servidor aposentado ou pensionista).

O entendimento vazado nessa súmula incorporou-se no âmbito legislativo com a entrada em vigor da Lei Complementar Estadual n. 120/11, que acrescentou à Lei Complementar Estadual n. 102/08 (Lei Orgânica do TCEMG) o art. 110-H, que reproduz o conteúdo da Súmula n. 105.

A aplicação da decadência se justifica com o argumento de que é grave transgressão ao princípio da segurança jurídica e, por conseguinte, ao da **proteção da confiança** do servidor na validade do ato administrativo que há considerável tempo o aposentou desconstituir situação subjetiva estabilizada após período longo, da qual desfruta de boa-fé, certo de sua legalidade. Nas palavras do ministro Cezar Peluso, em seu voto no Mandado de Segurança n. 25.116: “Frustrar-lhe, hoje [ao servidor], a justa expectativa de manutenção do benefício, que percebe há mais de 10 (dez) anos, é restabelecer, na matéria, a concepção de poder absoluto do Estado [...]”.

O mesmo quadro fático que ensejou a aplicação da Súmula Vinculante n. 3, especialmente a observância do contraditório — referente à anulação ou revogação de ato que beneficie o interessado —, é substrato para se aplicar, também nesta situação, a decadência, nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784/99.

A unidade de fatos revela a pluralidade de interpretações, que sucedem umas às outras, o que prova da vocação do direito pela gestação do novo, do que é imprevisível, ainda que conflituosa e paradoxalmente ele se incline e se esforce à preservação daquilo que dele (de sua interpretação, de suas decisões) já se revelou, se fez conhecido, à espera da estabilidade e previsibilidade, que muitas vezes não vingam.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a filosofia universal de Heráclito (refiro-me ao contraditório da realidade, ao ser que é e não é) atinge o direito, uma vez que ele quer estabilizar a realidade, mas a realidade tem o ímpeto da evolução permanente. Portanto, se o direito e sua interpretação — por não se transformarem — deixam de acompanhar a realidade, não cumprem, na medida satisfatória, sua função, que é disciplinar, com justiça, em tensão com a segurança, a convivência social.

É estranho, mas, se para vivermos precisamos morrer, no direito a estabilidade e segurança já nascem morrendo; é o mel doce-amargo de Heráclito, que permite a evocação de Fernando Pessoa: “O próprio viver é morrer, pois não temos um dia a mais em nossa vida que não tenhamos, nisso, um dia a menos nela”<sup>6</sup>.

Da tensão entre a segurança jurídica e a propulsão à mudança exprime-se a essência do direito. Lembremos que para Heráclito a harmonia encontra-se na tensão das cordas da harpa ou da lira, jamais na emissão de um único e repetido som. Assim, a harmonia do direito também se reproduz na tensão entre a segurança jurídica e o dever do direito, ou seja, sua confluência com a novidade que brota da harmonização de sua aplicação com os fatos da vida social.

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/MzY5OQ/>>. Acesso em: 26 jan. 2011.