

2022, o ano dos acordos em jurisdição constitucional

10/12/2022

O hábito da retrospectiva é um clássico de final de ano. Marca o encerramento de ciclo e o começo de outro. Permite-nos esquadrihar as perdas e os ganhos, e transformar o futuro em projeto.



Georges Abboud
professor e advogado

O ano de 2022, tão difícil por razões que se fizeram sentir nas

urnas, nos deu um enorme ganho democrático, na figura do Supremo Tribunal Federal. Sei que contemporaneamente elogiar o Supremo pode parecer quase *heresia* para uma parcela da sociedade que formou uma *seita* contra o STF. Contudo, ao final de 2022, a democracia e a Constituição prevaleceram, em grande parte, por conta da atuação de nossas instituições, em especial o STF.

Em 2022, a Suprema Corte protagonizou, com inegável vanguardismo, o processo de consolidação de uma jurisdição constitucional cada vez mais arrojada, na qual a figura jurídica dos *acordos* não mais se encontra às voltas com o obstáculo dos *direitos indisponíveis*.

Agora, ousamos dizer que os acordos em jurisdição constitucional são encarados como verdadeira necessidade, frente ao "indecidível".

Conforme esmiuçamos, de forma pioneira, em nosso *Processo Constitucional Brasileiro* e aprofundamos no *Direito Constitucional Pós-Moderno*, houve, na contemporaneidade, o redimensionamento da esfera constitucional. A jurisdição constitucional precisa agir, hoje em dia, *para além da mera decisão*, ou melhor, *para além do paradigma da decisão*.



Esse paradigma qualifica os conflitos sociais levados ao Judiciário em termos de "perdedor/vencedor" e os atos — públicos e privados — como simplesmente "legais/ilegais", "constitucionais/inconstitucionais".

Segundo defendemos, essa forma de pensar a jurisdição constitucional a impede de ser capaz de regulamentar (*tratar*), de forma satisfatória e democrática, temas cada vez mais complexos e dinâmicos, bem como a impede de lidar com um número crescente de paradoxos.

De fato, sem o sustentáculo da proceduralização [1], a jurisdição constitucional só seria capaz de dar repostas diretas e binárias a problemas complexos, contrários por si só à lógica da binaridade.

Em lugar disso, ela constitui o ambiente no qual regras procedimentais seriam negociadas e estabelecidas para o enfrentamento de situações sociais, políticas, tecnológicas e econômicas complexas.

Ou seja, uma jurisdição constitucional "pós-moderna" é aquela capaz de se municiar de mecanismos e ferramentas aptos a imunizar problemas jurídicos complexos, que precisam de regramentos estruturais para serem solucionados. Uma concepção "pós-moderna" da jurisdição constitucional — e, em verdade, do próprio Direito — assegura sua necessária abertura institucional, sem a qual as inovações da contemporaneidade não podem ser apreendidas, já que o paradigma da decisão, inaplicável em tais situações, padece de deficiências de aprendizado, carência de flexibilidade e de pouco potencial de adaptabilidade.

Em suma, por meio da proceduralização conferimos dimensão reflexiva e ampliamos a esfera cognitiva da jurisdição constitucional. Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal tem paulatina e instintivamente reagido às mudanças impostas pela proceduralização.

Por intermédio da Resolução nº 697, o Supremo criou, em 2020, seu Centro de Mediação e Conciliação, o que demonstra que o tribunal está ciente de que o exercício de uma jurisdição constitucional democrática passa pelo enfrentamento e, em algum grau, sintetização de visões epistêmicas conflitantes.

Isso pode ser reconduzido a um *insight* fundamental de Gunther Teubner no artigo "*Quod omnes tangit* (o que respeita a todos): Constituições transnacionais sem democracia?", que compõe a obra *Constitucionalismo Global*, o primeiro volume da coleção *Ius publicum e modernidade*, já em [pré-venda](#) pela prestigiosa Editora Contracorrente, sob coordenação nossa e do brilhante professor Ricardo Campos.

Segundo Teubner, o modelo clássico de democracia deliberativa precisa passar por algumas correções, dentre as quais está sua reorientação ao *dissenso*, e não ao *consenso*, bem como "sua confiança em uma legitimação discursiva unitária deve-se adaptar à confiança em diferentes legitimações epistêmicas" [2].

De nossa parte, e a despeito de imensa resistência que encontramos em setores da doutrina e da jurisprudência, defendemos desde as primeiras edições de nosso *Processo Constitucional Brasileiro* a possibilidade de acordos em sede de jurisdição constitucional, algo que, a partir dos

litígios envolvendo os planos econômicos, tornou-se uma realidade irresistível à jurisdição constitucional contemporânea.

Tal acordo foi efetivado em 18/12/2017 e foi referendado pelo Plenário do STF em 1/3/2018, com ampla divulgação nacional, no bojo da ADPF 165-DF. Para sua concretização houve mediação pela AGU, tomando também parte entidades financeiras e representativas de proteção dos consumidores. O Banco Central também apresentou intervenção no acordo, em razão da sua amplitude e relevância ao setor financeiro.

O objetivo do acordo era construir, mediante concessões mútuas, uma saída negociada para um dos maiores problemas judiciais do Brasil: a litigiosidade referente aos planos econômicos. Nessa perspectiva, a saída negociada buscou assegurar que houvesse solução desjudicializada para os conflitos individuais e coletivos.

De lá para cá, o STF viu-se diante de outros acordos em jurisdição constitucional. Foi o caso dos repasses previstos pela Lei Kandir (LC 87/1996) discutidos na ADO 25 [3] e na ADPF 568, no qual precisou-se decidir o destino dos recursos angariados pela "Fundação Lava-Jato", que acabaram, em parte, destinados ao enfrentamento da pandemia de Covid-19 em alguns estados.

Pode-se dizer que os acordos em jurisdição constitucional, outrora considerados uma afronta ao dogma da indisponibilidade e interesses públicos, são, hoje, o cotidiano do STF na absorção de dissensos, em especial aqueles surgidos em virtude do pacto federativo.

Vejamos, por exemplo, que em 2/12/2022 ocorreu a reunião convocada pelo ministro Gilmar Mendes, relator da ADIn 7.191 e ADPF 984, no âmbito da qual estados e União negociam uma possível compensação do ICMS dos combustíveis, querela surgida a partir das LCs 192/2022 e 194/2022.

Vale mencionar também as tentativas de acordo travadas na ADIn 7.164 em meados de 2022, sob relatoria do ministro André Mendonça, no qual se impugnavam certos dispositivos do Convênio ICMS nº 16/2022, do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

Naquela ação, o ministro André Mendonça (decisões de 30/5/2022 e 17/6/2022) acolheu expressamente nosso posicionamento acerca da natureza menos *traumática* dos acordos em sede de jurisdição constitucional justamente por superarem a lógica vencedores/perdedores.

Em 6/12/2022, ocorreu mais uma sessão de conciliação na ACO 3.568, no qual a União Federal pediu o reconhecimento de sua titularidade sobre o arquipélago de Fernando de Noronha, e a determinação que o estado de Pernambuco observe o contrato de cessão de uso em condições especiais.

Outro exemplo é a AP 864, na qual o STF homologou o acordo de não persecução penal entabulado entre a Procuradoria-Geral da República e deputado federal Silas Câmara, fazendo com que o Acordo de Não Persecução Penal vá, paulatinamente, se estabelecendo na jurisdição constitucional como forma eficaz de enfrentamento de delinquências políticas do alto escalão do funcionalismo público federal.

Podemos apenas imaginar o potencial resolutivo que o ferramental proporcionado pela proceduralização, em especial os acordos, pode desempenhar em situações político-jurídicas complexas como o chamado "orçamento secreto", cuja constitucionalidade está em discussão na ADPF 854.

Se, por um lado, "existe em concreto forte interesse político em sua manutenção [RP9, as emendas do relator-geral], pois permite aos chefes do Poder Legislativo e do Executivo comporem interesses políticos com maior facilidade, manejando os recursos públicos de forma não isonômica", o orçamento secreto é, também, uma patente violação ao princípio republicano [4].

Por meio de uma solução dialogada, o STF poderia reenviar o orçamento ao Congresso Nacional com a determinação de que os princípios republicanos sejam observados, de tal forma que o tribunal não impusesse uma solução, mas apenas balizasse as condições dentro das quais o próprio Congresso pode superar seu próprio estado de inconstitucionalidade. Ou seja, o STF fixaria as inconstitucionalidades, conferindo ao Congresso a procedimentalização de como operacionalizar o orçamento.

Se trazemos novamente à baila a temática dos acordos em jurisdição constitucional, é porque acreditamos que ele depende — hoje mais do que nunca — da estruturação da jurisdição constitucional como espaço mais adequado para o enfrentamento de complexidades decisórias. Mais do que isso, essas questões tornam-se o cotidiano do STF perante lides complexas.

Em um cenário de diálogo entre Poderes, em vez de isolamento, haverá atuação conjunta deles para assegurar a força normativa da Constituição, criando ambiente de verdadeira humildade institucional. Afinal, o ponto de partida para se falar em diálogo é o reconhecimento de cada um dos Poderes a respeito de quais são suas funções e, principalmente, os limites de sua competência para exercê-los.

Bernd Rüthers destaca que a tarefa essencial do Tribunal Constitucional consiste em proteger a Constituição e não em transformá-la. Aqui, o Tribunal age bem quando resolve o conflito de maneira consensual [5].

Em tempos de saudosismo delirante e valorização exacerbada das novidades internacionais, esquecemos por vezes de ressaltar a atuação vanguardista e sobretudo brasileira do STF, a quem devemos o arrojamento atual de nossa jurisdição constitucional.

No debate acadêmico é constante a referência a atuação de Cortes Supremas como a alemã e a americana, obviamente, é um ingrediente teórico salutar para o enriquecimento doutrinário. Contudo, muitas vezes nessa comparação, deixamos de evidenciar que o STF tem sido uma das cortes mais vanguardistas na proteção de direitos fundamentais – de que são exemplos a proibição da prisão após condenação em segunda instância (ADCs 43, 44 e 54), o balizamento de operações policiais em comunidades ("ADPF das Favelas", 635), a declaração de inconstitucionalidade da odiosa tese da "legítima defesa" da honra (ADPF 779) e a fixação do entendimento de que o réu delatado tem o direito de ser ouvido após o réu delator como corolário do exercício da legítima defesa (HC 166.373) — e tem aceitado incorporar *a razão procedural* mediante estruturação de acordos e soluções dialogadas.

No balanço de 2022, mais do que guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal se sagrou um dos mais importantes defensores de nosso regime democrático, e a consolidação da prática de acordos em sede de jurisdição constitucional demonstra como nossa Corte Constitucional compreende de forma sofisticada seu papel, determinante e central, na absorção das dissidências democráticas.

[1] Cf. Georges Abboud, *Direito Constitucional Pós-Moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, Parte III.

[2] Cf. Gunther Teubner, "Quod omnes tangit (o que respeita a todos): Constituições transnacionais sem democracia?", in: Georges Abboud e Ricardo Campos (coordenadores), *Constitucionalismo Global* (Coleção *Ius publicum* e modernidade, vol. 1), São Paulo: Contracorrente, 2022.

[3] Cf. Pedro França Aires e Matthäus Kroschinsky, "Controle das omissões inconstitucionais: tratamento atual e proposta de reforma", in: André Rufino do Vale; Fábio Lima Quintas e Georges Abboud (coordenadores). *Processo Constitucional Brasileiro: Propostas Para a Reforma*, São Paulo: Almedina, 2021, p. 333-355.

[4] Fernando Facury Scaff e Marina Michel de Macedo Martynychen, "Inconstitucionalidades do orçamento secreto", in: *Consultor Jurídico*, 6.12.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-06/contas-vista-inconstitucionalidades-orcamento-secreto>.

[5] Bernd Rüthers. *Teoría del derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, Bogotá: Editorial Témis, 2018, p. 199.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-dez-10/observatorio-constitucional-2022-ano-acordo-jurisdicao-constitucional/>