

SÚMULAS VINCULANTES: ESTUDO DE CASOS E PARÂMETROS PARA CRIAÇÃO, REVISÃO E CANCELAMENTO

Siddharta Legale Ferreira¹

1. Aspectos gerais

Esse trabalho estuda os precedentes das três primeiras súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Observada sua aplicação prática, procura-se sugerir para parâmetros para criação, revisão e o cancelamento das súmulas vinculantes.

2. Súmula vinculante nº 1 e os precedentes.

Súmula vinculante 1: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001.”

Os casos que serviram de base para a edição da súmula vinculante nº 1 tratam do pedido de correção de contas vinculadas do FGTS, julgados em conformidade com o Enunciado nº 21 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro², local de origem das ações. A recorrente de todas elas foi a Caixa Econômica Federal.³

O recurso tem por motivo a condenação anterior da requerente ao pagamento dos valores correspondentes às diferenças da aplicação dos índices das contas do FGTS, além dos acréscimos na data do referido pagamento.

Alega, ainda, que a recorrida firmou acordo com o banco através do Termo de Adesão descrito na Lei Complementar 110/2001 e, influenciado pelos meios de comunicação,

¹ Bacharelado em direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Monitor de Direito Constitucional em 2007 e 2008. O presente trabalho se beneficiou de parte da pesquisa e conteúdo da monografia elaborada para o concurso do IASP em 2007, intitulada “Súmula vinculante e Repercussão geral: críticas e contra-argumentos”. O texto foi classificado em primeiro lugar.

² “O trabalhador faz jus ao crédito integral, sem parcelamento, e ao levantamento, nos casos previstos em lei, das verbas relativas aos expurgos de índices inflacionários de janeiro de 1989 (42,72%) e abril de 1990 (44,80%) sobre os saldos das contas de FGTS, ainda que tenha aderido ao acordo previsto na Lei Complementar n. 110/2001, deduzidas as parcelas porventura já recebidas.” (enunciado de 10/12/2004 e cancelado e publicado no D.O.E.R.J. de 08/04/2005)

³ STF, *DJU* 01 jul. 2005, RE 418.918-6/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie. STF, *DJU* 02 dez. 2005, RE-AgRG-Ed 427.801-4/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. STF, *DJU* 16 dez., 2005, REAg 431363/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes.

os trabalhadores (recorridos nos casos) acreditavam que lhes seria benéfico, marcando, dessa forma, um vício de consentimento.

Por outro lado, a conta do FGTS é de depósito bancário, com o diferencial de se tratar de depósito judicial. O trabalhador que possui conta na CEF deve ser considerado como consumidor da prestação de serviços do banco. Caso o Termo de Adesão traga prejuízos ao correntista, como restrições, renúncia e supressão de juros, as cláusulas serão nulas por causa do Código de Defesa do Consumidor.

Tal recurso baseia-se no art. 102, III, *a* da Carta da República⁴, por meio do qual a CEF – recorrente- sustenta a ocorrência de violação do princípio do ato jurídico perfeito, pois se desconsiderou o acordo judicial que o recorrido aderiu.

Em realidade, casos como este se repetiram nos RE 418.918-6, RE (AgR-ED) 427.801-4 e RE (AgR) 431.363, dos períodos de março a dezembro de 2005, todos oriundos do Rio de Janeiro. A maioria dos Ministros deu procedência ao recurso em oportunidade própria. Veja-se o porquê.

Por parte da relatora do RE 481.918/RJ, Ministra Ellen Gracie, a invocação do Enunciado n° 21 que preconiza a desconsideração do acordo da Lei Complementar n° 110/2001⁵ é possível ensejar Recurso Extraordinário.

Em segundo lugar, o trabalhador acreditou que seria beneficiado com o ajuste da LC 110/2001 e que, as cláusulas constantes no Termo de Adesão são amplamente desfavoráveis ao correntista.

Em contrapartida, não há como ocorrer vício de consentimento em abstrato, como havia alegado. Ademais, conforme o Direito Civil, os vícios levam à anulação, não à nulidade e a desconstituição do acordo não pode ser aludido ao Código de Defesa do Consumidor.

⁴ **CRFB/88:** “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição;”

⁵ **CRFB/88:** “Art. 4. Fica a Caixa Econômica Federal autorizada a creditar nas contas vinculadas do FGTS, a expensas do próprio Fundo, o complemento de atualização monetária resultante da aplicação, cumulativa, dos percentuais de dezesseis inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento e de quarenta e quatro inteiros e oito décimos por cento, sobre os saldos das contas mantidas, respectivamente, no período de 1º de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989 e durante o mês de abril de 1990, desde que:

I – o titular da conta vinculada firme o Termo de Adesão de que trata esta Lei Complementar;(…)”

Dessa forma, tendo em vista conseqüências do afastamento dos acordos já existentes, ela conheceu o recurso extraordinário dando integral provimento aos argumentos da Caixa Econômica Federal.

Posteriormente, o Ministro Sepúlveda Pertence proferiu o seu voto. Em primeiro lugar, analisou os fundamentos do recurso, ou seja, a preliminar de nulidade da decisão que negou seguimento ao agravo contra decisão singular. Reconheceu o recurso em virtude da Súmula n.º 281 da Corte Suprema⁶, destacando que não cabe RE em afronta ao ato jurídico perfeito para a análise *in concreto* da validade deste ato. Portanto, não se fez necessário examinar essa questão.

Sendo assim, votou no sentido de não se pressupor que o acordo haja contrariado a lei, mas afirma que, o termo firmado nos termos da lei, não é válido nem eficaz. Por fim, deu provimento ao recurso.

Ao longo dos votos, percebeu-se que tanto os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso acompanharam tal linha. Posteriormente, o primeiro deles, através do voto-vista, distingue o contrato de adesão do CDC, ou a inserção da cláusula no formulário, sem que o consumidor possa discutir ou modificar, com o “termo de adesão”. Para este, é a LC 110/01 que estipula as condições de adesão e seu conteúdo, diferentemente do outro, pode ser discutido ou modificado substancialmente, inexistindo a ocorrência de excessos por parte dos empresários.

O Ministro Carlos Britto, por sua vez, mostrou-se fiel à Súmula n.º 281, tal como o Min. Sepúlveda, acredita que não há motivo para Recurso Extraordinário.

Já o Ministro Marco Aurélio destaca que as normas são imperativas, não dispositivas. Na espécie, destaca as leis 9.099/95 e 10.259/2001 que não disciplinam a atuação isolada do relator nas turmas recursais. Ao contrário, no incidente de uniformização, incumbirá à turma, não ao relator, implementar os processos nesse entendimento.

No caso em pauta, houve interposição de recurso, que foi julgado e confirmado pelo relator da sentença em juízo. A Caixa Econômica Federal interpôs agravo, posteriormente convertido em embargos declaratórios. Na decisão do agravo, o relator proferiu a decisão.

⁶ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

Assim, há de ser conhecido e provido o RE para que seja corretamente julgado pela Turma Recursal.

Quanto aos vícios de consentimento, destaca que não são presumidos e, além do mais, o trabalhador não teria idéia do que viria a receber, não cabendo, ainda, fazer alusão ao Código de Defesa do Consumidor.

Acompanhando o voto da relatora, o Min. Gilmar Mendes argumentou que, as pessoas sabiam o *quantum* devido, pois tinham acesso às suas contas na Caixa Econômica, como mesmo define: “*não houve assinatura às cegas*”⁷. Assim, defere o pedido da Caixa Econômica Federal.

Por fim, o Ministro Carlos Velloso manifestou-se no sentido de que, para se reconhecer a existência do ato jurídico perfeito e acabado, não há necessidade do exame do RE, sob o ponto de vista infraconstitucional e fático. Isso porque a questão foi posta sob o ponto de vista geral no plano da abstração. Assim, seguiu o voto da relatora.

Em suma, depois de cada posicionamento pode-se inferir a lógica para que o STF se chegasse ao verbete: “*ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001*”.

3. Súmula vinculante nº 2 e os precedentes

Súmula vinculante 2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.”

Os casos subjacentes à súmula vinculante nº 2 referem-se às Ações diretas de inconstitucionalidade, em sua maioria, deflagradas pelo Procurador-Geral da República, contra leis distritais e estaduais do Distrito Federal, Paraíba, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Norte que dispunham sobre serviços de loterias e jogos de bingo. Para a formulação do verbete de súmula vinculante foram utilizados como base as ADIs 2.847-2; 3.277-1; 2.966-7; 3.183-0 e 2.690-9.⁸ As ações foram propostas com base em dois fundamentos:

⁷ STF, DJU 1 jul 2005, RE 418.918/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie fls. 1159.

⁸ STF, DJU 26 nov. 2004, ADI 2.847-2/DF, Rel. Min. Carlos Velloso.; STF, DJU 25 mai. 2007, ADI 3.277-1/PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.; STF, DJU 20 out. 2006, ADI 2.690-9/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes.; STF,

(i) a inconstitucionalidade das leis estaduais e distritais frente ao art. 22, inciso XX da Carta Magna dada competência exclusiva da União para legislar sobre consórcios e sorteios, entendendo-se que as loterias e bingos estariam inseridos aí, apesar do voto vencido do Min. Marco Aurélio;

(ii) Ademais, haveria a violação do inciso I do mesmo dispositivo legal em conformidade com o D.L. 204/67 sobre exploração de loteria federal derogada como norma penal e serviço público exclusivo da União.

Diante dos pedidos, não custa destacar os votos e argumentos utilizados por cada Ministro do STF.

A primeira ação (ADI 2.847-2/DF) proposta nesse sentido teve como relator o Ministro Carlos Veloso. Em seu voto, declara a inconstitucionalidade como argumento primeiro, pois é de competência privativa da União legislar sobre matéria penal. Em segundo lugar, ratificou a posição no sentido do termo “loteria” está abrangido pelo sorteio, tipo de jogo cujo resultado depende do acaso.

Posteriormente, posicionou-se o Ministro Carlos Ayres Britto. Deferiu o pedido do PGR, mostrando que as loterias encontram-se tipificadas como “jogos de azar” em que resultados dependem da sorte nos arts. 50 e 51 do Decreto-Lei federal nº 204/67. Para ele, se o Distrito Federal excepcionou a regra disposta no artigo, houve usurpação da competência legislativa da União, o que é um vício formal insanável. Dessa forma, somente depois que a União fez uso efetivo da competência legislativa é que se tem uma regra específica de Direito Penal, visto tratar-se de conteúdo *pro-indiviso*. Melhor dizendo: ainda não existe lei complementar da União que delegue ao Distrito Federal a competência para nomear sobre questões específicas sobre sorteio, nem competência residual para o mesmo.

Num momento posterior, o mesmo Ministro confirma o seu voto entendendo que as leis não usurpam competência penal. Além do mais, discutiu em seu voto a interpretação gramatical do instituto dos consórcios privados e dos sorteios. Segundo as palavras do magistrado: “a palavra ‘consórcio’ já contém um tipo menor de sorteio. (...) são institutos que se traduzem no emprego de poupança popular para aquisição de um bem cuja posse e uso dependem de sorteio,” (STF, DJU 26 nov. 2004, ADI 2.847-2/DF, Rel. Min. Carlos Velloso,

DJU 29 set. 2006, ADI 2.996-7/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.; STF, DJU 20 out. 2006, ADI 3.183-0/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

fls. 138.), embora para o texto constitucional representam o mesmo. Em suma, no voto e na confirmação do voto dado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, entendeu-se que a lei sofre de inconstitucionalidade por ser decisão legislativo-distrital originária.

Dos onze ministros, somente o Marco Aurélio foi voto vencido sustentando a constitucionalidade das leis estaduais. Como argumento, o mesmo entende que a finalidade maior de tais leis é o financiamento de programas na área social e comunitária através dos recursos gerados. Serão construídos, com o dinheiro arrecadado, habitações populares, infraestrutura básica e programas na área de saúde.

Dessa forma, o fato de o Distrito Federal e alguns dos Estados-membros terem estabelecido leis em sua órbita direta não implicaria em afirmar que elas invadem o âmbito penal.

Na defesa da constitucionalidade, o ministro alegou que há intensa divergência doutrinária acerca da publicização do serviço de loteria, principalmente, tendo em vista que autores como Miguel Reale, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Antonio Bandeira de Mello, Luís Roberto Barroso e Fábio Konder Comparato defendem a constitucionalidade das referidas leis e atos normativos impugnados. Destacam estes últimos por entenderem que a lei já não pode criar outros monopólios não estabelecidos expressamente no texto constitucional.

Com isso, verifica-se que há uma tensão entre o monopólio da União sobre bingos e loterias e a autonomia do Estado-membro, em conformidade com o art. 25 §1º da Constituição⁹.

Em suma, por entender que a competência exclusiva da União acabaria por colocar diversas loterias na clandestinidade e por não estar expreso, na Constituição, a vedação, julgou improcedente o pedido.

Num momento posterior, o Ministro Eros Grau emite seu voto também acatando o pedido do PGR. Segundo ele, a regra que retirou a ilicitude das atividades lotéricas fez uma transposição. Com isso, se apenas à União atribui-se competência para legislar sobre matéria penal, apenas a União poderá dispor sobre sua isenção. Portanto, é vedada a leis estaduais, distritais e municipais operar a migração, conforme art. 22, I da Magna Carta.

⁹ **CRFB/88**: “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”

Seguindo a posição acima, o Ministro Cezar Peluso reconhece a inconstitucionalidade com base no monopólio dado à União pela Lei Maior. No seu entendimento, desde que as atividades de sorteio e consórcio sejam regulamentadas, as entidades da federação podem exercê-las. No entendimento do ministro, não o sensibiliza o fato de a lei definir o que seja loteria ou sorteio. Acerca do aspecto penal, segue o voto do relator supra descrito.

Em conformidade com o voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes fez suas considerações acerca da redução teleológica do texto do art. 22, XX CRFB quanto à competência privativa da União e considera que os Estados-membros não possuem poderes para o mesmo.

Sinteticamente, a Ministra Ellen Gracie declarou a inconstitucionalidade com base na iniciativa da União em normatizar o assunto e o monopólio para legislar sobre direito penal.

O Ministro Celso de Mello apontou o princípio federativo e suas conseqüências jurídicas, dentre elas a repartição constitucional de competências, para sustentar que, que a regulamentação estadual dos bingos incidiu sobre a usurpação de poder de legislar em matéria lotérica por parte do Distrito Federal.

Ademais, a reserva constitucional de poderes residuais em favor dos Estados-membros tem um significado preciso. Não permite ao Estado-membro colonizar a competência legislativa alheia, no caso, a da União para legislar sobre a exploração, credenciamento e autorização de bingos e loterias.

Por fim, o Ministro Sepúlveda Pertence ratifica o que foi entendido pela maioria dos nove votantes. Além disso, entendeu que as leis têm conteúdo penal e acrescentou que sofrem do vício da ilegalidade, não inconstitucionalidade. Isso porque foram leis que despenalizaram o instituto, não a Constituição Federal. Portanto, não é idôneo o caso ser objeto de ADIn. Quanto ao segundo fundamento, a Constituição confere competência privativa para dispor sobre sistemas de consórcios e sorteios. Não se inclui no sorteio na cláusula de competência da União(art. 22, XX) as noções de bingo e loteria.

O Ministro Joaquim Barbosa, na ADI 3.183-0/MS, em agosto de 2006 deferiu o pedido para declarar a inconstitucionalidade, tendo em vista que os diplomas normativos atacados, desta vez, leis estaduais do Mato Grosso do Sul, ultrapassaram os limites de mera regulamentação. A intenção de inovar no mundo jurídico é evidente, mas por ter caráter

autônomo, legitima a propositura da ação direta. Entendeu, igualmente, que a União é privativamente legitimada para a edição das leis. Entretanto, tem por base os votos dos Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence no sentido de não serem as normas de índole incriminadora.

A ministra Cármen Lúcia também se posicionou favoravelmente ao pedido do PGR na ADI n.º 2.996-7 do Estado de Santa Catarina, em agosto de 2006. Sucintamente, aludiu o caso ao Poder Constituinte que, expressamente, não deu poderes aos Estados-membros para que se pudesse legislar sobre bingos e loterias. Quanto aos demais, seguiu integralmente o voto do Ministro-Relator do caso, Min. Sepúlveda Pertence, com o mesmo posicionamento transcrito acima.

As convergências de entendimentos resultou na súmula vinculante n.º 2, cuja redação é esta: “*é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.*”

4. Súmula vinculante n.º 3 e os precedentes¹⁰

Súmula vinculante 3: “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.”

A súmula vinculante, transcrita acima, foi editada tendo por base quatro problemas semelhantes envolvendo atos do Tribunal de Contas da União.

O primeiro deles é o Mandado de Segurança 24.268-0/MG de setembro de 2004. Nele, a impetrante alega que o TCU, sem ouvi-la, cancelou unilateral e sumariamente o pagamento da sua pensão especial concedida há 18 anos pela sua condição de adotada. Ela se defende com base nos direitos à ampla defesa, contraditório, devido processo legal, direito adquirido e coisa julgada. No pólo oposto, o Presidente do TCU sustenta a legalidade do ato impugnado já que a adoção, promovida em 1984, não foi efetuada por instrumento jurídico adequado. Apresentado o caso paradigmático, vejamos como se posicionaram os Ministros.

Em primeiro lugar, a Ministra Ellen Gracie, relatora do caso, denegou o mandado de segurança. Segundo ela, considerar que o Tribunal de Contas no desempenho de sua atividade

¹⁰ STF, DJU 17 set. 2004, MS 24268-0/MG, Rel. Min. Ellen Gracie; STF, DJU 09 set. 2005, MS 24728-2/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, DJU 11 mar. 2005, MS 24742-8/DF, Rel. Min. Marco Aurélio; STF, DJU 18 fev. 2005, MS 24754-1/DF, Rel. Min. Marco Aurélio.

constitucional fique submetido ao contraditório nos processos administrativos que tratam da legalidade na concessão de aposentadoria, é enfraquecer a instituição.

Ademais, entende-se que não justifica a existência de direito adquirido para a pensão proveniente de uma adoção ocorrida uma semana antes do beneficiado falecer, provado, inclusive que o mesmo sofria de câncer aos 83 anos de idade.

Posteriormente, no voto-vista, o Min. Gilmar Mendes contra-argumenta o voto supra pelos seguintes motivos: em primeiro lugar, o direito de defesa está assegurado na Constituição Federal no art. 5º, LV¹¹, de forma mais ampliada, assegurando aos litigantes de processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa.

Em segundo lugar, a doutrina constitucional vem enfatizando que o direito de defesa não é uma simples manifestação do processo. Efetivamente, deve-se assegurar uma tutela jurídica.

Dessa perspectiva, a Lei 9784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública determina expressamente que a mesma obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório, além das formalidades essenciais à garantia dos direitos à comunicação.

Assim, não pareceu ao Ministro a distinção entre ampla defesa e contraditório nos procedimentos que envolvam questões de fato, posto que o texto constitucional não admite redução teleológica na sua interpretação.

Posto isso, defere a segurança postulada para assegurar o princípio do contraditório e da ampla defesa na espécie.

Acompanhando na íntegra o voto anterior e deferindo os pedidos, o Min. Cezar Peluso ressalta que:

“A Constituição (art. 5º, LIV)¹² não permite que ninguém perca qualquer de seus bens, e não apenas a liberdade (...), sem o justo processo da lei. Nem basta que o processo seja legal; tem ainda de ser devido, justo. (...) Tem de ser ouvida, porque o fato de não ser ouvida, sob pretexto de suposta aparência de fraude, transforma a pessoa humana em objeto.” (V. fls. 189 do MS 24268-0/MG.)

¹¹ **CRFB/88** “art. 5º, LV - 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.”

¹² **CRFB/88** “Art. 5º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Segundo o Min. Joaquim Barbosa, o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes é cabível ao caso e pede para que se flexibilize a visão formalista do direito na aplicação das garantias constitucionais.

Nesse sentido, o Min. Carlos Ayres Britto aprecia o caso da seguinte forma: quanto do TCU verifica a legalidade de um ato concessivo de pensão, reforma ou aposentadoria, não ouve as partes, pois a relação dá-se entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública. Entretanto, quando já se conhece o direito, existe uma relação daquele com o particular.

No caso, o TCU poderia desfazer o próprio ato a qualquer momento, desde que conferisse, à outra parte, direito ao contraditório e ampla defesa.

Como no caso em pauta, tratava-se desta última forma, se faz necessário utilizar os princípios constitucionais no processo.

Igualmente entende o Min. Nelson Jobim. Segundo o voto, no caso específico houve um ato jurídico externo ao Tribunal de Contas, que não é ato administrativo em que se teve uma adoção. Para desconstituir o mesmo, deve-se levar o caso ao juízo competente.

Além do mais, se o TCU quisesse não registrar a aposentadoria, assim poderia proceder. Como não o fez, o ministro entende que há direito da impetrante e defere o *writ*.

Sucintamente, o Min. Marco Aurélio diz que o TCU simplesmente não poderia desfazer o negócio jurídico já existente, primeiro, por fugir totalmente à área de atuação da Corte de Contas e, segundo, deveria ter dado oportunidade à outra parte em se manifestar.

Sob dois fundamentos, o Min. Carlos Velloso acolhe a segurança. Primeiramente, o caso em pauta tinha sido decidido há 18 anos atrás, o que para a Lei 9784/99, já prescreveu. Assim, houve uma violação da segurança jurídica.

Em segundo lugar, não poderia um tribunal administrativo anular ato jurisdicional por decisão própria.

Por fim, seguindo o entendimento da maioria estão os Min. Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Maurício Correia. O primeiro, diz que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou direitos sem o devido processo legal, e resume:

“o voto do Ministro Gilmar Mendes, (...), põe uma pedra de cal em cima da questão, porque enfrentou todos os obstáculos de natureza constitucional que impedem o desfazimento por ato do Tribunal de Contas.” (V. MS 24268/MG, fls. 216.)

Dessa forma, pelas decisões majoritárias, reconheceram-se as garantias a contraditório e ampla defesa nos processos em que haja um liame direto entre o particular e o Tribunal de Contas. No caso, para anulação e revogação dos atos.

Senão, caso ainda não houver laços com o particular e o negócio estabelecer-se apenas entre o Estado concedente e a Corte de Contas, não se faz necessário a observância de tais garantias.

Foi assim decidido e assim vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública.

O segundo caso que se segue com entendimentos semelhantes, a impetrante requereu o afastamento do cenário jurídico do ato do TCU que implicou na cessação de pagamento dos proventos da sua aposentadoria. Acusa o Tribunal de violação do contraditório no processo de aposentadoria, feito dentro dos ditames legais. Conforme conta, até 1996 trabalhava no Centro de Informática e Processamento do Senado Federal quando foi aposentada, protocolando o requerimento antes, em 1992, em conformidade com a antiga redação do art. 183 da Lei 8.112/90¹³. Dessa forma, pede o restabelecimento dos proventos. Neste, a Corte Suprema concedeu a segurança por unanimidade com os mesmos argumentos.

A terceira ocorrência¹⁴, similar aos outros trata do pedido de aposentadoria da esposa de um Coronel já falecido que, passado um mês da reforma, veio a ser contratado pelo Centro Técnico Aeroespacial (CTA) sob o regime celetista. Neste último, atuou por mais onze anos até se aposentar novamente e, posteriormente, vir a falecer. Conforme indica o relator, o problema inicia-se quando o CTA foi informado pelo Tribunal de Contas da União que a pensionista (esposa do *de cujus*) deveria optar entre uma das duas pensões. Delas, foi cancelada a referente ao cargo de militar, por decisão do processo administrativo.

¹³ **CRFB/88**: “Art. 183. A União manterá Plano de Seguridade Social para o servidor e sua família. Parágrafo único. O servidor ocupante de cargo em comissão que não seja, simultaneamente, ocupante de cargo ou emprego efetivo na administração pública direta, autárquica e fundacional, não terá direito aos benefícios do Plano de Seguridade Social, com exceção da assistência à saúde. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.647, de 13 de abril de 1993)”

¹⁴ STF, DJU 11 mar. 2005, MS 24.742-8/DF, Rel. Min.

Feito isso, a impetrante do mandado de segurança deferindo alega que a revisão judicial das decisões do TCU deu-se sem o devido processo legal e que seus direitos foram violados, pois cancelaram a pensão referente aos longos anos trabalhados pelo marido.

O último caso refere-se ao cancelamento unilateral da pensão de Fernanda Fiúza Brito proveniente da morte do tio do seu pai adotivo. Segundo ela, tal atitude constitui um abuso e uma ilegalidade, pois não se obedeceu a princípios como direito adquirido, ato jurídico perfeito e acabado, contraditório e o devido processo legal. Ademais, entende que está protegida pelo princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Do outro lado, alega o TCU que no caso, está-se diante de um possível tio-bisavô viúvo, Major reformado, que na data da adoção contava mais de 94 anos de idade. Na verdade, trata-se de simulação do negócio jurídico com efeitos contra a Fazenda Pública.

A decisão final do Tribunal, nesse terceiro julgamento, foi no sentido de deferir a segurança para determinar a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa e, conferir, ao ordenamento jurídico brasileiro, da súmula:

“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.”

Finalizado o estudo de casos referentes à súmula vinculante, podemos passar a expor os requisitos e sugerir os parâmetros para sua criação, revisão e cancelamento.

5. Requisitos e Parâmetros para criação, revisão e cancelamento

Aprovadas as três primeiras súmulas vinculantes, resta estudar um pouco mais os requisitos para criação, revisão ou cancelamento, bem como a possibilidade de propor parâmetros para operar com esse instituto.

A possibilidade de criar, revisar ou cancelar as súmulas vinculantes, considerando a proposta de alguns legitimados, sem dúvida, é um dos pontos mais interessantes do instituto¹⁵. A lei estabeleceu requisitos para adotar cada um desses procedimentos. Mesmo assim, cabe

¹⁵ Para uma leitura mais abrangente sobre as súmulas vinculantes, confira-se o trabalho premiado em primeiro lugar no concurso de monografias, promovido pelo IASP – Instituto dos advogados de São Paulo – em 2007, anexado em versão resumida: LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Súmula vinculante: críticas e contra-argumentos**, mimeo, 2008.

propor alguns parâmetros (*standards*) para dar contornos mais precisos a súmula vinculante, considerando a jurisprudência que vem se formando e as possibilidades que se descortinam.

O instituto da súmula vinculante possui requisitos formais e materiais para sua edição. Do ponto de vista formal, exige-se o quorum mínimo de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no órgão pleno. Merece destaque o fato de que, nos moldes atuais, somente Supremo Tribunal Federal possui competência para editar súmulas vinculantes. No processo de criação das súmulas, há a oitiva do Procurador-Geral da República, conforme o art. 2º da lei que regulamenta o art. 103-A da Constituição. É possível, ainda, a manifestação de terceiros, nos termos dos arts. 2º e 3º da referida Lei.

Do ângulo material, a Emenda 45/2004 estabeleceu que os verbetes somente tratam de matéria constitucional no que tange à validade, interpretação e eficácia de normas jurídicas frente à Constituição. O teor da súmula obriga como lei, entretanto, somente atua na tentativa de solucionar a controvérsia sobre norma legal já existente com decisões reiteradas sobre o tema (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 122). Em suma, os requisitos para edição da súmula são os seguintes: (i) o quorum de dois terços dos ministros; (ii) tratar-se matéria constitucional; (iii) haver controvérsia atual; (iv) com decisões reiteradas sobre o tema.¹⁶ Em relação à criação sumular, os seguintes parâmetros podem ser sugeridos:

- (i) No processo de criação, devem ser considerados não apenas os dispositivos (*holding*), mas também o fundamento das decisões reiteradas que embasaram as súmulas vinculantes. Afinal, atualmente, é possível invocar a transcendência dos motivos determinantes, isto é, se um fundamento seja essencial à determinada decisão, ainda que ele não integre o dispositivo, ele pode ter efeitos semelhantes¹⁷;
- (ii) A análise do fundamento deve prestar atenção nos argumentos diferentes, mesmo aqueles que não prevaleceram, com o intuito de abrandar o rigor da

¹⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para obtenção do Título de Mestre em 2007.

¹⁷ O STF utilizou a noção de *transcendência de motivos determinantes* na reclamação, julgada contra a decisão que considerou inconstitucional a lei do Estado do Sergipe. Essa possuía conteúdo idêntico à legislação do Piauí que definia pequeno valor para fins de precatório, considerada constitucional na ADI 2868/PI. Por essa razão, ainda que a lei do estado do Sergipe não tivesse julgada constitucional ou inconstitucional, a reclamação foi julgada procedente, porque foi reconhecida a violação ao “conteúdo essencial” dos fundamentos referida ADI do Piauí. V. STF, DJU 18 mar. 2005, Rcl 2986, Rel. Min. Celso de Mello.

súmula vinculante, por exemplo, antevendo as exceções cabíveis em seus enunciados.

Em relação à revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes, o art. 5º da Lei 11.417 prevê apenas uma das hipóteses possíveis: a revogação ou modificação da lei em que se fundou a súmula vinculante, tornando possível ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou mediante provocação, proceder à revisão ou cancelamento. A previsão legal não é taxativa, mas não deve ser generalizada para não prejudicar a segurança jurídica e, assim, frustrar o objetivo para o qual a súmula vinculante foi criada. Formulamos, por isso, alguns parâmetros para operacionalizar o instituto:

- (i) Como o legislador exigiu decisões reiteradas para criação das súmulas vinculantes, parece razoável que existam decisões reiteradas ou incisivas, como pré-requisito para revisão *stricto sensu* das mesmas¹⁸. Dessa vez, com uma peculiaridade: tais decisões devem ter aplicado a técnica da distinção (*distinguish*), no julgamento das reclamações cabíveis contra decisão judicial ou ato administrativo que contrariar o enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, como prevê o art. 7º da Lei 11.417.¹⁹ Essa distinção pode ser incorporada de forma a abrandar o rigor das súmulas vinculantes, por exemplo, instituindo exceções ao enunciado da súmula vinculante;
- (ii) A frequência ou a intensidade das decisões que aplicam o *distinguish* são um forte indicativo de que cabe o cancelamento. Afinal, “distinções” brandas e

¹⁸ Empregamos o termo revisão *stricto sensu* para espancar a eventual confusão entre revisão e cancelamento. Na acepção empregada a acima, revisão implica aproveitamento do enunciado existente com alterações razoáveis ao seu conteúdo. Por óbvio, não é razoável, por exemplo, suprimir uma palavra, como um “não” para dar conteúdo inverso à súmula. Por outro lado, parece cabível sugerir exceções não previstas inicialmente.

¹⁹ Essa técnica, muito conhecida nos países de *common law*, consiste em diferenciar o caso a ser julgado do precedente – que, nesse regime, é vinculante. A diferença (*distinguish*) justifica a não incidência dos efeitos vinculantes em relação ao caso concreto por conta de alguma peculiaridade. Em relação às súmulas tradicionais, é possível exemplificar o emprego da técnica com a Súmula 691 do STF que afirmava não caber habeas corpus ao Supremo Tribunal Federal contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere liminar. No caso concreto, o Supremo reconheceu que, em hipóteses excepcionais, de flagrante ilegalidade, é possível conhecer e deferir o habeas corpus. V. STF, DJU 01 set. 2005, HC 85.185-1, Rel. Min. Cezar Peluso. Uma excelente reflexão sobre o caso pode ser lida em MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para obtenção do Título de Mestre em 2007, p.179-86. *Mutatis mutandis*, acreditamos que a técnica poderia ser aplicada para as súmulas vinculantes.

escassas de poucas decisões podem ser incorporadas ao conteúdo da súmula vinculante, sem a necessidade de destruir o enunciado normativo.

O parâmetro para revisão *stricto sensu* deve ser enxergado de forma diferente do parâmetro do cancelamento. A revisão conduz à delicada operação no enunciado da súmula e, por isso, pressupõe obrigatoriamente decisões reiteradas, aplicando a técnica do distinguish. Já no cancelamento, tais decisões consubstanciam um indicativo de sua necessidade, mas não um pressuposto. O cancelamento da súmula vinculante tem origem na possibilidade da Corte constitucional mudar de entendimento, o que justifica as exigências mais flexíveis.