

Utilização das Formas Alternativas de Solução Consensual de Litígios Constitucionais pelo STF

Guilherme Peña de Moraes¹

¹ Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em exercício na Assessoria de Atribuição Originária Cível e Institucional da Procuradoria-Geral de Justiça. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD/UVA). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ), Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela *Fordham School of Law – Jesuit University of New York (FU/NY)*.

RESUMO: Este trabalho procura investigar a utilização das formas alternativas de solução consensual de litígios constitucionais pelo STF, à luz das teorias da prognose legislativa, da hibridação de modelos e, sobretudo, da autonomia processual dos tribunais constitucionais.

Palavras-Chave: Autocomposição, Jurisdição constitucional, Suprema Corte brasileira.

ABSTRACT: This article is intended to investigate the use of alternative constitutional dispute resolutions by the STF, according to the theories of legislative prognosis, hybridization of models and, especially, procedural autonomy of constitutional courts.

Keywords: Self-composition, Constitutional jurisdiction, Brazilian Constitutional Court.

1 INTRODUÇÃO

A autocomposição, como equivalente jurisdicional ou meio integrado de resolução de conflitos inerente à “justiça multiportas”,¹ é desenvolvida pela conciliação e mediação, enquanto atividade técnica exercida por terceiro imparcial, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver solução consensual para a controvérsia, por força do art. 3º, § 3º, do Código de Processo Civil, e do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

Nesta ordem de ideias, o artigo que ora vem a lume é dedicado ao estudo das formas alternativas de solução consensual de litígios constitucionais, especialmente os conflitos havidos no processo objetivo de controle de constitucionalidade de normas legais, fornecendo-se, para tanto, os referenciais teóricos da interlocução constitucional e manifestações concretas da autocomposição no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

2 REFERENCIAIS TEÓRICOS

Os referenciais teóricos das modelagens autocompositivas de conciliação e mediação em sede de jurisdição constitucional giram em torno da prognose legislativa, de Klaus Philippi, da hibridação de modelos, de Lucio Pegoraro, e, sobretudo, da autonomia processual dos tribunais constitucionais, de Patricia Rodríguez-Patrón.

a. Teoria da Prognose Legislativa

O “controle das prognoses legislativas” pode ser reconduzido à Klaus Philippi, para quem o processo de conhecimento envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

Considerando a existência da “comunicação entre norma e fato” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), desmistifica o Autor a ideia de que a questão constitucional configura simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição.

Dessa forma, Klaus Philippi constata a possibilidade jurídica de exame ou revisão

¹ A expressão “justiça multiportas” decorre de uma metáfora: “seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 637.

dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador, entendendo-se como tal qualquer “fato real” (*realer Sachverhalt*) que tenha relevo para aplicação de uma norma. Em sequência, o Autor procede à classificação dos fatos legislativos em “fatos históricos” (*historische Tatsache*), “fatos atuais” (*gegenwärtige Tatsachen*) e “eventos futuros” (*zukünftige Tatsachen*). No tocante aos “eventos futuros”, segundo a concepção dos prognósticos legislativos, a decisão acerca da legitimidade ou ilegitimidade de uma dada lei ou ato normativo depende da confirmação de uma prognose fixada pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento. De outro modo, havendo erro no prognóstico, ou a mera inocorrência do evento previsto, estaria viciada de inconstitucionalidade a lei editada sob este fundamento.

O exame dos fatos legislativos não é olvidado pelo Direito Constitucional brasileiro, tanto que o art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, permitem ao relator da ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para audiência pública.²

b. Teoria da Híbridação de Modelos

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, a bipartição entre o modelo difuso-incidental, de matriz americana, e o modelo concentrado-principal, de matriz austríaca, de controle de constitucionalidade é objeto de flexibilização ou relativização, na linha do pensamento de Lucio Pegoraro (*ibridazione di modelli di giustizia costituzionale*), com o intercâmbio entre eles, o qual denominamos de “concretização do controle abstrato”, em contraposição à “abstrativização do controle concreto”.³

A concretização do controle abstrato é demonstrada pela utilização de institutos de jurisdição constitucional orgânica, vinculada ao controle concentrado, instado pela via

² PHILIPPI, Klaus. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*. Köln: Heymann, 1971, p. 14.

³ MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23-24.

de ação direta, em processos deflagrados pelo exercício da jurisdição constitucional das liberdades, voltada ao controle difuso, instrumentalizado pela via de exceção, como, por exemplo: (i) na abertura procedimental admitida pelo *amicus curiae*, (ii) na modulação temporal dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e (iii) na adoção de procedimento especial para a aferição da questão constitucional, à semelhança do *writ of certiorari*, como mecanismo de acesso à suprema corte.

A abstrativização do controle concreto é denotada pelo reconhecimento de força normativa, típica do controle principal, instaurado pela via de ação direta, a pronúncias do Poder Judiciário que resolvam contenciosamente litígios existentes na sociedade, tomados no controle incidental, instituído pela via de exceção, sem a intermediação de outro Poder, como, por exemplo: (i) no mandado de injunção, individual ou coletivo, (ii) no redimensionamento da suspensão de execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por provimento definitivo do Supremo Tribunal Federal e (iii) no manejo da reclamação constitucional para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões judiciais e enunciados da súmula vinculante da jurisprudência predominante do tribunal constitucional.

As nomenclaturas de que tratamos, a toda evidência, não são necessariamente contrárias. A abstrativização tem o significado de expansão, de ampliação dos efeitos do controle concreto. A concretização tem o significado de extensão, de aplicação dos elementos do controle abstrato. Portanto, as tendências do controle de constitucionalidade brasileiro, dual ou paralelo, operam em ambos os sentidos, mas não possuem o mesmo grau de intensidade.⁴

c. Teoria da Autonomia Processual

A autonomia processual sobre a qual se debruça Patricia Rodríguez-Patrón, em atenção à “concepção garantista do processo e Constituição”, consoante a qual o processo constitucional deve atender às demandas das pessoas, naturais ou jurídicas (*protección subjetiva de los derechos fundamentales*), e às exigências do Estado de Direito

⁴ PEGORARO, Lucio. *Giustizia Costituzionale Comparata. Dai Modelli ai Sistemi*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 83.

(*protección objetiva de la orden constitucional*), é respeitante à produção de normas dirigidas à configuração externa do processo constitucional pela justiça constitucional.

De um lado, a autonomia processual, comumente, é legitimada pela incompletude ou inconsistência da normatização constitucional e legal. Em outras palavras: quando os métodos tradicionais de integração e interpretação se revelarem insuficientes para o desempenho das atribuições que lhe são inerentes, os órgãos de justiça constitucional, como últimos intérpretes da Constituição, podem dispor de maior grau de liberdade na configuração do processo constitucional, em ordem a suprir deficiência ou inexistência da lei processual constitucional.

De outro lado, a autonomia processual, por meio dos Direitos Constitucional e Processual dúcteis, importa na atenuação ou mitigação das formalidades intrínsecas ao processo constitucional. Em outros termos: a atividade de recriação do direito pelos tribunais constitucionais deve assegurar a força normativa dos princípios e regras positivadas pela Constituição em casos concretos, a fim de garantir a supremacia constitucional, proteger os direitos fundamentais e salvaguardar as distribuições horizontal e vertical do poder político.

A autonomia processual do tribunal constitucional, em face do exposto, pode ser definida como atributo da justiça constitucional que lhe confere maior grau de liberdade na configuração do processo constitucional, pela atividade de criação judicial de princípios e regras processuais, ao lado das normas materiais que se afigurarem incidíveis ou imanentes a elas, para suprir deficiência ou inexistência da lei processual constitucional em algumas hipóteses, de modo que o tribunal constitucional se converte em legislador primeiro, e intérprete depois, da sua própria normatização processual.⁵

3 MANIFESTAÇÕES CONCRETAS

No âmbito dos tribunais constitucionais, os instrumentos de autocomposição são utilizados, com alguma frequência, desde o início do século XXI, especialmente para a solução de impasses federativos.⁶

⁵ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2003, p. 19.

⁶ MICHELMAN, Frank. The Interplay of Constitutional and Ordinary Jurisdiction. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Orgs.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 278.

No exterior, Robert Buckholz Jr., Daniel Cooper, Alan Gettner, Joan Guggenheimer, Edward Rosenthal e Mark Rotenberg defendem a admissibilidade de indicação de monitores responsáveis pela mensuração dos níveis de implementação das decisões judiciais,⁷ da mesma forma que Colin Diver entende pela viabilidade de nomeação de *experts* para auxiliar os tribunais constitucionais na fase de implementação, de maneira a possibilitar a supervisão quanto ao grau de cumprimento da decisão jurisdicional.⁸ À guisa de informação, a Corte Constitucional da Colômbia, a Suprema Corte da Índia e a Corte Constitucional da África do Sul têm desenvolvido um modelo judicial aberto, dialógico e participativo, com a utilização de ferramentas processuais adequadas para o enfrentamento das questões que lhes são submetidas, como, por exemplo, a nomeação de comissões de acompanhamento para a realização de inspeções, além da coleta de informações sobre a execução das decisões tomadas pela justiça constitucional.⁹

No Brasil, a possibilidade jurídica do manejo das técnicas de autocomposição na jurisdição constitucional foi consubstanciada no enunciado nº 88, da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, sob a *coordenação-geral dos* Ministros Luis Felipe Salomão e Paulo de Tarso Sanseverino, de acordo com o qual “as técnicas de autocomposição são compatíveis com o exercício da jurisdição constitucional, inclusive na fase pré-processual, podendo ser aplicadas em ações de competência da Suprema Corte”.¹⁰

a. **Acordo na ADO nº 25/DF**

O recurso às formas alternativas de solução consensual em processo objetivo de litígios constitucionais sobreveio no julgamento da Questão de Ordem na Ação Direta de

⁷ BUCKHOLZ JR., Robert; COOPER, Daniel; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward; ROTENBERG, Mark. The Remedial Process in Institutional Reform Litigation. *Columbia Law Review*, nº 78, 1978, p. 828.

⁸ DIVER, Colin. Judge as Political Powerbrokers: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, nº 65, 1979, p. 105.

⁹ GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. Access to Justice in India: the jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court. In: MALDONADO, Daniel (Org.). *Constitutionalism of the Global South: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 351.

¹⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios – Enunciado nº 88. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1712>. Acesso em: 30 ago 2023.

Inconstitucionalidade por Omissão nº 25/DF, de 20 de maio de 2020, no qual o Supremo Tribunal Federal homologou acordo firmado entre a União, os Estados e o Distrito Federal, com resguardo da parcela constitucionalmente reservada aos Municípios, dispondo sobre soluções jurídicas para resolver o impasse na discussão envolvendo valores pretéritos e futuros acerca da norma prevista no art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não regulamentada pelo Congresso Nacional.^{11, 12}

b. Acordos na ADI nº 7.191/DF e ADPF nº 984/DF

Em seguida, a negociação federativa foi retomada no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.191/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 984/DF, todas sob a relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que giravam em torno do debate acerca da essencialidade de combustíveis, energia elétrica, telecomunicações e transporte para fins de cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, nas leis estaduais e distrital das 27 (vinte e sete) unidades federativas, ocasião na qual o Supremo Tribunal Federal homologou acordo firmado entre a União e todos os Entes Estaduais e Distrital para encaminhamento ao Congresso Nacional para as providências cabíveis acerca do aperfeiçoamento legislativo nas Leis Complementares nºs 192/2022 e 194/2022, diante do art. 155, §§ 2º, 4º, inc. IV, e 5º, da Constituição da República.^{13, 14}

Os processos de autocomposição em epígrafe têm o condão de demonstrar que o Supremo Tribunal Federal pode designar audiência de conciliação, com notas de mediação, envidada a possibilidade de apresentação de proposta conciliatória e, se for a

¹¹ No âmbito do controle concreto-incidental, a homologação de acordos entre entidades federativas pelo Supremo Tribunal Federal pode ser detectada, por exemplo, na Questão de Ordem no Mandado de Segurança nº 34.023/DF, na qual o tribunal deferiu pedido formulado pela União a fim de que fossem “aplicados cautelarmente aos autos e às liminares os exatos termos dos ajustes negociados com os Estados” a respeito da forma de pagamento das dívidas mantidas entre eles. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Mandado de Segurança nº 34.023/DF. Rel. Min. Edson Fachin, J. 1º.7.2016, *DJU* 12.6.2017.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 20.5.2020, *DJU* 12.11.2020.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.191/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 15.12.2022, *DJU* 19.12.2022.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 984/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 15.12.2022, *DJU* 19.12.2022.

hipótese, contraproposta conciliatória para tentativa de solução consensual do litígio constitucional.

Frustrada a conciliação, deve o tribunal proceder à instituição de comissão especial, com a supervisão do Supremo Tribunal Federal, revelando-se possível não somente a designação de instrutor, como também a deliberação acerca da confidencialidade do procedimento de comunicação entre os participantes, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança. Para a satisfação do interesse autocompositivo, a comissão especial, a critério do instrutor, pode acolher manifestações escritas e orais de pessoas, órgãos e entidades, públicas e privadas, além de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria e realização de auditoria. Ao final das reuniões da comissão especial, que devem ser documentadas nos autos, a proposta de solução consensual é deliberada, votada e, caso aprovada, referendada formalmente pelos participantes.

Preenchidas as formalidades legais, compete ao Supremo Tribunal Federal homologar o acordo político-jurídico, que passa a possuir, desde então, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

A decisão que homologar o acordo deve ser encaminhada ao Congresso Nacional para as deliberações cabíveis acerca do aperfeiçoamento legislativo nas normas jurídicas em torno das quais se estabeleceu o diálogo constitucional.

Por fim, a autocomposição deve ser objeto de acompanhamento de cumprimento a cargo do Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, pode ser provocado a homologar novo acordo a respeito da questão constitucional, como desdobramento do ajuste entabulado pela abertura da via autocompositiva.¹⁵

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.191/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 5.6.2023, *DJU* 28.6.2023, e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 984/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 5.6.2023, *DJU* 28.6.2023.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, pois, que os tribunais constitucionais, no contexto do federalismo de cooperação, podem – e devem – empregar os modos alternativos de solução consensual de litígios constitucionais, em ordem a diminuir as divergências e aproximar as soluções desejadas pelos atores envolvidos na autocomposição federativa, de forma a devolver à arena político-legislativa a solução final do impasse transacionado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios – Enunciado nº 88. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1712>. Acesso em: 30 ago 2023.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.191/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 15.12.2022, *DJU* 19.12.2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 20.5.2020, *DJU* 12.11.2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 984/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 15.12.2022, *DJU* 19.12.2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Mandado de Segurança nº 34.023/DF. Rel. Min. Edson Fachin, J. 1º.7.2016, *DJU* 12.6.2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Segundo Julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.191/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 5.6.2023, *DJU* 28.6.2023.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Segundo Julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 984/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 5.6.2023, *DJU* 28.6.2023.
- BUCKHOLZ JR., Robert; COOPER, Daniel; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward; ROTENBERG, Mark. The Remedial Process in Institutional Reform Litigation. *Columbia Law Review*, nº 78, 1978.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- DIVER, Colin. Judge as Political Powerbrokers: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, nº 65, 1979.
- GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. Access to Justice in India: the jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court. In: MALDONADO, Daniel (Org.). *Constitutionalism of the Global South: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013.

Guilherme Peña de Moraes

MICHELMAN, Frank. The Interplay of Constitutional and Ordinary Jurisdiction. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Orgs.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton: Edward Elgar, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012.

PEGORARO, Lucio. *Giustizia Costituzionale Comparata. Dai Modelli ai Sistemi*. Torino: Giappichelli, 2015.

PHILIPPI, Klaus. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*. Köln: Heymann, 1971.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2003.