

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO JÁ É UMA REALIDADE NO STF?

ELISEU ANTÔNIO DA SILVA BELO¹

RESUMO: A chamada “teoria da abstrativização do controle difuso” foi amplamente debatida e expressamente rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Reclamação 4335/AC, concluído em 20.03.2014, no qual a grande maioria dos ministros rechaçou a tese sustentada pelo relator, min. Gilmar Mendes, no sentido de que a competência constitucional prevista no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 havia sofrido uma profunda “mutação constitucional”, de modo que caberia ao Senado Federal, atualmente, apenas o papel de publicar, no Diário do Congresso Nacional, a decisão do STF que, em sede de controle difuso do caso concreto, declarasse, de forma definitiva, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Esse debate, porém, foi resgatado, em novembro de 2017, no julgamento conjunto das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, ambas de relatoria da min.^a Rosa Weber, em razão de o STF ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei federal, fazendo constar que essa declaração teria efeitos vinculante e *erga omnes*, tendo, na ocasião, o min. Gilmar Mendes sustentado, uma vez mais, a aludida “mutação constitucional” do referido art. 52, X, fazendo com que parte da doutrina passasse a afirmar que a Corte, a partir de então, teria adotado a “teoria da abstrativização do controle difuso”. Isso, porém, como demonstrado neste singelo trabalho, não corresponde à realidade, constituindo, em verdade, um grande equívoco que deve ser exposto e refutado.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade – difuso – concreto – teoria da abstrativização – ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, j. em 29.11.2017 – teoria não acolhida pelo STF.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais instigantes e debatidos do controle de constitucionalidade brasileiro diz respeito ao que se tem denominado de “abstrativização do controle difuso”, no sentido de que, nos últimos anos, tem ocorrido um processo gradual de total equiparação jurídica dos efeitos da decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade (*inter partes*) em relação aos efeitos da decisão adotada pelo STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (*erga omnes*), notadamente no que tange ao plano subjetivo, ou seja, do universo de pessoas que são atingidas por tais decisões.

Esse tema, que havia sido enfrentado pelo STF entre os anos de 2007 a 2014, no longo julgamento da Reclamação 4335/AC, rel. min. Gilmar Mendes, voltou ao cenário jurídico e acadêmico, com acalorados debates e dúvidas, a partir do julgamento conjunto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (3406/RJ e 3470/RJ), em novembro de 2017, ambas da relatoria da min.^a Rosa Weber, em que declarada a constitucionalidade da Lei n. 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, a qual “proíbe a extração do asbesto/amianto em todo o território daquela unidade da Federação e prevê a substituição

¹ PROMOTOR DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS. ASSESSOR JURÍDICO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ENTRE MARÇO DE 2017 A MARÇO DE 2019, COM ESPECIAL ATUAÇÃO NA ÁREA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS.

progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham”, conforme noticiado no *Informativo STF* n. 886.

Isso porque, no aludido julgamento conjunto, “a Corte declarou, também por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995, com efeito vinculante e “erga omnes”. O dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP (rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 24.8.2017)” (trecho do *Informativo STF* n. 886).

Como a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo da citada lei federal se deu de forma incidental e de ofício pelo STF, quatro ministros,² a começar pelo min. Gilmar Mendes, resgataram o debate em torno do sentido e alcance da norma prevista no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Pretendeu-se, com essa referência, trazer novamente à baila o debate que havia sido encerrado, de forma contrária à posição do min. Gilmar Mendes, na aludida Reclamação 4335/AC, em que a maioria dos ministros negou, de forma clara, a existência de uma suposta “mutação constitucional” da referida norma constitucional, no sentido que foi defendido pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, de que a atribuição do Senado Federal teria passado a ser de mera publicação da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF, no controle difuso de constitucionalidade. As seguintes passagens do *Informativo STF* n. 886 deixam esse aspecto muito evidente:

A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 do Código de Processo Civil reforça esse entendimento. **Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X, da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade.**

O ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte.³ Daí se estaria a reconhecer a inconstitucionalidade da própria matéria que foi objeto deste processo de controle abstrato, prevalecendo o entendimento de que a utilização do amianto, tipo crisotila e outro, ofende postulados constitucionais e, por isso, não pode ser objeto de normas autorizativas. **A ministra Cármen Lúcia, na mesma linha, afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém.** O ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E essa afirmação não incide em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que

² Os outros três são os ministros Cármen Lúcia, Edson Fachin e Luiz Fux, sendo que nenhum deles desenvolve muito bem o voto quanto a esse aspecto, tendo o min. Luiz Fux, por exemplo, se limitado a dizer o seguinte: “De sorte que eu, adotando essa equivalência do controle difuso e do controle concentrado, entendendo que o artigo 52, X, apenas permite uma chancela formal do Senado - o Senado não pode alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade do Supremo -, eu, então, acompanho integralmente o voto da Ministra Rosa Weber [...]” (página 88 do acórdão na ADI 3470/RJ).

³ Quanto ao min. Celso de Mello, é preciso informar, desde já, que ele simplesmente cancelou todos os comentários que fez a respeito do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, antes da publicação dos acórdãos relativos a esse julgamento conjunto, de modo que não se pode mais considerar o registro que ficou apenas no *Informativo* em questão, conforme será melhor abordado adiante.

também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que são permissivas — dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal — são também inconstitucionais.

Em divergência, o ministro Marco Aurélio afirmou que o fenômeno previsto no inciso X do art. 52 da CF — regra que atende a independência e harmonia entre os poderes — é constitutivo e não simplesmente declaratório, visto que diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional. (destaques nossos).

A partir de então, como dito, alguns professores passaram a defender a ideia de que o STF teria adotado de vez a chamada “teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”, de modo que não mais seria necessário comunicar o Senado Federal para fins do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, a não ser para que este órgão legislativo apenas publicasse, no Diário do Congresso Nacional, a respectiva decisão de inconstitucionalidade da Corte, a qual, independente disso, passaria a ter os efeitos vinculante e *erga omnes*, tal como se houvesse sido proferida no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Cite-se, por exemplo, a posição do nobre juiz federal Márcio André Lopes Cavalcante, reconhecido pelo grandioso trabalho divulgado em seu *site* “Dizer o Direito”, em comentários que ele fez logo após o julgamento conjunto das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, nos seguintes termos:

Pode-se dizer que o STF passou a adotar a teoria da abstrativização do controle difuso? SIM. Apesar de essa nomenclatura não ter sido utilizada expressamente pelo STF no julgamento, o certo é que a Corte mudou seu antigo entendimento e passou a adotar a abstrativização do controle difuso.

Em uma explicação bem simples, a teoria da abstrativização do controle difuso preconiza que, se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e vinculante.

Para essa corrente, o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e, portanto, deve ser reinterpretado. Dessa forma, o papel do Senado, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do STF. Em outras palavras, a decisão do STF, mesmo em controle difuso, já é dotada de efeitos *erga omnes* e o Senado apenas confere publicidade a isso.⁴

O objetivo do presente trabalho, todavia, é justamente demonstrar que esse entendimento está completamente equivocado e, por isso, deve ser rechaçado.

2. COMPREENDENDO A RAZÃO DE SER DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A SUA TOTAL IMPERTINÊNCIA QUANTO AO QUE FOI DECIDIDO PELA MAIORIA DOS MINISTROS, NO JULGAMENTO DAS ADIS 3406/RJ E 3470/RJ

Inicialmente, é muito importante compreender qual a razão de ser do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, ao fixar essa competência em favor do Senado Federal de suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, para, em um segundo momento, verificar se seria ou não pertinente a sua menção no julgamento conjunto das mencionadas ADIs.

⁴ Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html>, acesso em 9 set. 2019.

Na doutrina, o min. Roberto Barroso explica, de maneira muito clara, o sentido e a finalidade do aludido dispositivo constitucional:

A razão histórica – e técnica – da intervenção do Senado é singelamente identificável. No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido, inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. *Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, erga omnes, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo.*⁵ (destaque nosso).

No mesmo sentido, encontram-se alguns julgados do próprio STF, dentre os quais destacam-se os seguintes:

COMPETÊNCIA - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FÁCE DA CARTA DO ESTADO, NO QUE REPETE PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O § 2º do artigo 125 do Diploma Maior não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República. Precedentes: Reclamação nº 383/SP e Agravo Regimental na Reclamação nº 425, relatados pelos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, com acórdãos publicados nos Diários de Justiça de 21 de maio de 1993 e 22 de outubro de 1993, respectivamente. SERVIDOR PÚBLICO - ESTABILIDADE VERSUS EFETIVAÇÃO. [...] INCONSTITUCIONALIDADE DE ATO NORMATIVO - CONTROLES DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - COMUNICAÇÃO À CASA LEGISLATIVA - DISTINÇÃO. *A comunicação da pecha de inconstitucionalidade proclamada por Tribunal de Justiça pressupõe decisão definitiva preclusa na via recursal e julgamento considerado o controle de constitucionalidade difuso. Insubstitência constitucional de norma sobre a obrigatoriedade da notícia, em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade.* (RE 199293, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2004, DJ 06-08-2004 PP-00028 EMENT VOL-02158-03 PP-00563 RTJ VOL-00196-01 PP-00320)

EMENTA: I. [...]. 1. Não conhecimento, quanto ao art. 8º, dada a invalidade do dispositivo, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal, em processo de controle difuso (RE 146.733), e cujos efeitos foram suspensos pelo Senado Federal, por meio da Resolução 11/1995. 2. Procedência da arguição de inconstitucionalidade do artigo 9º, por incompatibilidade com os artigos 195 da Constituição e 56, do ADCT/88, *que, não obstante já declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 150.764, 16.12.92, M. Aurélio (DJ 2.4.93), teve o processo de suspensão do dispositivo arquivado, no Senado Federal, que, assim, se negou a emprestar efeitos erga omnes à decisão proferida na via difusa do controle de normas.* 3. [...]. (ADI 15, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2007, DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00028 EMENT VOL-02287-01 PP-00001 RDDT n. 146, 2007, p. 216-217) (destaques nossos).

Veja-se, ainda, o seguinte trecho de decisão monocrática proferida pelo min. Alexandre de Moraes,⁶ em setembro de 2018:

[...].

⁵ *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155. Na mesma linha, Anna Candida da Cunha Ferraz, na obra coletiva *Comentários à Constituição do Brasil*, 2. ed., 2018, p. 1.142.

⁶ Nos autos do RE 740036, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 14/09/2018, publicado em DJe-198 DIVULG 19/09/2018 PUBLIC 20/09/2018.

Trata-se de resolução do Senado Federal prevista como verdadeiro mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, surgido na Constituição de 1934 e repetido no atual inciso X, do artigo 52 da Constituição de 1988 e *que somente é aplicável ao controle difuso de constitucionalidade, uma vez que no controle concentrado os efeitos da decisão são erga omnes e vinculantes.*

Esse mecanismo tem por finalidade transformar em erga omnes, porém com efeitos ex nunc, os efeitos intrapartes da declaração incidental realizada perante o julgamento de um caso concreto pelo STF, e, conseqüentemente, suspender os efeitos da lei viciada, para que não mais continue sendo aplicada a casos idênticos e prejudicando a segurança jurídica. (destaques nossos).

Como se vê, somente se pode invocar a aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal quando estamos diante de uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo realizada no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, que recai sobre o exame do caso concreto, sob a via incidental. Logo, como bem consignado no RE 199293, acima transcrito, não há que se falar no exercício dessa competência constitucional do Senado quando se cuida de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Ora, na hipótese das ações diretas de inconstitucionalidade 3406/RJ e 3470/RJ, julgadas no dia 29 de novembro de 2017, ambas de relatoria da min.^a Rosa Weber, exerceu-se exatamente o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, de modo que a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal n. 9.055/1995, embora incidental – porque tal dispositivo não era objeto do pedido de inconstitucionalidade feito pelos autores das ADIs⁷ (pedia-se, como visto, a inconstitucionalidade de uma lei estadual do Rio de Janeiro, pedido esse que foi indeferido) –, reveste-se, naturalmente, da eficácia a que se refere o art. 102, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Como bem destaca o eminente professor Flávio Martins Alves Nunes Júnior:

[...] essa atuação do Senado na suspensão da execução de leis inconstitucionais é exclusiva do controle difuso de constitucionalidade, não se aplicando ao controle concentrado. Assim, se o Supremo Tribunal Federal declarar uma lei inconstitucional em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, não haverá remessa para o Senado, já que a própria decisão do STF produzirá efeito *erga omnes* e vinculante.⁸

Assim, a doutrina aponta que:

⁷ No mesmo sentido, a bela explicação do caro membro do MPF, João Paulo Lordelo, em seu *blog* jurídico www.joaolordelo.com, ao comentar o julgamento dessas ADIs, dizendo o seguinte: “Houve, portanto, o reconhecimento de uma inconstitucionalidade de forma incidental - já que a lei federal não era o objeto da demanda. Grave: incidental é aquilo considerado na fundamentação; incidental é o oposto de principal, aquilo que é decidido no dispositivo. Não podemos confundir a classificação difuso/concentrado (classificação quanto à competência) com incidental/abstrato (classificação quanto ao objeto). O controle difuso será, como regra, incidental. Mas também pode haver declaração incidental de inconstitucionalidade em controle concentrado, que foi exatamente o que ocorreu. Ao julgar o pedido principal, o STF considerou a lei impugnada constitucional (questão principal), mas julgou parte da lei federal não impugnada inconstitucional (questão incidental, adotada na fundamentação)”. Disponível em <https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativiza%C3%A7%C3%A3o-do-controle-difuso-ou-da-transcend%C3%A2ncia-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886>, acesso em 9 set. 2019.

⁸ 2018, p. 641.

Mesmo no âmbito de uma ADIn, o STF pode examinar incidentalmente e de ofício uma norma que não foi impugnada, mas que deveria ser aplicada para responder à demanda principal. Assim podemos ter uma declaração incidental de inconstitucionalidade no controle principal e abstrato.⁹

Portanto, mostra-se claramente impertinente e inadequado cogitar-se do art. 52, X, da Constituição Federal, quando se cuida de uma declaração de inconstitucionalidade proferida no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade, seja essa declaração principal ou mesmo incidental, porque a decisão assim adotada, fruto de uma análise da lei no plano abstrato ou em tese, goza, por força do art. 102, § 2º, da Magna Carta, do efeito vinculante e da eficácia contra todos. Ou seja, o Senado não pode atuar para dar aquilo que a própria Constituição Federal já conferiu, em outro dispositivo, à inconstitucionalidade reconhecida no âmbito de uma ação direta! Isso corresponderia a buscar uma providência completamente desnecessária, porque já alcançada pela via da ADI.

Assim, com a devida vênia, pode-se afirmar que a alusão feita pelos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello¹⁰ a uma suposta “mutação constitucional” do art. 52, X, da Constituição Federal, no julgamento das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, constitui flagrante erro jurídico, que deve ser evidenciado e corrigido.

Interessante notar que, nos debates travados por ocasião do mencionado julgamento conjunto, o min. Alexandre de Moraes, ao ouvir o min. Gilmar Mendes falar da necessidade de “equalizar a decisão que se toma em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental” (p. 66 do acórdão na ADI 3470/RJ), logo o advertiu da seguinte maneira: “É que aqui é ação direta” (p. 67 do mesmo acórdão). E, mais adiante, na página 118 do acórdão em comento, consignou que:

A questão de uma nova interpretação do artigo 52, X, não foi colocada nem como questão de ordem. Por que digo isso? Até hoje, o Supremo Tribunal Federal entende que, no controle difuso, o Senado Federal não está obrigado a estender os efeitos *inter partes* para *erga omnes* das declarações incidentais do Supremo. Isso são debates históricos e pode até vir - é sempre uma proposta do Ministro Gilmar -, mas até hoje o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao artigo 52, X, é que ao Supremo cabe declarar para o caso concreto e ao Senado cabe, se entender necessário, suspender, dando efeitos gerais. Aliás, a grande diferença do controle concentrado é que a suspensão dá efeito sempre *ex nunc*, não retroativos. Poderíamos até evoluir nesse sentido, mas eu quero dizer que eu não votei em relação a isso porque não era isso que estava em questão. Só para deixar claro.

Ocorre, porém, que a advertência não surtiu o efeito esperado, sendo certo que a intervenção do min. Gilmar Mendes, aparentemente acolhida pelos ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia (e de forma expressa pelos ministros Luiz Fux e Celso de Mello, tal como noticiado no *Informativo STF* n. 886), acabou por causar uma certa confusão no min. Dias Toffoli, o qual misturou os controles difuso e concentrado, ao dizer que: “[...] eu subscrevo

⁹ DIMOULIS e LUNARDI, 2017, p. 93. Os autores citam, por exemplo, o precedente firmado pelo STF na ADI 4029, relator min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00203, em que o pedido principal foi julgado improcedente, havendo, ao mesmo tempo, a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, caput, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, sem que nenhum ministro, nem mesmo o min. Gilmar Mendes, cogitasse de uma suposta aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, para conferir à decisão eficácia *erga omnes*, por ser manifestamente incabível e inadequado fazê-lo no bojo de uma ADI, tal como se defende no presente trabalho.

¹⁰ Como já apontado, essa manifestação do min. Celso de Mello, em relação ao art. 52, X, da Constituição Federal, ocorreu apenas durante os debates, ao longo do julgamento, como noticiado no *Informativo STF* n. 886, mas, posteriormente, ele determinou o cancelamento de sua intervenção quanto a esse tema, segundo se extrai do acórdão publicado, relativo às ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, podendo-se, assim, concluir que o decano da Corte retrocedeu, não podendo a sua posição ser levada em conta como favorável à tese defendida pelo min. Gilmar Mendes e que é ora refutada.

o que foi inicialmente levantado pelo Ministro **Gilmar Mendes** [...] a respeito da dimensão da decisão que nós estamos tomando aqui, qual seja, a aplicação do controle difuso, dando esse efeito **erga omnes** e praticamente vinculante também às deliberações deste Plenário” (p. 89 do referido acórdão – negritos no original).

Além disso, é preciso registrar que o min. Celso de Mello, antes da publicação do respectivo acórdão em comento, que se deu em 1º de fevereiro de 2019,¹¹ decidiu por cancelar todos os comentários que havia feito naquele julgamento,¹² a propósito da “mutação constitucional” do art. 52, X, da Constituição Federal, tal como defendida pelo min. Gilmar Mendes (desde a Reclamação 4335/AC), certamente por ter percebido, depois da sessão de julgamento, o grave erro cometido, ao aderir a uma tese claramente inadequada, em se tratando da apreciação de ações diretas de inconstitucionalidade, como acima explicitado.

Assim sendo, **por dois motivos fundamentais**, pode-se afirmar que **não houve a adoção da “teoria da abstrativização do controle difuso” pelo STF, no julgamento conjunto das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ:**¹³ i) não se cuidava de hipótese em que se poderia invocar o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, pois o controle de constitucionalidade ali exercido era o concentrado e abstrato e não o difuso,¹⁴ que recai sobre o exame do caso concreto; ii) mais uma vez, a tese da “mutação constitucional” do referido art. 52, X, não contou com a adesão da maioria dos ministros que participaram de tal julgamento, sendo que apenas os ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, este em *obiter dictum*, aderiram, expressamente, mas sem desenvolverem bem a questão, a essa posição do min.

¹¹ ADI 3470, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.

¹² Os cancelamentos aqui mencionados estão entre as páginas 74 a 84; 161, 162 e 165 do acórdão relativo à ADI 3470/RJ, sendo que o sucinto voto proferido pelo ministro está na página 160, em que ele se restringe a seguir, em um singelo parágrafo, o voto da relatora, min.^a Rosa Weber, a qual, por sua vez, nada falou a respeito do art. 52, X, da Constituição Federal.

¹³ Em sentido contrário, informando que não realizou a leitura do inteiro teor dos acórdãos das referidas ADIs, mas apenas do *Informativo STF* n. 886, o comentário de MASSON, para quem a tese de mutação sustentada pelo min. Gilmar Mendes, “[...] se sagrou vencedora” (2019, p. 1.349). Mais adiante, na página 1.351, aludida autora afirma o seguinte: “Ao final do ano de 2017, em julgamento realizado por um Supremo composto por alguns novos ministros, a tese da abstrativização do controle difuso, que fora vigorosamente defendida por Gilmar Mendes por diversos anos, finalmente **prevaleceu**” (negrito no original). Ora, como visto acima, caro leitor, isso não corresponde à realidade. A presente crítica também recai sobre LENZA, ao sustentar que “[...] a mutação constitucional do art. 52, X, passa a ser uma **realidade** para o STF” (2019, p. 299, negrito no original). Esse autor, na página 315 da mesma obra, admite que sua posição baseia-se unicamente no que foi divulgado por meio do *Informativo STF* n. 886, o que, como já demonstrado, não retrata, em absoluto, o que acabou constando dos acórdãos que foram publicados em fevereiro de 2019. Interessante notar que o próprio min. Gilmar Mendes, em seu *Curso de direito constitucional*, assevera algo que diverge, por completo, da realidade do julgamento daquelas ADIs. Confira-se a passagem: “Com essa decisão, torna-se perceptível que a tese há muito defendida por nós – no sentido de que, caso o Supremo, em sede de controle incidental, declare definitivamente que determinada lei é inconstitucional, essa decisão deverá ter eficácia *erga omnes*, devendo ser feita a comunicação ao Senado Federal apenas para que publique a decisão no *Diário do Congresso* – passa a ganhar contornos concretos e a ser adotada inclusive em decisões do Supremo Tribunal Federal”. (2019, p. 1.307, itálico no original).

¹⁴ No mesmo sentido: LORDELO, João Paulo, em seu artigo disponível em <https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativiza%C3%A7%C3%A3o-do-controle-difuso-ou-da-transcend%C3%A2ncia-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886>, acesso em 9 set. 2019. É bom salientar que o nobre autor escreveu seus comentários antes da publicação dos acórdãos das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ. Isso explica porque ele errou ao concluir tais comentários, dizendo que “houve consenso [no STF] quanto à mutação constitucional na interpretação do art. 52, X, da CRFB/88”. Como restou aqui demonstrado, esse consenso simplesmente não existiu.

Gilmar Mendes,¹⁵ que lhe é cara há muito tempo, pelo menos desde a Reclamação 4335/AC, na qual também ficou vencido.¹⁶

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se dizer, em resposta ao título do presente artigo, que a “teoria da abstrativização do controle difuso” ainda não é uma realidade no Supremo Tribunal Federal, embora, como já havia sido bem observado pelo min. Roberto Barroso, a competência constitucional prevista no art. 52, X, da Constituição Federal 1988 esteja sofrendo, desde o grande impulso que foi dado ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade por essa mesma Magna Carta, um inequívoco processo de “anacronismo”¹⁷ que, certamente, conduzirá o constituinte reformador, talvez no futuro próximo, à edição de uma emenda constitucional supressiva ou modificadora dessa norma constitucional,¹⁸ já que recusada pela Suprema Corte, como exteriorizado acima, a sua “mutação constitucional” nos moldes do entendimento sustentado, há muito tempo, pelo min. Gilmar Mendes.

Em verdade, caso o STF queira evitar a atuação nem sempre certa do Senado Federal, porque política e discricionária, no âmbito do controle difuso e concreto de constitucionalidade, deverá valer-se da edição de súmula vinculante, a qual, por si só, já goza da eficácia contra todos e do efeito vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. Aliás, essa observação foi inclusive feita pelo min. Alexandre de Moraes, na página 164 do acórdão relativo à ADI 3470/RJ,¹⁹ com a qual estamos de pleno

¹⁵ Os ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia, por sua vez, não cogitaram dessa mutação, como se pode verificar da notícia contida no *Informativo STF* n. 886, aproximando-se o seu pensamento mais da teoria da transcendência dos motivos determinantes, a qual não é objeto do presente trabalho. E o min. Celso de Mello, como dito, simplesmente cancelou todos os comentários que fez no julgamento, no que se refere à adesão à tese do min. Gilmar Mendes, quanto ao art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, de modo que o que foi divulgado no aludido *Informativo*, a respeito desse entendimento do min. Celso de Mello, deve ser agora desconsiderado, com a publicação do respectivo acórdão.

¹⁶ Curiosamente, parcela da doutrina pátria, como destacado acima, ignora esses dois relevantes motivos e afirma que houve sim o acolhimento, pelo STF, da mencionada teoria, justamente no julgamento conjunto das citadas ADIs. Nesse sentido, confira-se, ainda: Guilherme Peña de Moraes, na obra coletiva intitulada *Constituição Federal comentada*, 2018, p. 626 e 630, o qual faz a afirmação, mas sem fornecer nenhum fundamento ou argumento capaz de apoiá-la.

¹⁷ *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2012, p. 157.

¹⁸ Oportuno lembrar aqui que, por ocasião da EC 16/1965, que introduziu entre nós o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade perante o STF, mediante iniciativa reservada ao Procurador-Geral da República, houve proposta de supressão da competência constitucional do Senado Federal de suspender lei ou ato normativo declarado inconstitucional, em controle difuso e concreto, pelo STF; todavia, tal proposta foi rejeitada pelos senadores, como bem informa Anna Candida da Cunha Ferraz, na obra coletiva intitulada *Comentários à Constituição do Brasil*, 2018, p. 1.141, na qual ela assim conclui: “Manteve-se, portanto, no controle difuso, a atuação senatorial complementar da função jurisdicional para o efeito de estender, para todos, a decisão proferida com efeitos apenas *inter partes* pelo Supremo Tribunal Federal”. Essa mesma professora posiciona-se de forma contrária à mutação constitucional defendida pelo min. Gilmar Mendes, pois tal mutação, no seu entender, por ferir texto expresso da Constituição, seria, na realidade, inconstitucional, de sorte que somente uma emenda constitucional é que poderia alterar ou suprimir a norma hoje contida no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988. Confira-se, quanto a isso, o que ela consignou na p. 1.143 da mesma obra. Essa também foi a compreensão que pautou o voto proferido pelo min. Roberto Barroso, dentre outros, na já citada Reclamação 4335/AC, ao recusar a proposta de mutação dessa norma feita pelo então relator, min. Gilmar Mendes.

¹⁹ Este é o seu teor: “A Emenda 45, quando tratou da questão de tentar aproximar o controle difuso do concentrado, inclusive excluindo o artigo 52, X, fez uma opção por medidas que resolvem esse problema: a

acordo, especialmente diante do direito constitucional positivo em vigor, que não pode ser ignorado mediante uma mutação claramente inconstitucional.

4. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LORDELO, João Paulo. Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes? ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgadas em 29/11/2017 (Info 886). *In*: <https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativiza%C3%A7%C3%A3o-do-controle-difuso-ou-da-transcend%C3%Aancia-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886>, acesso em 9 set. 2019.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de *et al.*. *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

edição de súmulas vinculantes, que fala exatamente em validade, interpretação e eficácia das leis. E essa Casa já fez isso em relação a várias ações diretas de inconstitucionalidade”.