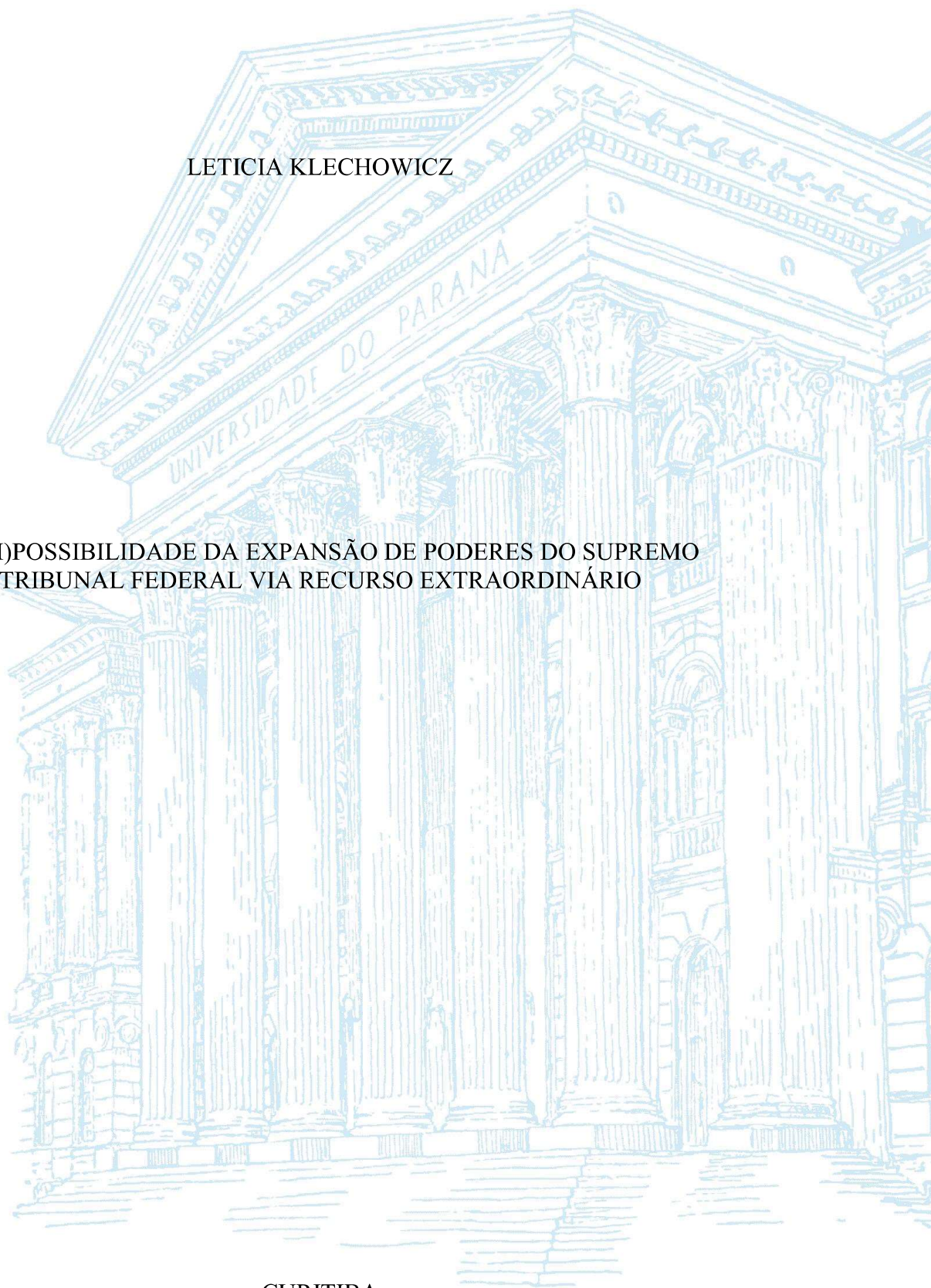


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LETICIA KLECHOWICZ

A (IM)POSSIBILIDADE DA EXPANSÃO DE PODERES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL VIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO

CURITIBA
2020



LETICIA KLECHOWICZ

A (IM)POSSIBILIDADE DA EXPANSÃO DE PODERES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL VIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel, Curso de Direito, Setor de Direito do
Estado, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dra. Melina Girardi Fachin

CURITIBA
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

A (IM)POSSIBILIDADE DA EXPANSÃO DE PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO

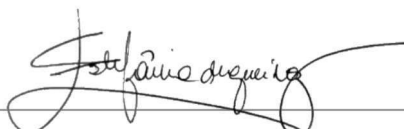
LETICIA KLECHOWICZ

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Melina Girardi Fachin
Orientador

Coorientador



Estefânia Maria de Queiroz Barboza
1º Membro



Heloisa Fernandes Câmara
2º Membro

A (IM)POSSIBILIDADE DA EXPANSÃO DE PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO

THE (IM)POSSIBILITY OF THE EXPANSION OF POWERS FROM THE BRAZILIAN SUPREME COURT THROUGH THE EXTRAORDINARY APPEAL

Leticia Klechowicz¹

RESUMO

O presente artigo pretende estudar a expansão de poderes do Supremo Tribunal Federal (STF), com foco no controle difuso de constitucionalidade; a chamada abstrativização do controle difuso via art. 52, X e sua propalada mutação constitucional, que teria aproximado o controle concreto e o controle abstrato de constitucionalidade. Para tanto, é realizado um panorama sobre o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro com enfoque na expansão de poderes do judiciário, utilizando-se de autores como Oscar Vilhena Vieira e o conceito de “supremocracia”, bem como estudos mais recentes sobre o fenômeno, como os levantamentos empíricos realizados pelo professor Diego Werneck. Tenta-se definir, de forma breve, os parâmetros institucionais, bem como aqueles criados pelo próprio STF, que tornaram o papel do Tribunal predominante. Depois, o enfoque passa a ser no controle difuso de constitucionalidade. Ao final, são feitos estudos com decisões tomadas em sede de Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, para avaliar como a suposta mutação estava – ou não – sendo expressa em decisões posteriores. A escolha das decisões teve como parâmetro a delimitação temporal em 2018, para possibilitar a análise de decisões tomadas pelo Plenário posteriores às decisões das ADIs 3406 e 3470; que trataram expressamente sobre a suposta mutação constitucional do art. 52, X. Com as decisões, destaca-se, também, a relevância dos assuntos debatidos em sede de Recurso, para demonstrar a importância que a expansão dos efeitos traria em todo o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Expansão. Mutação constitucional. Recurso Extraordinário.

ABSTRACT

This article intends to study the expansion of the Brazilian Supreme Court’s power, by focusing on the diffuse control of constitutionality; the called abstractiveness of the diffuse control by way of article 52, X, and its much-vaunted change in the interpretation which would have approximated the diffuse control and the abstract control of constitutionality. Therefore, it is performed an overview about the Brazilian system of control of constitutionality with focus on the expanded powers of the judiciary, by using authors as Oscar Vilhena Vieira and the concept of “supremedemocracy”, as well as more recent studies about the phenomena, such as the

¹ Graduanda do quinto ano de Direito na Universidade Federal do Paraná. Integrante bolsista do grupo PET – Direito.

empiric survey conducted by the Professor Daniel Werneck. It is attempted to briefly define the institutional parameters including the ones created by the Brazilian Supreme Court, which have made the roll of the predominant court. Then, the focus becomes the diffuse control of constitutionality. In the end, studies are made with decisions taken in the context of an Extraordinary Appeal by the Supreme Federal Court, to assess how the alleged change of interpretation was - or not - expressed in subsequent decisions. The choice of the decisions was based on the temporal delimitation in 2018, to enable the analysis of decisions taken by the Plenary after the decisions of the direct action for the declaration of unconstitutionality nº 3406 and nº 3470; which dealt expressly with the alleged change of interpretation in article 52, X. With the decisions, it is also worth highlighting the relevance of the issues discussed in the Appeal, to demonstrate the importance that the expansion of the effects would bring in the entire legal system.

Keywords: Brazilian Supreme Court. Expansion. Change in the constitution. Extraordinary Appeal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. AS ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CRESCENTE PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 3. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; 4. DECISÕES EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RESSALVAS A PARTIR DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Na separação de poderes brasileira, grande parcela de poder decisório foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988. E, como será explorado, este poder parece ter se expandido cada vez mais. Dois meios são possíveis para levar os debates até o julgamento do Tribunal: por meio das ações de controle abstrato de constitucionalidade ou por meio das ações e recursos do controle concreto. Quanto aos meios de controle concreto, destaca-se o Recurso Extraordinário, forma em que um caso de ofensa constitucional chegará ao Supremo Tribunal Federal por seu papel como última instância recursal. Este recurso foi bastante modificado por meio da Emenda Constitucional 45/2004 – com ela, foi fixado o critério da Repercussão Geral, que definiu que para os recursos serem conhecidos é necessário demonstrar a relevância da discussão para além do caso posto.

A própria existência de ambos os meios de controle de constitucionalidade demonstra a abrangência da atuação do Tribunal, que possui uma dupla função. O estudo focará no controle concreto de constitucionalidade, e analisará como as interpretações recentes feitas sobre os dispositivos constitucionais que regulam o Recurso Extraordinário tem tornado ainda mais abrangente a atuação do Tribunal. Assim, em um primeiro momento, será feita exposição sobre o funcionamento do controle de constitucionalidade no país. Em conjunto, será apresentado o debate instaurado quanto ao papel do Supremo Tribunal Federal e sua contínua expansão. Em sequência, o segundo capítulo será focado na previsão constitucional do art. 52, X da Constituição, que concede ao Senado Federal o papel de ampliar os efeitos de declarações de inconstitucionalidade feitas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário. Será exposta discussão sobre a mutação constitucional do artigo, com destaque para a mudança no entendimento do Tribunal sobre o assunto.

Por fim, serão feitas análises de decisões tomadas em sede do Recurso, para verificar, de forma exemplificativa e empírica, os argumentos feitos pelos próprios ministros quanto à referida mutação constitucional. A pesquisa de decisões escolheu como parâmetro temporal o início de 2018, por possibilitar o estudo do debate atualizado e por ser o período imediatamente posterior à importante decisão tomada sobre a mutação constitucional do artigo – nas ADIs 3406 e 3470, em que o posicionamento sobre a ocorrência da mutação constitucional foi endossado. O recorte também delimitou a busca às decisões tomadas pelo Tribunal Pleno, para analisar, em

específico, decisões que poderiam ter declarado a inconstitucionalidade incidental da legislação; bem como para averiguar o debate realizado entre todos os ministros sobre o tema. Também foi realizada junto à ferramenta de busca jurisprudencial do próprio Supremo Tribunal Federal; utilizando na chave de busca as seguintes palavras: “incidental”, “erga omnes” e “vinculante”.

Com o estudo, busca-se entender a origem da discussão sobre a mudança de interpretação do art. 52, X, bem como as consequências que esta alteração traria para o controle de constitucionalidade como um todo. Esta reflexão está inserida em um ambiente de crescimento do controle judicial, e será analisada como um possível impacto que proporcionaria ainda maior expansão.

2 AS ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CRESCENTE PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é misto quanto ao seu **sistema** de controle, visto que admite que o controle de constitucionalidade seja exercido por poderes políticos – como realizado pelo poder legislativo, que possui as Comissões de Constituição e Justiça – e pelo poder judiciário² – este último, foco do presente artigo. Quanto aos critérios de controle judicial, tem-se que estes podem ser exercidos de maneira difusa ou concentrada. O controle difuso pode ser realizado por quaisquer órgãos do poder judiciário³, enquanto o concentrado é atribuído a um órgão de cúpula⁴ – no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Desta forma, o Tribunal exerce duas funções: a primeira no julgamento de ações de controle abstrato de constitucionalidade⁵, e a segunda no controle incidental/concreto de constitucionalidade, em que atua como última instância recursal de procedimentos comuns, bem como nas ações de remédios constitucionais.

A ideia de um controle de constitucionalidade focado no controle judicial, como ocorre no Brasil, tem sua origem atribuída, comumente, ao emblemático caso Marbury

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

³ Para declarar a inconstitucionalidade das leis pelos tribunais, é necessária a votação da maioria absoluta de seus membros. Ver: Art. 97 Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988).

⁴ SILVA, José Afonso da. Op.Cit., p. 30.

⁵ Caso das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

vs Madison, decidido em 1803 pela Suprema Corte norte-americana. A proporção tomada pelo caso gerou a falsa perspectiva de que o judiciário sempre possuiu a “última palavra”⁶ sobre a Constituição. Porém, o histórico do controle de constitucionalidade norte-americano mostra que a premissa não é verdadeira. O entendimento quanto à função final do Tribunal como intérprete não é “a concepção original do constitucionalismo norte-americano (um constitucionalismo, aliás, do qual o Brasil é, em certa medida, herdeiro)”⁷.

O Brasil, de fato, adotou um modelo forte de controle judicial de constitucionalidade das leis. No art. 102, há a previsão de que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. No entanto, extrair deste artigo que o Tribunal será responsável por entregar a última palavra sobre a Constituição, por si só, não representa a literalidade do texto constitucional.⁸ Porém, com a ressalva de que o papel atribuído ao STF não é, inteiramente, aquele previsto no texto constitucional, fato é que o poder do judiciário passa, há anos, por um processo de expansão.

Há mais de uma década, quando a Constituição de 1988 completou seu vigésimo aniversário, Oscar Vilhena Viera utilizou expressão que se tornaria objeto de grandes estudos e reflexões, em texto intitulado com o mesmo termo: a “supremocracia”⁹ seria um evento com dois significados. Em primeiro lugar, expressaria a autoridade do Supremo Tribunal Federal frente às demais instâncias do judiciário. Este ponto seria uma resposta do Tribunal à dificuldade de impor suas decisões às instâncias inferiores – por falta de um instrumento como o *stare decisis*¹⁰ do *common law*, que vinculasse as demais instâncias. Meios criados por emenda constitucional teriam atenuado a problemática (questão a ser detalhada em exposição sobre o Recurso Extraordinário).

⁶ GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. **Marbury versus Madison** - Uma Leitura Crítica. Curitiba. Juruá, 2017, p. 15-21.

⁷ Idem.

⁸ Idem, p. 100-112.

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista. Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dez. 2008. DOI. 10.1590/S1808-24322008000200005 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322008000200005&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 02 nov. 2020

¹⁰ Nos sistemas de *commom law*, os precedentes asseguram a segurança jurídica. A doutrina do *stare decisis* não permite ignorar decisões anteriores “que retratam a prática constitucional e a moralidade política da comunidade”. Ver em: BARBOZA, Estefância Maria de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira**. Revista de Direito administrativo e constitucional. Curitiba, v. 14, n. 56. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/98>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

Em segundo lugar, a expressão se refere ao crescente poder do Tribunal em relação aos demais poderes. O Supremo Tribunal Federal teria o papel de última palavra sobre diversos assuntos, diante da grande gama de matérias com *status* constitucional no direito brasileiro. Ademais, o Tribunal realiza o controle de emendas constitucionais, podendo declarar inconstitucional criações do poder constituinte reformador. Com a constatação, o texto do professor expõe duas vertentes para explicar o fenômeno: a do próprio desenho institucional do Tribunal e o da atuação dos próprios Ministros.¹¹

Quase dez anos após o texto escrito pelo professor, o assunto segue sendo discutido de forma intensa pela academia. Afinal, o papel do órgão judiciário não se tornou mais restrito, mas encontrou maior expansão. O Tribunal que, antes de 1988, tinha um espaço restrito na vida jurídica do país, passou a ter um papel cada vez mais central. Hoje, outras expressões com significados contínuos e aprimorados podem ser utilizadas. Há ideia de “supremacia judicial” que, por si só, admite que outros poderes interpretem a Constituição, mas ressalva a exegese judicial como a final. Nesta leitura, o entendimento do judiciário só pode ser superado por nova decisão do próprio Tribunal ou, então, por emenda constitucional que altere a norma constitucional que serviu como base para decisão.¹²

Fenômeno diverso é o da “judicialização da política”, ou seja: questões de política pública e que comumente são – ou deveriam ser – resolvidas em outras esferas, em especial pelo legislativo e executivo, passam a adentrar no escopo de atuação do judiciário.¹³ Este fenômeno, que pode garantir a efetivação de direitos fundamentais por decisões judiciais, “pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes, como o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais”¹⁴. Já o “ativismo judicial” é a escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição. O judiciário opta, assim, por buscar resultados que otimizem as normas constitucionais. No entanto, esta opção nem sempre

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista. Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dez. 2008. DOI. 10.1590/S1808-24322008000200005 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322008000200005&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 02 nov. 2020.

¹² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais** – A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 21.

¹³ Ibidem, p. 23.

¹⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 61-67, 01 jan. 2012. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/judicializacao-politica-controle-judicial-de-politicas-publicas>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

representa uma garantia de direitos fundamentais, visto que depende da posição dos próprios juízes e ministros.¹⁵

A junção de todos os fatores – a supremacia das decisões judiciais, a judicialização da política e uma postura ativista do Tribunal – leva à “supremacia judicial em sentido amplo”, definida pelo professor Rodrigo Brandão. Com esta possibilidade, passa a ser o judiciário que lidera a última palavra sobre a Constituição, escolhe o significado de suas previsões e torna isto vinculante para todos os demais órgãos.¹⁶ Parte-se da ideia, assim, de que são múltiplos os fatores¹⁷ que explicam o crescimento da atuação do judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal. Outros conceitos também devem ser destacados, construídos em um franco diálogo evolutivo, ainda que com algumas discordâncias e características peculiares, do conceito de supremocracia, como a ideia das “onze ilhas”¹⁸ do professor Conrado Hubner Mendes¹⁹, ou da “ministocracia”²⁰ do professor Diego Werneck²¹ – que exaltam a relevância de decisões tomadas individualmente por cada ministro²².

Assim, o “comportamento dos atores externos ao tribunal e os poderes que lhe foram conferidos pelo texto constitucional são fatores importantes, mas insuficientes para explicar o papel atual do STF na vida nacional”.²³ A atuação do próprio Supremo Tribunal Federal na expansão de seus poderes deve ser destacada. Exemplo do

¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais** – A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 21.

¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, vol. 2, n. 8, p. 7883-7895, 2013. Disponível em: <<https://blook.pt/publications/publication/ccaad2881f9b/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁸ Destaca que os posicionamentos de cada ministro não dialogam para formar um pensamento único, do próprio Tribunal.

¹⁹ MENDES, Conrado Hubner. **Onze ilhas**. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm> . Acesso em: 25 nov. 2020.

²⁰ Destaca a relevância que a ação de um único ministro pode ter, e demonstra que o poder do STF se dá de forma individualizada.

²¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. MINISTROCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 01 abr. 2018. DOI. 10.25091/s01013300201800010003 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002018000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 nov. 2020.

²² Ainda que se considerem as peculiaridades das atuações individuais de cada ministro, o foco do presente artigo será em decisões tomadas pelo Tribunal Pleno – para verificar o debate entre todos os ministros quanto à mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição, em decisões que poderiam declarar a inconstitucionalidade incidental de normas.

²³ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, Ago. 2016. DOI. 10.1590/23176172201617 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322016000200405&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 09 out. 2020.

fenômeno foi o voto do Ministro Celso de Mello, que em julgamento colocou o órgão como um “poder constituinte permanente”²⁴.

No período que se seguiu à promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal explorou com poucas restrições as novidades do texto constitucional. Destaca-se decisão de 1989 referente ao Mandado de Injunção, em que o Tribunal declarou que a ação serviria exclusivamente para notificar oficialmente o órgão responsável pela omissão.²⁵ Com a passagem do tempo e com mudanças na composição do Tribunal, interpretações restritivas passaram a se tornar expansivas – sobre o Mandado de Injunção, em 2007, decisão relativa a greve de servidores públicos determinou quais regras regulamentariam a greve até futura decisão legislativa.²⁶ O relatório “Supremo em Números”²⁷ demonstra a situação com o remédio constitucional, que teve uma redução em proposituras nos primeiros anos após 1988 – momento em que o Tribunal considerou o instrumento como uma “notificação” – e foi intensificado com a mudança de posicionamento.²⁸ A decisão referente a união homoafetiva, também tomada em sede de Mandado de Injunção, indicou qual deveria ser a legislação adequada para regular os casos, e teve efeitos mais atrativos do que aqueles que o – mais rígido – controle abstrato de constitucionalidade poderia proporcionar.²⁹

As decisões do STF possuem, ainda, forte influência econômica e, em variadas oportunidades, mostraram-se dotadas de prestígio político. Ainda em 1995, o Tribunal julgou uma série de Ações Diretas de Inconstitucionalidade³⁰ que, apesar de estarem em acordo com a jurisprudência anterior do tribunal, destoaram por terem declarado inconstitucionais numerosas leis e decretos de seis estados, além do Distrito Federal. As decisões repercutiram, inclusive por meio de jornal da Câmara dos Deputados³¹, como uma Reforma Tributária que estaria surgindo pelo judiciário. Há época, parte do próprio

²⁴ Ministro Celso de Mello, nos autos do MS 20.603/DF. Ver em: ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Criatura e/ou Criador (...)**. Op. cit.

²⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Criatura e/ou Criador (...)**. Op. cit.

²⁶ Idem.

²⁷ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. Supremo em números: o múltiplo Supremo. Revista Direito GV, Rio de Janeiro, v. 1, Dez, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²⁸ Idem.

²⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Criatura e/ou Criador (...)**. Op. cit.

³⁰ **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI – MC 1.247/PE. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 08/09/1995. STF, 1995.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346923> Acesso em: 04 dez. 2020.

³¹ **CÂMARA DOS DEPUTADOS. Reforma tributária é assunto de comissão e do STF, 2011.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/tv/215835-reforma-tributaria-e-assunto-de-comissao-e-do-stf/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

Congresso – verdadeiro responsável por uma possível reforma tributária – indicou que a questão poderia ser iniciada pelo Tribunal³². Também quanto ao prestígio e repercussão, não há como deixar de destacar a influência externa e popular. Diversos casos decididos pelo Tribunal repercutem de maneira avassaladora³³ – a exemplo da decisão sobre aborto em caso de anencefalia³⁴, da prisão em segunda instância³⁵ e, ainda mais recente, sobre o funcionamento do pacto federativo na situação de pandemia³⁶. Ademais, alguns estudos demonstram que até mesmo o fato de sessões serem televisionadas pode influenciar a forma com a qual o judiciário toma decisões.³⁷

A excessiva expansão do papel do Supremo Tribunal Federal pode se tornar mais problemática porque torna questionáveis mesmo decisões proferidas em consonância com o papel do poder judiciário; como decisões garantidoras de direitos fundamentais. O debate é sobre a forma, e não apenas sobre o conteúdo.³⁸ É nesse cenário de crescimento do Tribunal que será analisado o Recurso Extraordinário e suas alterações a partir da Constituição de 1988 – por reformas constitucionais e por decisões do próprio judiciário.

3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Com as reflexões sobre o papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil, passa-se analisar, de forma mais detalhada, o avanço do papel do Tribunal no controle concreto de constitucionalidade; em especial em decisões tomadas em sede de Recurso

³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit.

³³ Idem.

³⁴ SANTOS, Débora. **Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime**. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html#:~:text=Ap%C3%B3s%20dois%20dias%20de%20debate,de%20anencefalia%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20crime.>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

³⁵ OLIVEIRA, Mariana; D'AGOSTINO, Rosanne. **Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghtml>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

³⁶ FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda. **Supremo decide que estados e municípios têm poder para definir regras sobre isolamento**. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/15/maioria-do-supremo-vota-a-favor-de-que-estados-e-municipios-editem-normas-sobre-isolamento.ghtml>>. Acesso em 23 nov. 2020.

³⁷ ESTEVES, Luiz Fernando; ARGUELHES, Diedo Werneck. **Neutralizando a TV Justiça em três passos**. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/neutralizando-a-tv-justica-em-tres-passos-24092018>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

³⁸ MENDES, Conrado Hubner. **STF: Criticar para defender**. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2019/11/stf-criticar-para-defender.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Extraordinário. Há uma discussão, que avança no Tribunal, sobre a mutação constitucional do art. 52, X – quanto ao papel do Senado Federal em conferir efeitos *erga omnes* a decisões de inconstitucionalidade tomadas neste formato, como prevê a literalidade do texto. O posicionamento do Tribunal caminha para a defesa de que o papel do órgão legislativo seria apenas de divulgar a decisão, que já teria estes efeitos. A suposta mutação a ser analisada traria impactos para o sistema de controle de constitucionalidade. O foco do presente artigo será em uma espécie do controle concreto, que seria afetado pela mutação: o Recurso Extraordinário. Deste modo, cabe realizar exposição sobre este instituto e suas transformações.

O Recurso Extraordinário é cabível para discutir violação à matéria constitucional – a uniformização do direito federal infraconstitucional, antes atribuição do órgão de cúpula do judiciário, compete agora ao Superior Tribunal de Justiça, com o Recurso Especial. Assim, o Recurso Extraordinário tem como função assegurar “a inteireza positiva; a validade; a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição”³⁹. A previsão expressa na Constituição para cabimento do Recurso está em seu art. 102.⁴⁰

Deste modo, o recurso estudado tem sua fundamentação vinculada, visto que está sempre relacionado a situações de ofensa ao texto constitucional.⁴¹ No entanto, mesmo com antiga competência direcionada, agora, ao Superior Tribunal de Justiça, o acúmulo de recursos direcionado ao STF permaneceu intenso. Posicionamentos visando diminuir a chegada de recursos foram tomados em decisões, para diminuir o número de casos chegando ao.⁴² Para além das medidas pelo próprio judiciário, importante destacar as mudanças que foram realizadas através do poder constituinte reformador, com a Emenda Constitucional 45/2004, a saber: a criação da Súmula Vinculante e do critério da repercussão geral para admissibilidade de recursos pelo Supremo Tribunal Federal.

A referida emenda acrescentou, ao art. 102, § 3 da Constituição, que o conhecimento do Recurso Extraordinário está submetido à observância da repercussão

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 995-1010.

⁴⁰ 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; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

⁴¹ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Recurso Extraordinário e Repercussão Geral. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro. v. 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 722.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit.

geral. Ou seja, é necessário demonstrar a relevância e transcendência da matéria – o que torna maior o grau de abstração da questão constitucional que será julgada pelo Tribunal. Deste modo, recursos que não demonstrem o requisito não serão conhecidos.⁴³

O segundo instituto mencionado, igualmente inaugurado com a emenda conhecida como “reforma do judiciário”, foi o da súmula vinculante. A motivação para criar o instituto foi a crise do judiciário, que possuía duas fortes problemáticas: o acúmulo de processos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e a insegurança jurídica de decisões opostas para casos análogos. A crise era descrita, basicamente, como a “crise do controle de constitucionalidade difuso”⁴⁴. O instrumento trazia às súmulas, já existentes, a possibilidade de se tornarem vinculantes, obrigatórias, por meio de decisão com *quórum* qualificado dos ministros do Supremo. Assim, os efeitos tomados em sede de controle abstrato de constitucionalidade poderiam ser adaptados em sede de Recurso Extraordinário, quando a decisão implicasse na criação de súmula vinculante.⁴⁵ Deste modo, os efeitos vinculantes tornariam obrigatórios aos órgãos jurisdicionais e à Administração Pública aplicarem o entendimento consolidado em situações correlatas. O instrumento poderia ser entendido como uma adaptação ao que seria o *stare decisis* no direito anglo-saxônico.⁴⁶

Assim, a Emenda Constitucional trouxe a possibilidade de filtrar os recursos (não conhecendo aqueles que não demonstrassem Repercussão Geral) e, ainda, possibilitou que decisão do Tribunal em quórum qualificado criasse o instituto da súmula vinculante, tornando obrigatória a decisão sumulada. No entanto, ainda que estes instrumentos sejam conferidos ao Supremo Tribunal Federal, cabe destacar que, no direito brasileiro, o controle de constitucionalidade concreto é exercido por qualquer juiz ou tribunal, na esfera do processo que lhe é correspondente. A decisão tomada por este juiz ou tribunal seria válida, assim, apenas para “afastar a incidência da norma viciada”⁴⁷, entre as partes do processo.

Deste modo, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal profere decisão em Recurso Extraordinário (sem elaboração de súmula vinculante), a decisão, a princípio, teria efeito apenas entre as partes – em exercício do controle concreto de

⁴³ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Op. cit., p. 744-745.

⁴⁴ SOUZA, Cláudia Beeck Moreira de. Súmula Vinculante: resposta à crise do Poder Judiciário pela atribuição de efeitos vinculantes às decisões do STF. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro. v. 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014., p. 706-707.

⁴⁵ Ibidem, p. 712-713

⁴⁶ Ibidem, p. 712-713.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 998.

constitucionalidade. Para que a incidência afastada tenha sua suspensão decretada como um todo, a Constituição previu a necessidade de declaração pelo Senado Federal – é esta a disposição do art. 52, X.⁴⁸ A função do Senado Federal de suspender a “execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal” vem desde a Constituição de 1934, art. 91, IV, e art. 96. Com a maioria de seis votos, pode ser declarada a inconstitucionalidade, e serão comunicados os órgãos interessados, devendo o Senado Federal receber cópia autêntica da decisão.⁴⁹

A previsão do Senado proporciona uma maneira da decisão em sede de Recurso Extraordinário receber efeito *erga omnes*. A discussão sobre os efeitos e funcionalidades da previsão constitucional, bastante discutida pelo Tribunal, em especial em decisão de 2017 – a ser detalhada posteriormente – não é recente.⁵⁰ Em 1966, ainda sob a égide das previsões de Constituição anterior, o Supremo Tribunal Federal debateu a questão no Mandado de Segurança 16.512. Para além das discussões sobre a eficácia de eventual decisão do Senado, destaca-se posição do Ministro Victor Nunes Leal em voto, que afirmou que o Senado não estava obrigado a suspender o ato declarado inconstitucional pelo Tribunal.⁵¹ Destacou, ainda, que não havia prazo certo para o Senado tomar posicionamento e que seria razoável o órgão legislativo demorar um período para impor sua escolha, diante das mudanças de ministros e do posicionamento do tribunal. Gilmar Mendes destaca, em relação a esta discussão – ainda na vigência da Carta de 1964 – que, se o constituinte pretendesse empregar “efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa”.⁵²

O professor e atual Ministro, no entanto, entende que a previsão quanto à competência do Senado passa por um processo de obsolescência, a medida em que a atual Constituição ampliou o controle abstrato de normas. Em seu raciocínio, destaca que, na arquitetura constitucional atual, o acesso ao controle abstrato é maior e permite decisões em caráter liminar, mesmo no controle de emendas constitucionais. A existência dessa possibilidade tornaria ilógico que, em uma decisão em sede de recurso, tomada pela maioria dos ministros, a inconstitucionalidade valesse apenas para as

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 4.

⁴⁹ Ibidem, p. 996.

⁵⁰ Ibidem, p. 998.

⁵¹ Ibidem, p. 998.

⁵² Ibidem, p. 998-1010.

partes. Para o autor, portanto, a previsão quanto ao papel do Senado seria explicada apenas por uma questão histórica, que manteve o dispositivo na Constituição.⁵³

Passou-se assim a chancelar o entendimento de que, caso ocorra declaração, em caráter incidental, de inconstitucionalidade de norma em um caso concreto, o Tribunal, ao determinar sua aplicação em outras decisões, estaria reconhecendo “a eficácia transcendente de sua decisão independentemente de intervenção do Senado”.⁵⁴ As decisões proferidas em caráter abstrato e concreto de constitucionalidade passariam a ter, portanto, efeitos similares.

Caberia analisar se o Senado Federal teria, por meio de sua – falta de – atuação quanto à previsão constitucional, ensejado estas novas reflexões feitas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, destaca-se levantamento realizado⁵⁵ entre os anos de 1989 e 2008. O estudo identificou que neste intervalo de tempo, apenas 0,1% das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em recursos extraordinários examinados e providos foram encaminhadas ao Senado Federal. Foram identificadas, assim, 165 comunicações em que o Senado poderia atuar na forma prevista em referido artigo, podendo determinar a inconstitucionalidade de leis. Destas informações, o Senado proferiu resoluções em cerca de 70% das vezes, no total de 95 resoluções. O próprio Senado, portanto, não teria demonstrado mudança de situação fática que possibilitasse o exercício de mutação constitucional pelo Tribunal. O número de resoluções expedidas só seria baixo se considerado em face do número total de casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal; não em relação ao número de comunicações recebidas pelo órgão legislativo.⁵⁶ A atitude em discordância com a disposição expressa em artigo constitucional seria do próprio Tribunal.

Mesmo assim, o órgão de cúpula do judiciário de fato realizou um caminho longínquo na direção de modificar a previsão expressa do artigo constitucional. Três casos e momentos decisivos podem demonstrar a mudança de posicionamento do Tribunal, sendo o primeiro deles datado do início dos anos 2000⁵⁷.

⁵³ Ibidem, p. 998-1010.

⁵⁴ Ibidem, p. 998-1010.

⁵⁵ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “MUTAÇÃO À BRASILEIRA”: Uma Análise Empírica do art. 52, X, da Constituição. **Revista. Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 597-614, Dec. 2014. DOI. 10.1590/1808-2432201425. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322014000200597&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 30 nov. 2020.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gulano de. **Como o Supremo expandiu seus poderes no caso do amianto?** Construindo supremacia: STF, a mutação constitucional e a

O primeiro momento destaca uma mudança nos critérios temporais da decisão. Em 2003, foi julgado o RE 197.917, sobre lei do Município de Miraestrela/SP que determinava um número maior de vereadores do que o constitucionalmente permitido pelo número de habitantes da cidade. No entanto, o mandato vigente dos vereadores seria prejudicado: vereadores eleitos por um sistema proporcional precisariam deixar o cargo e todos os atos tomados pelo poder legislativo municipal se tornariam nulos. Assim, o Supremo Tribunal Federal declarou a lei inconstitucional, mas com efeitos pró futuro – como é típico do controle abstrato de constitucionalidade, “desenvolvendo assim, efeitos típicos do controle abstrato pela via principal no controle concreto pela via incidental”.⁵⁸

O segundo momento foi o julgamento da Reclamação 4.335, em que o Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo Ministro Eros Grau, afirmou que a decisão do Senado, respaldada no art. 52, X, deveria ter mero efeito de tornar público o entendimento do Tribunal⁵⁹. Este caso também é destacado pelo professor Fredie Didier Jr.⁶⁰, justamente para trabalhar a ideia de “objetivação do Recurso Extraordinário”. A Reclamação teve origem no HC 82.959, julgado em 2006, em que o Tribunal julgou inconstitucional lei que vedava a progressão de regime para crimes hediondos. Como a decisão foi em Habeas Corpus – em caso concreto – a decisão teria validade, a princípio, apenas para a parte.

À época, o próprio Supremo Tribunal Federal noticiou que extensão do que foi determinado caberia ao Senado Federal. Em sequência, no entanto, a Defensoria Pública do Estado da União, no Estado do Acre, pugnou pela progressão de regime de réus condenados por crimes hediondos.⁶¹ O juiz, por entender que a decisão do Supremo Tribunal Federal não tinha efeito vinculante *erga omnes*, indeferiu o pedido. A Defensoria, então, propôs a Reclamação 4.335, em que sustentou a violação de autoridade do Tribunal. O caso foi julgado pelo Plenário apenas em 2014. Apesar do

abstrativização do controle difuso-concreto. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/como-o-supremo-expandiu-seus-poderes-no-caso-do-amianto-21112019>> Acesso em: 10 nov. 2020.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1000.

⁶⁰ DIDIER, Fredie Jr. **O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Páginas de Direito. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/176-artigos-out-2013/6309-o-recurso-extraordinario-e-a-transformacao-do-controle-difuso-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro>> Acesso em: 24 nov. 2020.

⁶¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gulano de. Op. Cit.

provimento da Reclamação e dos votos mencionados, a decisão final não decretou a tese de mutação constitucional do art. 52, X.⁶²

Por fim, há o recente caso das ADIs 3.406 e 3.470, que julgaram a proibição do amianto. As duas ações questionavam a constitucionalidade de leis estaduais que proibiam a utilização do mineral, e foram improcedentes. Foi declarado, de maneira incidental, a inconstitucionalidade de dispositivo de lei federal que autorizava o uso do produto.⁶³ O Tribunal explicou, ainda, que a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei federal deveria ter eficácia *erga omnes* e vinculante diretamente, sem necessidade de pronunciamento do Senado. Foi a primeira vez que, de forma expressa, o Supremo adotou a mutação constitucional do art. 52, X.⁶⁴

A aproximação entre as formas de controle difuso e concentrado de constitucionalidade é defendida por diversos autores, como o mencionado processualista Fredie Didier Jr., que entende que decisões sobre controle de constitucionalidade, caso sejam tomadas em abstrato, mesmo no caso concreto, tem o condão de orientar o tribunal em posteriores questões semelhantes. Neste posicionamento, o professor exemplifica a opinião com uma série de decisões aplicadas pelo Tribunal. Destaca que, ainda que os casos de controle abstrato tenham maior estabilidade – visto que só podem ser revisados a partir de decisões do próprio controle abstrato – o posicionamento das decisões em sede de recurso estaria em um estágio mais avançado de estabilidade, seria a objetivação do Recurso Extraordinário.⁶⁵

Ademais, com a judicialização da política e a atuação do judiciário na efetivação de direitos fundamentais, estes sistemas teriam criado maiores semelhanças.⁶⁶ Outros pontos, como o próprio conceito da repercussão geral, inserida pela emenda constitucional de reforma ao judiciário, ao determinar que o recorrente exponha os

⁶² FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gulano de. **Como o Supremo expandiu seus poderes no caso do amianto? Construindo supremacia: STF, a mutação constitucional e a abstrativização do controle difuso-concreto.** JOTA, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/como-o-supremo-expandiu-seus-poderes-no-caso-do-amianto-21112019>. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁶³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano de. Op. cit.

⁶⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano de. Op. cit.

⁶⁵ DIDIER, Fredie Jr. Op. cit.

⁶⁶ MELLO, Luciana Ferreira; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – análise da decisão *Roe vs Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – análise da decisão proferida pelo STF na ADPF 54. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 46, p. 85-103, maio 2015. DOI. 10.17058/rdunisc.v2i46.3993. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3993>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

motivos de relevância social para o seu recurso geram motivos para que exista respeito às decisões tomadas anteriormente.⁶⁷

No entanto, entender a relevância e influência de decisões anteriores, tomadas no controle concreto de constitucionalidade, não deve significar uma confusão entre as duas formas de controle – concreto e abstrato – existentes no sistema constitucional brasileiro. As ações declaratórias de inconstitucionalidade, quando julgam uma lei inconstitucional, impedem a aplicação da legislação a outros casos. Assim, o controle abstrato é a melhor definição de decisões com força “vinculante”⁶⁸ – para as decisões em controle concreto, a concessão desses efeitos dependeria justamente da remessa da decisão ao Senado Federal. Os precedentes do *commom law* consideram com o mesmo grau de importância a motivação da decisão quanto ao dispositivo da decisão em si, visto que a construção do caso é que define a compatibilidade do novo caso, avaliado, com o precedente anterior. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal não reconhece a tese de que estas motivações tem efeito vinculante; o que não permite equiparar a ideia de precedente do *commom law* com o sistema brasileiro.⁶⁹

Outra criação da reforma do judiciário também colocaria em xeque a decisão quanto à mutação do art. 52, X. A Súmula Vinculante, como exposto, foi um instrumento criado pelo poder constituinte reformador – não foi iniciativa do judiciário, portanto – e possui como objetivo, justamente, definir forma de vincular decisões tomadas em caráter de Recurso Extraordinário. Para a criação destas súmulas, foi definido todo o procedimento específico.⁷⁰ O artigo 103-A da Constituição Federal impõe requisitos como o acúmulo de decisões em um mesmo sentido e a existência e de controvérsia jurídica sobre o tema em debate. Para aprovação, ainda, é necessário o voto de 2/3 dos ministros, em *quórum* qualificado.⁷¹

⁶⁷ BARBOZA, Estefância Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito administrativo e constitucional**. Curitiba, v. 14, n. 56. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/98>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

⁶⁸ PUGLIESE, William Soares. Uma proposta de significado para o efeito vinculante. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 260-280, ago. 2019. DOI. 10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3233. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3233>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁶⁹ CÂMARA, Heloísa Fernandes. STF e as sereias: abstrativização do controle incidental de constitucionalidade e rearranjos constitucionais. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses (coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva: Estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/99**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 148.

⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 700.

⁷¹ SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Algumas Reflexões Críticas sobre a Tese da "Abstrativização" do Controle Concreto de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal

Caso o objetivo do art. 52, X, fosse apenas dar ao Senado o papel de divulgação das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, sem o dever de retirar a aplicação de leis declaradas inconstitucionais, não faria qualquer sentido criar um instituto mais complexo para vincular as decisões tomadas em controle concreto. Esta reflexão foi feita em 2014 – antes das referidas decisões das ADIs analisadas, que ocorreram em 2017 – pelo professor e processualista Eduardo Talamini, para afirmar que, apesar da modulação dos efeitos temporais concedidas em controle concreto de constitucionalidade, não havia motivo para pressupor que estava ocorrendo uma verdadeira mutação constitucional das previsões definidas para o Senado.⁷²

A mutação como compreendida pelo STF poderia retirar o próprio sentido da Súmula Vinculante: caso decisões tomadas em sede de Recurso Extraordinário possuam, diretamente, efeitos vinculantes, não haveria sentido criar um meio para englobar discussões de casos concretos para tornar a tese final vinculante.⁷³ As súmulas vinculantes demonstram que a abstrativização pode ocorrer em certos níveis e de forma benéfica, por contar com previsão realizada pelo poder constituinte reformador. No entanto, não há como interpretar a abstrativização em todo e qualquer caso decidido pelo Tribunal; em procedimento criado pelo entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal.⁷⁴ Com a decisão expressa do órgão em entender pela mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, entende-se que esta criação ocorreu.

Diversas outras críticas podem ser feitas a mutação. Na linha do crescente ativismo exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como uma escolha, tem-se na aproximação entre o controle abstrato e concreto de constitucionalidade um novo pilar. Outros motivos podem aproximar os dois sistemas, mas a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, intensifica o fenômeno de maneira questionável.

O controle difuso perde suas características; ao deixar de ter como foco as nuances de cada caso concreto.⁷⁵ Ademais, “a ampliação das hipóteses de controle

(STF). **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 75, p. 79-104, Abr.. 2017. DOI. 2177-7055.2017v38n75p79 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217770552017000100079&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 27 nov. 2020.

⁷² TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 700.

⁷³ SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Op. cit.

⁷⁴ ZAMARIAN, Livia Pitelli; NUNES, Vidal Serrano Jr. Súmulas vinculantes: solução para a adequada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade? **SCIENTIA IURIS**. v. 16, n. 1, 2012. Londrina. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/10988>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

⁷⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano de. Op. cit.

abstrato de constitucionalidade tem sido um dos argumentos centrais da tese de abstrativização”, mas este fator – com hipóteses criadas pelo poder constituinte reformador ou pelo legislativo – não pode igualar os dois modelos de controle.⁷⁶ A ideia de que a decisão do tribunal é a final em qualquer declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso reforça, ainda, o conceito de que o Supremo Tribunal Federal detém a última palavra sobre a Constituição.⁷⁷ O reforço da tese da última palavra também se mostra porque, aceita a tese da referida mutação, o cabimento de Reclamação Constitucional, para preservar a competência do Tribunal, passa a ser muito mais abrangente⁷⁸ - o que, novamente, demonstra uma mistura entre as formas de controle.

Ainda, a mutação constitucional possui limites semânticos que não foram respeitados com a decisão. Afinal, o artigo da Constituição era expresso ao conceder poderes ao Senado que, retirados, afetam a separação de poderes.⁷⁹ Ademais, tem-se que a mutação constitucional é um fenômeno que, em constituições rígidas – com processo de reforma complexo – como a brasileira, deveria ocorrer de maneira extraordinária. Seria apenas uma forma de adaptar a Constituição a mudanças da sociedade com o transcurso de tempo.⁸⁰ E, como ressaltou o estudo⁸¹ que analisou a utilização feita pelo Senado Federal quanto sua competência prevista no art. 52, X, tem-se que o órgão legislativo não foi o responsável por modificar a função do dispositivo no tempo. Caso tenha ocorrido modificação de sentido do artigo, que poderia fundamentar a mutação constitucional, para além dos limites semânticos, ocorreria nova problemática: o próprio judiciário teria construído esta mudança temporal.

Decisões em controle difuso, ao saírem do caso concreto, também desvalorizam a atuação dos juízes e tribunais inferiores.⁸² Por fim, a mutação foi decidida em um caso no qual seria possível declarar efeitos erga omnes e vinculantes sem qualquer discussão sobre este tópico, já que o controle abstrato de constitucionalidade permite o julgamento

⁷⁶ CÂMARA, Heloísa Fernandes. STF e as sereias: abstrativização do controle incidental de constitucionalidade e rearranjos constitucionais. Op. Cit. P. 144.

⁷⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano de. Op. cit.

⁷⁸ CÂMARA, Heloísa Fernandes. Op. cit. P. 152.

⁷⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano de. Op. cit.

⁸⁰ CÂMARA, Heloísa Fernandes. Op. cit. P. 152.

⁸¹ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “MUTAÇÃO À BRASILEIRA”: Uma Análise Empírica do art. 52, X, da Constituição. **Revista. Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 597-614, Dec. 2014. DOI. 10.1590/1808-2432201425. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322014000200597&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 30 nov. 2020.

⁸² FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano de. Op. cit.

aberto, com fundamentação diversa da trazida pelas partes.⁸³ No entanto, de forma contrária, o julgamento não definiu de forma precisa as características do sistema abstrato, e “criou modalidade de controle incidental em controle abstrato de constitucionalidade”.⁸⁴

São numerosas, portanto, as críticas doutrinárias sobre a decisão de mutação do art. 52, X, da Constituição. Como a mutação retira um papel do Senado Federal, órgão legislativo; e admite que este papel passe a ser do Supremo Tribunal Federal, órgão do judiciário, há novamente um crescimento de poder do Tribunal. O controle judicial de constitucionalidade, já intensificado no Brasil, torna-se ainda mais preponderante. Com as possíveis críticas expostas, passa-se a analisar o posicionamento que o Tribunal vem adotando após estas decisões; em especial as proferidas nas referidas ADIs.

4 DECISÕES EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RESSALVAS A PARTIR DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal de forma expressa sobre a mutação constitucional do referido artigo, tem-se que, agora, “a declaração incidental de inconstitucionalidade tem efeitos vinculantes e contra todos (*erga omnes*)”.⁸⁵ Baseando-se nas decisões das relatadas ADIs, qualquer decisão tomada em sede de Recurso Extraordinário que declara a inconstitucionalidade de uma norma – de maneira incidental, visto que o Recurso trata sempre de situações concretas – passa a ter validade não apenas para as partes, mas imediata eficácia para todos; com efeitos próximos ao controle concreto.

Para verificar a aplicação que o Supremo Tribunal Federal tem feito sobre este raciocínio deste o julgamento das ADIs, buscou-se pesquisar, inicialmente, na base de dados do STF, em seu sítio digital de buscador de jurisprudência os termos “*controle incidental*”, “*erga omnes*” e a menção direta ao art. “52, X”. O intuito é demonstrar se o Tribunal tem repetido, de forma expressa, a declaração de efeitos que as decisões sobre as ADIs do amianto definiram. A pesquisa foi feita escolhendo apenas decisões em sede de Recurso Extraordinário, decididas pelo Tribunal Pleno – em especial, porque a discussão sobre a mutação constitucional ressalta a possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade com efeitos vinculantes; e a escolha pelo Tribunal

⁸³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano de. Op. cit.

⁸⁴ CÂMARA, Heloísa Fernandes. Op. cit. P. 151.

⁸⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano de. Op. cit.

Pleno possibilita analisar a ocorrência da declaração e o debate entre todos os ministros sobre o tema.

A data definida para a busca foi de julgamentos a partir de 01 de janeiro de 2018, já que as últimas decisões analisadas neste artigo, que trouxeram a previsão expressa sobre a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, ocorreram ao final de 2017. Ainda que outras decisões tenham discutido a questão anteriormente, as decisões das ADIs sobre a tese da mutação foram adotadas pelo Tribunal de forma expressa; e não apenas possibilitando a modulação de efeitos temporais do controle incidental – mas também dos efeitos *inter partes* ou *erga omnes*. Ademais, o recorte temporal possibilita analisar todas as decisões encontradas; e entender a discussão atual do Tribunal. Com a busca dos três termos de forma separada, nestas condições, e excluindo os resultados que apontam os termos fora do contexto aqui discutido; foram encontrados três resultados – detalhados a seguir.

Os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 870.947/SE discutem, especificamente, questão sobre modulação dos efeitos do acórdão proferido – diversos embargantes alegaram omissões semelhantes, sobre o efeito temporal da decisão. A decisão de mérito, julgada em 20 de setembro de 2017, deu parcial procedência ao Recurso, e julgou inconstitucionais trechos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, sobre atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública. Os Embargos de Declaração, julgados em 03 de outubro de 2019, alegam omissão por não ter ocorrido “*a necessária modulação de efeitos da inconstitucionalidade declarada*”.⁸⁶

Interessante pontuar que um dos embargantes argumentou sobre a modulação feita nas ADIs “*4.357 e 4.425, em que foram conferidos efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade*”. Deste modo, solicita aplicação da mesma forma, tendo em vista a similaridade dos assuntos tratados – ainda que um julgamento ocorra em caso concreto e outro em controle abstrato. Destaca-se o requerimento para que o julgado tenha efeito *ex nunc*, “*em conformidade com o já decidido nas ADIs 4357 e 4425*”. Outro embargante alegou que o Tribunal teria silenciado “*quanto ao termo inicial dos efeitos do ora decidido, o que redundou na fixação de critérios anti-*

⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ED em RE. 870.947/SE. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 03/02/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur418024/false>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

isonômicos para situações práticas afins”. O pedido foi feito para evitar impacto financeiro à Fazenda Pública, que seria decorrente do efeito retroativo do julgamento.⁸⁷

O Relator, Ministro Luiz Fux, teve voto vencido. Destacou que o caso concreto discutido no recurso não englobava a discussão sobre a data de ajuizamento da ação; para poder englobar a modulação temporal dos efeitos. Em complemento, afirmou que “*a modulação temporal dos efeitos de decisão judicial reserva-se, ordinariamente, ao controle concentrado de constitucionalidade*”, visto que há previsão expressa para o feito no art. 27 da Lei 8.696/99, que rege as ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, bem como da Lei 9.882/99, que prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental. O relator ressaltou, porém, que o Tribunal estava aplicando o entendimento de que, em casos extremos, em que os efeitos *ex nunc* poderiam causar prejuízos a sociedade ou a segurança jurídica, é possível modular os efeitos em recurso extraordinário.⁸⁸

Deste modo, concluiu que não há impeditivo para modulação dos efeitos em controle incidental de inconstitucionalidade, e que as normativas anteriormente destacadas “*converteram-se em diretrizes interpretativas gerais, cuja incidência se amplia aos recursos extraordinários*”. Interessante destacar que, mesmo em decisão que ressaltou os aspectos do controle difuso de constitucionalidade (visto que o voto do ministro foi vencido), o relator ressalva o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal em permitir a aproximação desta forma de controle com o controle abstrato.

Necessário ressaltar que o Ministro expôs uma série de julgados que admitem a modulação dos efeitos – todos em sede de controle difuso, incluindo o HC 82.959 estudado anteriormente.⁸⁹ Não faz qualquer menção, no entanto, às ações de controle de constitucionalidade que julgaram o caso do amianto e decidiram, expressamente, a modulação dos efeitos quanto à vinculação no controle difuso de constitucionalidade. Podemos considerar que referida decisão não foi mencionada justamente por ser tomada em sede de controle abstrato – o que, novamente, reforça a peculiaridade da decisão; que definiu parâmetros para o controle concreto.

Em sequência, o relator segue reforçando a aplicação de dispositivos das leis que regulam o controle abstrato de constitucionalidade ao controle concreto. Argumenta,

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por guardar a Constituição, possui “*certa discricionariedade na ponderação e aplicação de valores e princípios nela abrigados, de modo a tornar efetivo o princípio da supremacia constitucional.*”. O voto do relator foi, com esta argumentação, no sentido de dar provimento parcial aos embargos, provendo o ponto aqui discutido; para “*conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade do índice previsto no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997*”.⁹⁰

Depois de pedido de vista, o Ministro Alexandre de Moraes votou em sentido diverso, por entender que os perigos necessários para modulação dos efeitos não estavam presentes no caso concreto – sem discordar, no entanto, sobre a possibilidade de aceite da modulação nestes termos. Assim, votou por rejeitar por completo os Embargos de Declaração. Foi este o voto que prevaleceu ao final, com relatoria do acórdão do Ministro Alexandre de Moraes. Necessário ressaltar, porém, a discussão quanto à possibilidade de modulação dos efeitos; bem como a ausência de argumentos fortes que diferenciasssem os controles concreto e abstrato de constitucionalidade. Ao contrário: tanto os Embargos de Declaração opostos quanto os votos dos ministros aproximaram as formas de controle de constitucionalidade, inclusive ao comparar a situação do Recurso Extraordinário com as ADIs julgadas anteriormente (sem realizar grandes distinções sobre a natureza de ambos os julgados).⁹¹

O segundo Recurso Extraordinário, encontrado ao utilizar o termo “*incidental*”, declarou inconstitucional “*lei municipal que disponha de modo divergente ao DL 46/1968 sobre a base de cálculo do ISSQN*”, decreto recepcionado como Lei Complementar após a Constituição de 1988. Os feitos que tramitavam com tema semelhante foram suspensos quando reconhecida a repercussão geral da questão, conforme o art. 1.035, § 5, do CPC. A decisão, tomada por maioria, seguiu o voto do Relator Ministro Edson Fachin, que decidiu por restaurar o decidido em sentença para determinar que o Município se abstenha de exigir ISSQN da classe em questão.⁹²

Em adicional, foi declarado, de modo incidental, a inconstitucionalidade de artigos da Lei Complementar 7/73 e do Decreto 15.416/2006, ambos do Município de Porto Alegre. Foi fixada, assim, a tese jurídica de que “*é inconstitucional lei municipal que estabelece impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao*

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Idem.

⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 940.769/RS. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 24/04/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410522/false>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

regime de tributação fixa em bases anuais na forma estabelecida por lei nacional.”. Nada foi ressaltado quanto à eficácia vinculante e *erga omnes*, de imediato, da decisão. No entanto, tendo em vista a recente decisão tomada quanto à dispensa de exigibilidade do papel do Senado para excluir os atos normativos declarados inconstitucionais; é possível presumir que os referidos dispositivos da Lei e do Decreto Municipal não estariam mais no ordenamento jurídico, com a eficácia *erga omnes*.⁹³

Por último, os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 718.874 fazem menção ao controle incidental, aos efeitos *erga omnes* e ao art. 52, X da Constituição. O julgamento de mérito, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, analisa a constitucionalidade da contribuição a ser recolhida pelo empregador rural pessoa física, e fixou a tese de que “*é constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/01, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção*”. Referida lei alterou o antigo artigo 25 da Lei 8.212/91. Os embargantes, assim, alegam vícios no *decisum*, pois a decisão de constitucionalidade teria ignorado precedentes dos RE 363.582 e 596.177. Afirmam, ainda, que não seria possível discutir novamente o tópico, porque a Resolução 15/2017 do Senado Federal suspendeu a execução do “*art. 1º da Lei 8.540/1992, cuja redação alterou os art. 25, I e II, e 30, IV, da Lei 8.212/1991, e posteriores modificações até a Lei 9.528/1997*”. Referida resolução utilizou da previsão do art. 52, X. Em caráter subsidiário, caso a argumentação não seja modificada, o embargante solicita a modulação de efeitos temporais da decisão.⁹⁴

O relator afirma que não ocorreram vícios na decisão, pois as premissas utilizadas no julgamento dos mencionados Recursos Extraordinários não eram mais válidas. Os votos no julgamento de mérito teriam demonstrado que as premissas avaliadas não eram as atuais, pois a edição da EC nº 20/98 e da Lei nº 10.256/01 teria passado a regular os casos posteriores aos precedentes. O Ministro desataca que, ainda que o julgamento dos recursos mencionados tenha se encerrado após a edição da lei e da emenda constitucional, os fatos eram regulados por legislação anterior; e os votos não

⁹³ Idem.

⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ED em RE. 718.874/RS. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJ: 12/09/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur390562/false>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

apreciaram as alterações feitas com a legislação superveniente. O caso do Recurso atual seria especificamente sobre a nova legislação, que seria apreciada pela primeira vez.⁹⁵

O Ministro Alexandre de Moraes também analisa, em específico, o argumento posto quanto à Resolução do Senado, embasada no art. 52, X, da Constituição. Para tanto, faz uma exposição quanto à função da norma constitucional. O dispositivo é descrito como “*mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade*”, advindo ainda da Constituição de 1934 e repetido no atual texto constitucional. O efeito seria atribuir, aos julgamentos do caso concreto, a aplicação *erga omnes* e *ex nunc*, para interromper os efeitos de lei viciada a outros casos. A decisão do Tribunal seria *inter partes*, e a declaração do Senado proporcionaria esta expansão de efeitos. Ressalta-se, da exposição, que o Ministro Alexandre de Moraes afirma que a previsão constitucional é explícita ao colocar a declaração sendo “*a suspensão da eficácia do respectivo ato normativo função do Senado da República*”.⁹⁶

A argumentação é feita para ressaltar que o Senado pode atuar somente quando houver declaração incidental de constitucionalidade por parte do Tribunal, visto que o órgão legislativo não poderia suspender a execução de lei não declarada inconstitucional pelo Supremo.⁹⁷ Ainda que a ideia do excerto não seja discutir a função do Senado quanto ao artigo constitucional, é interessante observar que a decisão é datada de maio de 2018 – cerca de um semestre após as decisões sobre o amianto, que admitiram a mutação constitucional do dispositivo – e que, ainda assim, a função do Senado como expressa literalmente pela Constituição é destacada; sem que qualquer ressalva quanto à ocorrência de mutação constitucional.

Com o raciocínio, o relator argumenta que o Senado não suspendeu – e nem poderia ter suspenso – os efeitos da decisão em análise de dispositivos constitucionais posteriores, visto que a própria decisão dos recursos extraordinários não teria feito esta análise. Por fim, conclui que o Senado não poderia atuar porque o atual Recurso Extraordinário entendeu pela constitucionalidade dos dispositivos legais em discussão – enquanto o órgão legislativo poderia atuar apenas para expandir suposta declaração de inconstitucionalidade de leis. Novamente, a conclusão é feita considerando o que está expresso no art. 52, X, e não considerando a mutação constitucional já admitida pelo Tribunal.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

À modelo do decidido nos primeiros embargos de declaração em Recurso Extraordinário aqui expostos, o ministro vota por não conceder modulação de efeitos temporais ao julgamento. A escolha é sustentada com base na inexistência de risco ao interesse social e a segurança jurídica. A decisão também não teria alterado entendimento jurisprudencial consolidado, visto ser a primeira oportunidade em que o Tribunal decidia os fundamentos apresentados em recurso.

A mudança de jurisprudência é trazida como outro ponto passível de admitir modulação de efeitos, entendimento assentado pelo Tribunal. A discussão sobre modulação de efeitos é estendida neste julgamento; três ministros votaram pela modulação: Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio, que restaram vencidos. O núcleo da discussão, no entanto, foi sobre a existência ou não dos pressupostos de interesse social, segurança jurídica e modulação da jurisprudência no caso concreto; e não sobre a possibilidade de modulação quando estes pontos estão presentes. Houve o levantamento, pelo Ministro Edson Fachin, quanto a possibilidade de modulação em sede de Embargos de Declaração – ideia que seria possível, a princípio.⁹⁸

Ressalta-se que, para além do entendimento sobre modulação, o ponto principal que chamou a atenção neste julgado foi o voto do relator, ao mencionar o entendimento expresso no texto constitucional sobre o art. 52, X, sem ressalvas quanto à possível mutação constitucional.

Entender os efeitos que serão gerados com a decisão de cada Recurso Extraordinário é essencial, tendo em vista o grande número de casos levados a julgamento por este formato. Ao contrário das ações de controle abstrato, que possuem rol taxativo de legitimados para propositura, o Recurso Extraordinário pode ser proposto por qualquer pessoa; que tenha a discussão do caso concreto em instâncias inferiores – desde que demonstre os requisitos necessários, em especial a repercussão geral da questão. Assim, o acesso amplo ao Tribunal permite que temáticas cheguem mais facilmente ao julgamento do órgão.

A tese da mutação constitucional, de acordo com o levantado em decisões recentes, parece não estar ainda definida. Porém, é essencial entender quais efeitos serão concedidos para cada decisão. Em levantamento numérico feito pelo próprio Supremo Tribunal Federal, tem-se que, a partir do ano em análise, de 2018 (por ser posterior a decisão que aceitou a mutação constitucional que retiraria função do Senado Federal),

⁹⁸ Idem.

os números quanto ao Recurso Extraordinário foram: 27 julgados em 2018, 33 em 2019 e um salto para 123 em 2020. Os números foram atualizados até o dia 22 de novembro de 2020 e, desde 2008, o maior número de julgados em único ano havia sido em 2014, chegando a 60. Nítido, assim, o aumento de resultados proferidos em 2020 – que, com o rigor do que afirmou a mutação constitucional do art. 52, X, podem ter definido com eficácia *erga omnes* todas as questões que tiveram declaração incidental de inconstitucionalidade.⁹⁹

Em complemento, ao analisarmos o levantamento do Tribunal sobre o número de processos com repercussão geral reconhecida e pendentes de julgamento, restam 217 processos pendentes. Novas temáticas, portanto, que podem vincular não somente as partes envolvidas; mas todos os que possuem interesse relacionado ao tema discutido.¹⁰⁰ Caso a decisão sobre a mutação constitucional do art. 52, X – expressa pelo Supremo Tribunal Federal no caso das ADIs sobre o amianto, mas não reiterada de forma enfática em outros casos – seja, de fato, consolidada pelo tribunal, os efeitos de todos os Recursos Extraordinários que declararem inconstitucionalidade terão resultados muito similares ao controle abstrato.

Por todas as críticas doutrinárias expostas, considera-se esta aproximação perigosa; por descaracterizar as formas de controle. Em complemento, a indefinição quanto ao grau de vinculação das decisões em controle concreto gera uma situação de insegurança jurídica, visto que parece não haver definição clara sobre os efeitos de cada decisão.

5 CONCLUSÃO

No decorrer da pesquisa de jurisprudência realizada, a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, não foi enfaticamente reiterada. Para além do recurso estudado, mas ainda no controle difuso, tem-se situação de confusão sobre a vinculação de decisões concretas com os Habeas Corpus que versam sobre o regime de pena em crimes de tráfico privilegiado.¹⁰¹ Uma das decisões sobre o tema foi o HC 118533, em que o Supremo Tribunal Federal construiu argumentação para além do caso

⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informações consolidadas. Temas com repercussão geral reconhecida e com mérito julgado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg>. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Em 2016, o Supremo Tribunal Federal afastou a natureza hedionda do crime; o que possibilita progressão de regime para os condenados.

concreto. Reclamações foram julgadas procedentes com base neste julgado. No entanto, há a proposta de edição da Súmula Vinculante nº 139 para tratar do tema.¹⁰² Mostra-se, assim, a situação problemática instaurada com a aproximação excessiva da forma de controle concreto com a forma de controle abstrato de constitucionalidade. No caso, a discussão levantada neste artigo, sobre a súmula vinculante, passa a ser ainda mais problemática; visto que no mesmo caso coexiste a possibilidade de edição de súmula e o entendimento de que uma decisão, em controle concreto, já pode ser considerada como dotada de efeitos vinculantes. O próprio debate instaurado no Supremo Tribunal Federal, mesmo que com definições pendentes, permite pressupor que o decidido em controle concreto e, em especial, em Recurso Extraordinário, terá efeitos vinculantes. Por este motivo, a mutação constitucional estudada é entendida como uma nova forma de expansão realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Entende-se que este fator demonstra, novamente, as múltiplas explicações que levam a posição de poder em que o Tribunal se encontra hoje: as previsões constitucionais, de fato, atribuem grandes funções ao órgão de cúpula de judiciário; mas não explicam todo o poder do Tribunal. Afinal, o texto literal da constituição dividia o poder de vinculação das decisões do controle concreto com órgão do poder legislativo – e, por decisão realizada exclusivamente pelo Tribunal, o papel restou fixado apenas para o próprio judiciário.

A situação quanto o art. 52, X, da Constituição é ainda mais complexa porque o poder constituinte reformador buscou soluções para tornar vinculantes decisões tomadas em sede de Recurso Extraordinário. Ademais, a Emenda Constitucional 45/2004 transformou este Recurso ao criar o critério da repercussão geral. Tem-se, assim, que o poder constituinte reformador se manifestou anteriormente quanto às possibilidades do Recurso Extraordinário e dos efeitos de decisões em controle concreto. Apesar disto, o Tribunal interpretou, de forma expansiva e questionável, a previsão constitucional.

Com todo o exposto, considera-se que a decisão sobre a mutação constitucional, especialmente em seu impacto no Recurso Extraordinário, demonstra situação em que o Tribunal causou aumento de seu próprio poder decisório. Diante das consequências para o controle de constitucionalidade é necessário, agora, acompanhar as próximas decisões em Recurso, para avaliar novas discussões sobre o significado do dispositivo.

¹⁰² CANI, Júlia Wand-Del-Rey. **Tráfico privilegiado: STF, STJ e uma jurisprudência indefinida. 2020.** Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/trafico-privilegiado-stf-stj-e-uma-jurisprudencia-indefinida-15092020>. Acesso em 08 nov. 2020.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, Ago. 2016. DOI. 10.1590/23176172201617 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322016000200405&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 out. 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. MINISTROCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 01 abr. 2018. DOI. 10.25091/s01013300201800010003 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002018000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira**. Revista de Direito administrativo e constitucional. Curitiba, v. 14, n. 56. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/98>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 61-67, 01 jan. 2012. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/judicializacao-politica-controle-judicial-de-politicas-publicas>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais – A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Reforma tributária é assunto de comissão e do STF**, 2011. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/tv/215835-reforma-tributaria-e-assunto-de-comissao-e-do-stf/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

CÂMARA, Heloísa Fernandes. STF e as sereias: abstrativização do controle incidental de constitucionalidade e rearranjos constitucionais. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses (coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva: Estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/99**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 148.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, vol. 2, n. 8, p. 7883-7895, 2013. Disponível em: <<https://blook.pt/publications/publication/ccaad2881f9b/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

CANI, Júlia Wand-Del-Rey. **Tráfico privilegiado: STF, STJ e uma jurisprudência indefinida.** 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/trafico-privilegiado-stf-stj-e-uma-jurisprudencia-indefinida-15092020>. Acesso em 08 nov. 2020.

DIDIER, Fredie Jr. **O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** Páginas de Direito. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/176-artigos-out-2013/6309-o-recurso-extraordinario-e-a-transformacao-do-controle-difuso-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro>> Acesso em: 24 nov. 2020.

ESTEVES, Luiz Fernando; ARGUELHES, Diedo Werneck. **Neutralizando a TV Justiça em três passos.** Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/neutralizando-a-tv-justica-em-tres-passos-24092018>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. Supremo em números: o múltiplo Supremo. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 1, Dez, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda.. **Supremo decide que estados e municípios têm poder para definir regras sobre isolamento.** 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/15/maioria-do-supremo-vota-a-favor-de-que-estados-e-municipios-editem-normas-sobre-isolamento.ghtml>>. Acesso em 23 nov. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gulano de. **Como o Supremo expandiu seus poderes no caso do amianto?** Construindo supremacia: STF, a mutação constitucional e a abstrativização do controle difuso-concreto. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/como-o-supremo-expandiu-seus-poderes-no-caso-do-amianto-21112019>> Acesso em: 10 nov. 2020.

GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. **Marbury versus Madison - Uma Leitura Crítica.** Curitiba. Juruá, 2017.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Recurso Extraordinário e Repercussão Geral. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Luciana Ferreira; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – análise da decisão Roe vs Wade, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – análise da decisão proferida pelo STF na ADPF 54. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 46, p. 85-103, maio 2015. DOI. 10.17058/rdunisc.v2i46.3993. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3993>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

MENDES, Corado Hubner. **Onze ilhas**. 2010. Disponível em: Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm> . Acesso em: 25 nov. 2020. Acesso em: 25 nov. 2020.

MENDES, Conrado Hubner. **STF: Criticar para defender**. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2019/11/stf-criticar-para-defender.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Mariana; D'AGOSTINO, Rosanne. **Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghtml>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

PUGLIESE, William Soares. Uma proposta de significado para o efeito vinculante. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 260-280, ago. 2019. DOI. 10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3233. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3233>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “MUTAÇÃO À BRASILEIRA”: Uma Análise Empírica do art. 52, X, da Constituição. **Revista. Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 597-614, Dec. 2014. DOI. 10.1590/1808-2432201425. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322014000200597&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 30 nov. 2020.

SANTOS, Débora. **Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime**. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e>>

crime.html#:~:text=Ap%C3%B3s%20dois%20dias%20de%20debate,de%20anencefalia%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20crime.>. Acesso em: 03 nov. 2020.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Algumas Reflexões Críticas sobre a Tese da "Abstrativização" do Controle Concreto de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 75, p. 79-104, Abr.. 2017. DOI. 2177-7055.2017v38n75p79 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217770552017000100079&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 27 nov. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Cláudia Beeck Moreira de. Súmula Vinculante: resposta à crise do Poder Judiciário pela atribuição de efeitos vinculantes às decisões do STF. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**. v. 2.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI – MC 1.247/PE. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 08/09/1995. STF, 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346923> Acesso em: 04 dez. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ED em RE. 718.874/RS. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJ: 12/09/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur390562/false>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ED em RE. 870.947/SE. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 03/02/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur418024/false>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informações consolidadas. Temas com repercussão geral reconhecida e com mérito julgado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg>. Acesso em: 20 nov. 2020.

TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista. Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dez. 2008. DOI. 10.1590/S1808-24322008000200005 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322008000200005&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 02 nov. 2020.

ZAMARIAN, Livia Pitelli; NUNES, Vidal Serrano Jr. Súmulas vinculantes: solução para a adequada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade? **SCIENTIA IURIS**. v. 16, n. 1, 2012. Londrina. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/10988>>. Acesso em: 25 nov. 2020.