



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

9

SOLUÇÕES CONSENSUAIS E ARRANJOS INSTITUCIONAIS DURANTE O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: PRIMEIROS QUESTIONAMENTOS E IMPRESSÕES¹.

CONSENSUS-BASED SOLUTIONS AND INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS
IN THE CONTEXT OF CONCENTRATED JUDICIAL CONSTITUTIONAL
REVIEW: PRELIMINARY QUESTIONS AND OBSERVATIONS

Pedro Leonardo Summers Caymmi

PhD Candidate in Constitutional Law at IDP (Brasília).
Professor of Tax and Public Finance Law at UFBA.

1 Esse ensaio tem origem em trabalho elaborado como requisito parcial para aprovação na disciplina “Teoria Democrática e Constitucionalismo Contemporâneo”, no Programa de Doutorado Acadêmico em Direito do IDP-DF, ministrada pelo Professor Doutor Sérgio Antônio Ferreira Victor, na qual foram travadas ricas discussões em sala sobre o tema. Do mesmo modo, muitas das ideias desenvolvidas foram construídas no curso da disciplina PPGD-0019 (Sistema Brasileiro de Justiça Multiportas), ministrada pelo Professor Titular Fredie Didier Jr. no semestre 2025.2, no Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, na qualidade de aluno especial. Eventuais méritos do ensaio, se existem, se devem a essas experiências, e devo registrar minha gratidão aos professores e colegas que colaboraram nas discussões. Um agradecimento especial, ainda, à Professora Anissara Toscan, pela revisão dos originais e sugestões.

Resumo: O ensaio examina a adoção de técnicas e ferramentas de solução consensual de problemas jurídicos durante a realização, no Supremo Tribunal Federal, do controle concentrado de constitucionalidade. Aborda a questão em um juízo ainda inicial e investigativo, tendo como questões de trabalho (a) o que é o controle concentrado de constitucionalidade? Ele admite processo e alocação de poder decisório entre agentes que não a autoridade indicada para o controle? (b) O que está acontecendo nessas situações junto ao STF? (c) Qual a natureza dessa multiplicidade de atos praticados em conjunto com o controle concentrado, ou nele inserido? (d) Por que isso está acontecendo? (e) Isso deve acontecer, tendo uma prognose de resultados positiva? Após analisar estes aspectos, o ensaio produz suas conclusões iniciais sobre o tema, a serem posteriormente desenvolvidas em espaço próprio.

Palavras-chave: Processo constitucional – Controle concentrado de constitucionalidade – Modos alternativos de solução de problemas jurídicos – Soluções consensuais – Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The essay examines the adoption of techniques and tools for consensual resolution of legal disputes during the performance of concentrated constitutional review at the Federal Supreme Court. It addresses the issue in an initial and investigative judgment, working on the following questions: (a) What is concentrated constitutional review? Does it admit procedural mechanisms and allocation of decision-making power among agents other than the authority designated to conduct the review? (b) What is happening in these situations before the Federal Supreme Court? (c) What is the nature of this multiplicity of acts practiced together with concentrated constitutional review, or inserted within it? (d) Why is this happening? (e) Should this happen, considering a positive prognosis of results? After analyzing these aspects, the essay produces its initial conclusions on the topic, to be further developed in an appropriate space.

Keywords: Constitutional procedure – Concentrated constitutional review – Alternative dispute resolution mechanisms – Consensual solutions – Federal Supreme Court.

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Controle concentrado de constitucionalidade. 3. O que tem acontecido no processo constitucional? 4. Por que tem acontecido? 5. Deve acontecer? 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos processos submetidos a controle concentrado de constitucionalidade, vem realizando uma série de atos e procedimentos que, à primeira vista, destoam do caráter objetivo e abstrato da aferição de compatibilidade de atos normativos com a Constituição Federal de 1988 (CF-88).

Um exemplo expressivo dessas ocorrências se deu no julgamento da ADPF 984, julgada em conjunto com a ADI 7191, envolvendo a questão da essencialidade dos combustíveis, a seletividade do ICMS e as leis complementares 192/2022 e 194/2022, que determinaram a uniformidade de alíquotas nacionais no ICMS sobre o setor.

Foram designados diversos atos antes do efetivo controle de constitucionalidade, a exemplo da formação de uma comissão para propostas de solução do impasse federativo, realização de estudos técnicos sobre perdas de receitas estaduais e equacionamento orçamentário, análises sobre o papel de cada modalidade de combustível na economia e sua efetiva essencialidade, além de medidas propositivas, legislativas e infralegais, a serem adotadas ou encaminhadas em conjunto com a solução do problema constitucional².

O processo, ao final, resultou efetivamente na assunção de múltiplos compromissos e efetivação de arranjos institucionais entre múltiplos órgãos técnicos e entes federativos³, com a homologação de acordo em termos muito mais abrangentes do que a simples determinação da constitucionalidade ou não dos atos normativos analisados⁴.

O Ministro Gilmar Mendes, Relator, ao determinar as medidas de “instrução” dos processos, sinalizou que “deve ser adotado um modelo judicial aberto e dialógico com a utilização de ferramentas processuais adequadas para o enfrentamento das questões fáticas imbrincadas trazidas pelos interessados.” E, por isso, “na esteira da experiência de sucesso desenvolvida na ADO 25, de minha relatoria, na qual a solução de impasse das desonerações introduzidas pela Lei Kandir foi construída com a decisiva participação de todos os atores interessados, entendo que o atual estágio normativo legislativo também torna adequada a criação de uma Comissão Especial”⁵.

Isso tem se repetido em inúmeros processos de controle concentrado ou de julgamento de repercussão geral no STF; na ADI 7385, ao decidir, com acordos envolvidos, a questão da privatização da Eletrobrás, assim se manifesta o Ministro Relator, Nunes Marques:

Os tribunais constitucionais não detêm o monopólio das soluções. Também não devem assumir o papel de consultores ou oráculos para dilemas morais, políticos, econômicos ou financeiros. Cabe-lhes atuar como legisladores negativos, com prudência e cautela. Sempre que possível, os poderes públicos devem resolver seus próprios impasses e assumir as consequências de suas escolhas político-normativas. Trata-se de compromisso com o Estado democrático de direito e com a autoridade da Constituição.

2 <https://www.conjur.com.br/2022-jul-18/gilmar-mendes-determina-criacao-comissao-tratar-icms/>

3 <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508442>

4 “O Tribunal, por unanimidade, homologou o 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 192/2022 e 194/2022, devendo a União apresentar o correspondente PLP, para fins de cumprimento do acordado, além de o Tribunal de Contas da União ser comunicado do resultado deste julgamento, tudo nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual Extraordinária de 14.12.2022 (00h00) a 14.12.2022 (23h59)”. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6426801>

5 STF, Relator Ministro GILMAR MENDES. ADPF 984/DF, Decisão de 18/07/2022.

A intervenção judicial prudente e moderada justifica-se para promover a atuação coordenada e harmônica das instituições públicas, viabilizando o necessário concerto político. Assim, em controvérsias passíveis de antagonizar Poderes da República e/ou unidades políticas, compete a esta Corte zelar pela integridade das relações jurídico-institucionais e pela intangibilidade do vínculo federativo.

Chama a atenção a profundidade de inovações e medidas heterônomas tomadas em processos de controle concentrado que não se relacionam, ao menos em um primeiro momento, com o seu objeto clássico, impessoal e abstrato.

O objetivo do presente ensaio é tentar apresentar primeiras impressões sobre essa questão: o que vem acontecendo? O que o Supremo Tribunal Federal tem realizado e denominado de consensualidade no controle constitucional concentrado, ou “acordo” no STF?

Não se tratará aqui de soluções consensuais e modos não adjudicativos em geral de solução de problemas jurídicos adotadas em processos que chegam ao STF em grau recursal, já que estes seguem a lógica geral do processo civil, que, inclusive, tem hoje como premissa a solução consensual⁶ (art.3º, §§ 2º-3º, CPC⁷).

O controle concentrado, entretanto, ao menos de início, tem características dialógicas muito próprias, inclusive, em uma perspectiva histórica e comparada, sequer necessariamente ocorrendo pela via judicial em todos os Estados Constitucionais.

Este breve ensaio se divide na tentativa de fornecer subsídios, a partir da questão principal, às respostas aos seguintes questionamentos:

- a) O que é o controle concentrado de constitucionalidade? Ele admite processo e alocação de poder decisório entre agentes que não a autoridade indicada para o controle?
- b) O que está acontecendo, então, nessas situações junto ao STF? Qual a natureza dessa multiplicidade de atos praticados em conjunto com o controle concentrado, ou nele inserido?
- c) Por que isso está acontecendo?
- d) Isso deve acontecer, tendo uma prognose de resultados positiva?

2. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

A primeira questão, que não tem uma resposta única na experiência brasileira e comparada, é qual seria a natureza do controle concentrado ou abstrato de constitu-

6 DIDIER JR., Fredie & FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à justiça multiportas*. 02. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2025, pp.139-143.

7 Art.3º. (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

cionalidade, e, por consequência, se essa natureza admite processo de certificação ou satisfação de interesses durante o controle, ou mesmo inserido neste, e, com isso, a formação dialógica do conteúdo da decisão a ser adotada.

Talvez a base mais primitiva da ideia de controle seja anterior à própria concepção de supremacia constitucional, e parte da percepção geral de que um ato contrário aos padrões de comportamento e regras postos, que inove o quadro de modo “repugnante”, deva ser desconsiderado, ou seja, deva ser “nulo e vazio”.

Isso é referenciado no julgamento do *Dr. Bonhan's Case* pelo *Chief Justice Sir Edward Coke*, no qual restou estabelecido que “*the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void, for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or imposible to be performed, the common law will control it, and adjudge such an Act to the void*”⁸.

Apesar de já se ter aqui uma base de controle “por comparação”, é pertinente o alerta de que ela ainda não guarda relação tão orgânica com o que posteriormente se desenvolveu como controle de constitucionalidade, inclusive pela via judicial⁹.

Isso porque a ideia de controle por constitucionalidade ou inconstitucionalidade, na verdade, tem por pressuposto o reconhecimento, posterior, da existência de *supremacia constitucional*, ou seja, da existência de um conjunto normativo que possui uma eficácia e valor distinto das demais normas editadas e existentes, e que, por isso, deve ser preservada dos desacordos sistêmicos com esses outros atos normativos¹⁰.

A construção do controle pelo *judicial review*, portanto, no modelo norte-americano, tem forte raiz no *paper 78* do Manifesto Federalista¹¹, o qual foi usado como base

8 VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp.47.

9 “Mais uma vez, a história corroborou a melhor interpretação da decisão de Coke, que não insinuava um caminho para o judicial review, conforme leitura que dela fizeram as colônias inglesas da América do Norte, mas culminou com a limitação dos poderes da Coroa e com a consagração da Soberania do Parlamento, que, a bem de ver, consiste na soberania dos atos do Rei no Parlamento” (VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp.47).

10 “Dessarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bitar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional” (MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 02. Ed. São Paulo: saraiva, 2024, pp.7).

11 “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obruam em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem. Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar, fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição

pelo *Justice Marshall* em *Marbury vs Madison*, em que, sinteticamente¹², se debateu se o *Judiciary Act* de 1789 poderia acrescentar competências àquelas da Suprema Corte previstas no artigo III, seção 2, da Constituição dos Estados Unidos da América.

É neste debate que Marshall, após breve exposição¹³, formula a hoje clássica expressão: “thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument¹⁴”.

Estabelecido o *judicial review* nos EUA, um traço marcante do controle de constitucionalidade é a *questão democrática*, ou *questão contramajoritária*, ou o *dilema Madisoniano*, tema que permeia virtualmente toda a construção, crítica e discussão do modelo da revisão judicial¹⁵.

expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, pp.444).

12 Exposição detalhada em VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp.76-96; GODOY, Miguel Gualano de & CHUERI, Vera Karan de. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017, pp.41-103.

13 “The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act.

Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.

Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void” (<https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison>).

14 <https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison>.

15 “A grande questão que dominou os pensamentos dos professores e as discussões acadêmicas sobre o *judicial review* durante a primeira metade do século XX (podendo-se dizer, tranquilamente, que os debates continuam

O debate é centrado na ideia do Poder Judiciário poder afastar a aplicação de um ato praticado por outro Poder, especialmente o Poder Legislativo, e traz em si um potencial conflito entre a garantia da supremacia constitucional e a preservação do princípio democrático.

O problema contramajoritário, na verdade, espelha a tensão entre a democracia, entendida como exercício direto pelo povo do autogoverno, e a reserva de controle de compatibilidade de algo com a Constituição sob algum viés técnico, o que, por natureza, traz um perfil restritivo de tratamento e análise, e, por consequência, “elitista”.

Isso denota que a discussão sempre será um problema relativo à representatividade e *accountability*, ou seja, aos modos de exercício e compreensão da democracia¹⁶; até porque democracia, em uma visão atual, não é (e não pode ser) o governo de todos, mas sim uma garantia de representatividade¹⁷, no que se denomina democracia representativa¹⁸.

Trata-se, portanto, de uma grande questão política, com interessantes argumentos sobre defesa e crítica ao *judicial review* e seu caráter democrático, podendo se

até os dias atuais) diz respeito à dificuldade contramajoritária enfrentada pela noção de controle judicial de constitucionalidade. Significa dizer que ocorreu um crescente processo de tomada, ou retomada, de consciência acerca do fato de o sistema admitir que juízes não eleitos democraticamente pelo povo pudessem invalidar as leis editadas pelos órgãos eleitos pela população para governar o país” (VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp.100).

16 “Repito: a democracia é um conceito interpretativo. Há discordância acerca do que ela significa. Para escolher entre as concepções rivais, devemos localizar aquele valor ou conjunto de valores que melhor seja capaz de explicar – se é que tal explicação é possível – o que ela tem de bom” (DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp.584-585).

17 “A noção fundamental da política moderna é a de representação, não a de democracia. Num Estado moderno, o poder é delegado. É entregue a um grupo menor de pessoas que o exercem em nome do grupo maior, que dá seu aval a isso: autoriza, legitima, mas também vive sob o poder do grupo menor e com as consequências disso (RUNCIMAN, David. *Confrontando o Leviatã: uma história do pensamento político moderno*. São Paulo: Todavia, 2023, pp.93).

18 “Por um lado, a concepção de que, em nome e em lugar do povo, devem estar representantes seus. Estes são capazes de servir ao interesse do próprio povo melhor do que este, que não tem a capacidade política. Nisso transparece, nítido, um elemento aristocrático. Capaz do que não é o povo, o representante não deve seguir instruções do povo, mas, sim, a própria razão. Este é que deve ditar a sua conduta, a sua palavra, o seu voto. Assim, a relação de representação é de *imputação*; ao representado – o povo – imputa-se a vontade do corpo de representantes (representação-imputação). Não uma relação de *expressão*, em que o corpo de representantes exprime a vontade do povo, ou de seus segmentos (representação-expressão)” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade: ensaios sobre a (in)governabilidade brasileira*. 02. Ed. São Luís: Resistência Cultural, 2025, pp.108).

citar os trabalhos de Alexander Bickel¹⁹, Ronald Dahl²⁰, Richard Pildes²¹, Cass Sunstein e

- 19 Bickel tenta construir uma teoria da “contenção” do *judicial review*, fixando como requisitos para sua realização, sem ofensa ao princípio democrático, que (a) se trate de ofensa “clara” (“a statute could be struck down as unconstitutional only “when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one,—so clear that it is not open to rational question”), que (b) os parâmetros sejam “neutros e universais” (“they do, however, demonstrate the utility of the principle of the neutral principles, the rule, in Justice Frank furter’s words, that the Court must not “sit like a kadi under a tree dispensing justice according to considerations of individual expediency”), e que (c) o controle só se dê em tempo e modo absolutamente necessários e convenientes, devendo o Tribunal exercer as “virtudes passivas” (“it follows that the techniques and allied devices for staying the Court’s hand, as is avowedly true at least of certiorari, cannot themselves be principled in the sense in which we have a right to expect adjudications on the merits to be principled. They mark the point at which the Court gives the electoral institutions their head and itself stays out of politics, and there is nothing paradoxical in finding that here is where the Court is most a political animal”) (BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 02. Ed. New Haven: Yale Press, 1986, pp.35; 55; 132).
- 20 Dahl, por sua vez, não enxerga grande controvérsia na questão contramajoritária, argumentando, a partir de um estudo de casos (em uma amostragem, entretanto, limitadora), que a Suprema Corte está inserida no contexto político, com seu papel específico (“for it is also a political institution, an institution, that is to say, for arriving at decisions on controversial questions of national policy. As a political institution, the Court is highly unusual, not least because Americans are not quite willing to accept the fact that it is a political institution and not quite capable of denying it; so that frequently we take both positions at once”), e que esta, em suas decisões, em regra está, de algum modo, alinhada a um pensamento majoritário, mesmo que de médio prazo, sendo que, historicamente, salvo alguns pontos de tensionamento, pouca ou nenhuma contraposição se verificou entre suas decisões e a “maioria nacional”, existindo, no máximo, um desajuste temporário, resolvido com o passar de tempo relativamente curto (“few of the Court’s policy decisions can be interpreted sensibly in terms of a “majority” versus a “minority.” In this respect the Court is no different from the rest of the political leadership. Generally speaking, policy at the national level is the outcome of conflict, bargaining, and agreement among minorities; the process is neither minority rule nor majority rule but what might better be called minorities rule, where one aggregation of minorities achieves policies opposed by another aggregation”) (DAHL, Ronald. *Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker*. <http://epstein.usc.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf>, pp.279; 294).
- 21 Pildes apresenta interessante crítica ao trabalho de Dahl, demonstrando que seu estudo de caso, por muito limitado, acaba restrito a questões federativas, e não entende corretamente o papel de contenção ou “atraso” que a Suprema Corte exerceu e pode exercer em questões políticas e de valor profundas, como o *New Deal*. Pode-se assim resumir seu ponto: “Dahl’s effort to situate the Court in the larger political context in which it inevitably operates provided a necessary corrective to overly romanticized images of the Court as a wholly autonomous institution capable of protecting any minority interest or group against the forces of majoritarian democracy. But current majoritarians have gone too far in the other direction. In dismissing out of hand Bickel-like concerns as naive or passe, they present the Court as so tightly cabined in by “majoritarian forces” as to be little more than a reflection of pre-existing majoritarian preferences. Judicial review can be defended, of course, on many different moral grounds. But today’s majoritarians do not mount those kind of defenses; instead, they argue no need for such defenses exist because judicial review, like democracy itself, is essentially a majoritarian institution. In pushing this view as far as they have, today’s majoritarians risk complacency about the extent to which judicial review and democratic self-government remain in deep tension, both as a descriptive and a moral matter” (PILDES, Richard. *Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?* in: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251, 2011, pp.13-14).

Adrian Vermeule²², Ronald Dworkin²³ e Jeremy Waldron²⁴.

Talvez toda essa rica discussão possa ser sintetizada na famosa frase de Bickel, inspirada no Texto 78 de “O Federalista”: “the least dangerous branch of the Amer-

- 22 “Muitos dos argumentos mais conhecidos em favor do controle de constitucionalidade, incluindo os do caso *Marbury*, ignoram considerações institucionais. Eles ignoram o risco de erro judicial e a possibilidade de consequências dinâmicas. No Direito americano, o presidente da Suprema Corte John Marshall pode até ser considerado o criador ou o fundador do tipo de cegueira institucional que criticamos” (SUNSTEIN, Cass & VERMEULE, Adrian. *Interpretação e instituições*. In: LEAL, Fernando (org.). *Capacidades institucionais: teoria, aplicação e críticas*. São Paulo: JusPodivm, 2026, pp.73).
- 23 Dworkin compreende o controle judicial como uma expressão necessária do caráter democrático de uma sociedade, porque permite a um cidadão, mesmo discordando do consenso ou da maioria, buscar direta e individualmente a proteção dos direitos morais que entende lhe serem devidos, e ter o direito a uma apreciação equitativa e uma resposta; para ele, portanto, antes de um caráter contramajoritário, o *judicial review* é expressão do princípio democrático, em uma concepção comunitária e não meramente majoritária de democracia (“a participação moral acarreta uma reciprocidade: um indivíduo não pode ser um membro a menos que seja tratado pelos outros como tal, ou seja, a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as consequências da mesma decisão para a vida de todas as outras pessoas. Assim, a concepção comunitária de democracia explica uma intuição que muitos têm: A ideia de que uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e perspectivas de um indivíduo não é só injusta como ilegítima”; “assim, mesmo quando seus pontos de vista são derrotados, ele pode considerar-se unido aos outros num esforço conjunto para resolver essas questões. Seria diferente, porém, se a maioria se arrogasse o direito de decidir o que ele deveria pensar ou dizer acerca dessas decisões, ou quais deveriam ser os ideais ou valores a orientá-lo na hora de votar ou de decidir o que fazer com os recursos que lhe foram atribuídos, a pessoa que acredita deter a responsabilidade pelos valores centrais de sua vida não pode entregar essa responsabilidade a um grupo, mesmo que disponha de um voto igual aos outros nas deliberações desse grupo. Portanto, a comunidade política verdadeira é uma comunidade feita de agentes morais independentes”) (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006 38-40).
- 24 Waldron é crítico da supremacia judicial indiscriminada, ainda que admita a necessidade pontual e justificada do controle judicial, entendendo que não existem questões de princípios ou “desacordo morais” que não possam ser debatidos na arena política, e que, por isso, sendo tomadas as decisões, inclusive nas Cortes, por maioria de votos, nada justifica a prevalência desse critério numérico em um órgão formado sem *accountability* em oposição ao mesmo critério numérico de formação de maioria e sentido no Parlamento, em que existe o periódico exame eleitoral de responsabilidade e concessão de legitimidade democrática (“não busquei demonstrar que a prática de revisão judicial de legislação é inapropriada em todas as circunstâncias. Na realidade, tentei demonstrar o porquê de a revisão judicial baseada em direitos ser inapropriada para sociedades razoavelmente democráticas cujo principal problema não é o de ter instituições legislativas disfuncionais, mas de haver discordância entre seus membros sobre direitos. Divergências sobre direitos não são irrazoáveis, e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda assim estarem levando direitos a sério. Nessas circunstâncias, elas precisam adotar procedimentos para resolução das divergências, procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – em seus milhões – cujos direitos estão em jogo nessas divergências; procedimentos que as tratem como iguais no processo. Ao mesmo tempo, elas precisam garantir que esses procedimentos enfrem, de maneira responsável e deliberativa, as questões árduas e complexas que as divergências sobre direitos suscitam. Os procedimentos legislativos ordinários conseguem fazer isso, eu argumentei, e uma camada adicional de revisão final pelas cortes acrescenta pouco ao processo, a não ser a adição de uma forma um tanto quanto insultante de marginalização eleitoral e de obscurecimento legalista das questões morais em jogo em nossas divergências sobre direitos.”) (WALDRON, Jeremy. *O cerne da posição contrária à revisão judicial*. Revista Direito GV. São Paulo. V.18. n.2. 2022, pp.61-62).

ican government is the most extraordinarily powerful court of law the world has ever known²⁵”.

Tudo isso serve para se fixar, de logo, que a questão do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, nos EUA, tem um forte componente político democrático, se inserindo no jogo de forças e arranjos institucionais entre os Poderes da República, e no quanto esses representam a coletividade e possuem responsabilidade político-democrática junto a ela.

Na outra perspectiva, a construção dos parâmetros de controle de constitucionalidade, na matriz europeia, se dá a partir de Hans Kelsen, que delineia o modelo em Conferência proferida em Paris em 1928²⁶. Os estágios iniciais de discussão, ainda, incluem a divergência, em polêmica com Carl Schmitt²⁷, quanto ao fundamento da legitimidade do controle²⁸.

O modelo de jurisdição constitucional europeia é construído a partir não necessariamente da proteção do fundamento democrático e da soberania popular (ainda que não o ignore), mas da necessidade sistêmica de preservação da supremacia constitucional (a modificação de conteúdo constitucional não pode ser efetuada do mesmo modo que a sua aplicação pela derivação legal²⁹), garantia do direito das minorias (a maioria determina a legislação, mas precisa adesão da minoria para alteração de pontos críticos³⁰) e proteção do equilíbrio federativo (é preciso respeitar os limites de competência de cada esfera de poder, por meio de um árbitro de controvérsias³¹).

25 BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 02. Ed. New Haven: Yale Press, 1986, pp.1.

26 KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. DIREITO PÚBLICO Nº 1 – Jul-Ago-Set/2003, pp.90-130. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1401>

27 Já prenunciada em SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, pp.137-141.

28 GRIMM, Dieter. Direito ou política? A controvérsia Kelsen-Schmitt sobre a jurisdição constitucional e a situação atual. *Jurisdição constitucional e democracia: ensaios escolhidos*. São Paulo: Contra Corrente, 2023. Locais do Kindle 1461-3560. Edição do Kindle.

29 “Uma Constituição à qual falta a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é, no sentido técnico, plenamente obrigatória. Embora, geralmente, não se tenha consciência disso – porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tal consciência –, uma Constituição em que os atos inconstitucionais e, particularmente, as leis inconstitucionais permanecem igualmente válidos – não permitindo sua inconstitucionalidade que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um desejo desprovido de força obrigatória. (...) A Constituição, sem dúvida, reza e pretende que as leis só podem ser elaboradas desta e daquela maneira e não devem ter este ou aquele conteúdo; mas, admitindo que também serão válidas as leis inconstitucionais, na realidade a Constituição significa que as leis podem ser elaboradas de outra maneira e que seu conteúdo pode ultrapassar os limites por ela postos; p pois, também as leis inconstitucionais só podem ser válidas em virtude de uma regra da Constituição; também elas devem ser, de alguma maneira, constitucionais, já que são válidas” (KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. DIREITO PÚBLICO Nº 1 – Jul-Ago-Set/2003, pp.126-127)

30 “Ao garantir a feitura constitucional das leis e, em especial, sua constitucionalidade material, a justiça constitucional é um meio eficaz de proteção da minoria contra as extrapolações da maioria. A dominação dessa só se torna suportável quando exercida dentro das regras. A forma constitucional especial, que consiste habitualmente em que a revisão da Constituição dependa de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só poderão ser resolvidas mediante entendimento com a minoria: a maioria simples não tem – em certas matérias, pelo menos – o direito de impor sua vontade à minoria.” (KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. DIREITO PÚBLICO Nº 1 – Jul-Ago-Set/2003, pp.127-128).

31 “Toda violação das fronteiras assim traçadas pela Constituição é uma violação da lei fundamental do Estado federal; a proteção desse limite constitucional entre as competências da Confederação e as dos Estados- membros é uma questão política vital, nitidamente percebida como tal no Estado federal, em que sempre se travam lutas

Kelsen, então, formula o modelo de controle concentrado ou abstrato, de aferição de compatibilidade sistêmica da norma à Constituição em si mesmas. E indica que, neste modelo, o controle deve se dar como um incidente próprio (ou seja, fora do processo judicial), junto a um órgão específico, o Tribunal Constitucional³².

O Poder Judiciário, portanto, não trata da inconstitucionalidade, mas remete à Corte Constitucional, órgão político, especial, autônomo e com regras de composição próprias, o tratamento desta questão.

E, tratando do tema em caráter abstrato, direto, pelo cotejo amplo e não localizado em conflito fático, o Tribunal Constitucional exerce uma função muito mais próxima do poder de legislar que do poder de julgar³³, ainda que na função de legislador por inferência negativa, ou por retirada de veículo normativo do sistema³⁴.

Nesta função legislativa, apenas por criação decorrente da retirada de um outro ato criativo anteriormente posto, se tem um exercício limitado e estável de integração do sistema normativo posto, sem possibilidades de substituição da função legislativa típica³⁵.

apaixonadas pela competência. Mais do que em qualquer outro sistema, percebe-se a necessidade de haver uma instância objetiva para resolver de modo pacífico essas lutas, um tribunal ao qual possam esses litígios ser submetidos como problemas de ordem jurídica e como tais serem dirimidos, ou seja, um tribunal constitucional; pois toda violação da competência da Confederação por um Estado membro, ou da de Estados-membros pela Confederação, é uma violação da Constituição federal, a qual faz da Confederação e dos Estados-membros uma unidade global.” (KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. DIREITO PÚBLICO Nº 1 – Jul-Ago-Set/2003, pp.129).

32 “Certamente, justifica-se sob todos os aspectos a centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais. Mas, uma vez entregue esse controle a uma autoridade única, pode-se trocar o sistema da anulação em concreto pelo da anulação total, ou seja, para todos os casos em que se deveria aplicar a norma. Escusado dizer que tão considerável poder só deve ser entregue a uma instância central suprema” (KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. DIREITO PÚBLICO Nº 1 – Jul-Ago-Set/2003, pp.104).

33 “Tal argumento, entretanto, revelar-se-á muito problemático se considerarmos que o órgão encarregado de anular as leis inconstitucionais, ainda quando organizado como um tribunal – com membros independentes– não exerce realmente uma função jurisdicional” (KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. DIREITO PÚBLICO Nº 1 – Jul-Ago-Set/2003, pp.108).

34 “E anular uma lei equivale a ditar uma norma geral: a anulação de uma lei possui o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, sendo uma elaboração com valor negativo e, portanto, uma função legislativa. Destarte, o tribunal que tem o poder de anular leis é um órgão do poder legislativo. Assim, pode-se considerar a anulação das leis por um tribunal tanto uma distribuição do poder legislativo entre dois órgãos quanto uma ingerência no poder legislativo” KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. DIREITO PÚBLICO Nº 1 – Jul-Ago-Set/2003, pp. 109.

35 “Caberia, no máximo, examinar se o fato de a anulação das leis ser, ela também, uma função legislativa, não poderia acarretar certas consequências particulares em relação à composição e nomeação dos membros dessa instância. Mas, na realidade, tal não ocorre, pois todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo praticamente não têm mais peso quando se trata de anulação das leis. Aí aparece claramente a distinção entre a elaboração das leis e sua simples anulação. Essa anulação ocorre, no essencial, em aplicação das normas da Constituição. Nesse ato está quase totalmente ausente a liberdade de criação que caracteriza a legiferação. Enquanto o legislador só está vinculado à Constituição pelas normas processuais e, só excepcionalmente, pelo conteúdo das leis que deve ditar, devendo observar apenas princípios ou diretrizes gerais, a atuação do legislador da jurisdição constitucional, do legislador negativo, é totalmente determinada pela Constituição” (KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. DIREITO PÚBLICO Nº 1 – Jul-Ago-Set/2003, pp.109-110).

O Tribunal Constitucional, assim, é, em essência, uma expressão da função legislativa, de exercício peculiar e decorrente³⁶, ao contrário do modelo americano de controle de constitucionalidade, baseado no caso concreto, na supremacia da vontade constitucional originária e na tensão com o arranjo democrático.

O sistema europeu de controle de constitucionalidade resulta em um ato com valor legislativo, que cria ou modifica estatuto jurídico, ainda que por contraposição a uma norma positiva anteriormente editada pelo Poder Legislativo ou mesmo pelo Poder Executivo, pela “criação por controle” ou retirada da lei prévia inconstitucional do sistema, por sua nulidade ou anulabilidade, questão relevante também enfrentada por Kelsen.

Além disso, o sistema europeu de controle comportou, na sua origem, como dito, polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt, por conta do fundamento de legitimidade da supremacia constitucional, se isso viria da aderência à Norma Fundamental, na teoria do ordenamento de Kelsen, ou ao ato político fundador, pela concepção de Schmitt³⁷.

No que interessa diretamente, ainda, ao presente ensaio, é importante a colocação de Schmitt de que os Tribunais Constitucionais são instâncias políticas, e que controvérsias constitucionais verdadeiras serão sempre controvérsias políticas³⁸, e não estritamente jurídicas ou, de modo ainda mais restrito, judiciais, ou redutíveis à análise judicial³⁹.

36 “Cumprir destacar que, para Kelsen, o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2026, pp.14).

“O recurso à Corte Constitucional, no controle concreto de normas, assemelha-se, na estrutura e finalidade, ao *refere legislatif* dos primeiros anos da Revolução Francesa, quando se exigia que o juiz suspendesse o processo e solicitasse do órgão legislativo uma explicação oficial, com valor de interpretação autêntica, em caso de dúvida ou obscuridade da lei. Assim, a estrutura do *refere legislatif*, concebido historicamente como antídoto contra eventuais intromissões dos juizes nas questões políticas, parece ter sido utilizada no controle concreto de normas” (MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 02. Ed. São Paulo: Saraiva, 2024, pp.83).

37 “Schmitt recusava-se a entregar para o Judiciário as decisões políticas, ao passo que Kelsen não aceitava que o cumprimento da Constituição se desse ao bel-prazer da Política: nisso residia a controvérsia estabelecida entre esses antípodas, cada um com sua razão” (GRIMM, Dieter. *Direito ou política? A controvérsia Kelsen-Schmitt sobre a jurisdição constitucional e a situação atual. Jurisdição constitucional e democracia: ensaios escolhidos*. São Paulo: Contra Corrente, 2023. Locais do Kindle 2058-2060. Edição do Kindle).

38 “Pero semejante Tribunal, con la misión de decidir todos los litigios de interpretación de las leyes constitucionales, sería en realidad una alta instancia política, por cuanto también – y sobre todo tendría que decidir aquellas dudas e divergencias de opinión que resultan de las singularidades de los compromisos dilatorios, y, por cierto, teniendo que adoptar la decisión objetiva aplazada por el compromiso” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, pp.175).

39 “Portanto, é “mais honesto” confiar tais decisões a uma instância política do que a uma instância judicial. Em seguida, vem a conhecida frase, repetida em todas as publicações subsequentes: “Caso contrário, existe o perigo de que, em vez de uma judicialização da política, sobrevenha uma politização do Judiciário”” (GRIMM, Dieter. *Direito ou política? A controvérsia Kelsen-Schmitt sobre a jurisdição constitucional e a situação atual. Jurisdição constitucional e democracia: ensaios escolhidos*. São Paulo: Contra Corrente, 2023. Locais do Kindle 1587-1589. Edição do Kindle).

É um modelo que, apesar de ter uma estrutura de institucionalização e funcionamento típica de um Tribunal, não irá atuar, como visto, em um necessário exercício de jurisdição, em sua forma mais típica.

Essa exposição comparada, apesar de extensa, serve para apontar que o controle de constitucionalidade é antes um necessário fenômeno político-sociológico do Estado Constitucional, não necessariamente um fenômeno judiciário; na verdade, como narrado no caso do *Chief Justice Coke* e do Dr. Bonhan, sequer necessariamente um Estado de Direito precisa ter tal mecanismo de garantia institucional⁴⁰.

A máxima de que um ato contrário ao corpo jurídico da coletividade é repugnante, “*null and void*”, não leva necessariamente a sua definição em um conflito de interesses. E esse conflito, se existente, *não precisa* ser resolvido em juízo, ou, como brevemente exposto pelas críticas à questão contramajoritária, muitos acham que *não deve* ser resolvido em juízo, em diversos locais e momentos⁴¹.

Diante destes fatos, resta claro que o controle de constitucionalidade não é necessariamente judiciário ou decorrente do exercício da função judicial, em suas concepções originais, mas antes (a) uma função legislativa, restrita a atuação por revisão, ou (b) um instrumento de garantia da vontade democrática, parte dos arranjos entre minoria, maioria, vontade constituinte e vontade popular; é, por excelência, um processo político de formação de sentido.

A primeira conclusão, portanto, é que o controle de constitucionalidade, mesmo quando exercido dentro da estrutura do Poder Judiciário, como é o caso do Brasil, mesmo quando exercido a partir de um caso concreto (*stare decisis*), não trata, quando geral e abstrato, de função jurisdicional, mas sim de função político-legislativa⁴².

40 “Em perspectiva comparada, há diferentes arranjos de controle de constitucionalidade, como também a ausência deste em determinados países, o que, de uma maneira ou de outra nos remete ao caso *Marbury v. Madison*” (GODOY, Miguel Gualano de & CHUERI, Vera Karan de. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017, pp.110).

41 “Caso pareça estranho que o controle jurisdicional não precise fazer parte da trama constitucional americana, uma leitura dos materiais históricos deve dissipar essa sensação. (...) O Judiciário simplesmente não tinha nada a ver com isso e estariam agindo como intrusos se tentassem criticar a decisão do legislativo. (...) De acordo com Kramer, os limites constitucionais seriam aplicados não por meios judiciais, mas em decorrência de instituições republicanas e do próprio compromisso dos cidadãos com a sua carta magna” (SUNSTEIN, Cass & VERMEULE, Adrian. Interpretação e instituições. In: LEAL, Fernando (org.). *Capacidades institucionais: teoria, aplicação e críticas*. São Paulo: JusPodivm, 2026, pp.74-75).

42 “O primeiro deles é em relação à jurisdição como função da tutela de interesses. É de saber que na fiscalização em abstrato de normas jurídicas, a Corte Constitucional debruça-se sobre a tutela da própria ordem constitucional objetiva, daí o conceito de causa de pedir aberta e o alcance subjetivo e objetivo dos efeitos da sentença constitucional. Posto isso, não se fala de tutela de interesses subjetivos, mas de interesses em relação às expectativas normativas da sociedade e a busca pela estabilização dessas expectativas. É a natureza dessa tutela o cerne da função jurisdicional constitucional: a decisão com base no direito objetivo, em busca da solução constitucional adequada ao ordenamento constitucional” (MAZARELLO, Guilherme. *Processo constitucional contemporâneo: técnicas, efeitos e tutelas*. São Paulo: JusPodivm, 2025, pp.107).

É óbvio que isso não significa que a compreensão dos julgadores sobre o tema não seja preenchida por questões objetivas, fatos, arranjos institucionais, perspectivas, predições e temas correlatos (como o efeito *backlash*⁴³, por exemplo), mas não se trata de agir em casos específicos, ou para solucionar casos específicos.

Ocorre que casos específicos podem e são resolvidos como consequência político-institucional da ação do controle concentrado. Esses julgamentos têm forte impacto na sociedade e nos próprios atores estatais, que, por isso, possuem muitas vezes enorme interesse no resultado, frequentemente um interesse muito maior que aquele decorrente de um processo judicial regular do qual seja parte⁴⁴. É esse ponto que será agora tratado.

3. O QUE TEM ACONTECIDO NO PROCESSO CONSTITUCIONAL?

O que tem acontecido, nesses casos, no Supremo Tribunal Federal?

O que parece seguro dizer, ao menos até o momento, é que não se observa uma mudança *no ato* de controle de constitucionalidade em si mesmo, ou seja, na aferição de compatibilidade constitucional como narrada no tópico anterior⁴⁵.

Continua prevalecente a concepção de que este ato é estranho à formação de sentidos por consensos ou disponibilidades de direitos e interesses por parte de terceiros⁴⁶, já que, como exposto, não se trataria do exercício da função estatal de resolução de conflito entre sujeitos envolvidos na dialógica daquele processo em curso no STF.

43 “I am in the process of writing a book on the backlash phenomenon: Court decisions on highly charged issues that produce massive resistance to ruling, arguably set back the cause that the decision seems to advance, at least in the short term, and possibly have larger, often unpredictable effects on politics as well” (KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash*. Hart Lecture at Georgetown Law Center, March 31, 2011. https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture?utm_source=scholarship.law.georgetown.edu%2Fhartlecture%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, pp.2)

44 “A função de desenvolver o direito não exclui a de esclarecer as situações em que o direito comporta outras vias, ainda que seja apenas para responder ao pluralismo, evitando que as pessoas possam imaginar que perderam definitivamente, quando a questão ainda está em sob discussão e gera sérios desacordos, inclusive no Judiciário. É verdade que Sunstein, quando se refere a importância de não aprofundar teoricamente os princípios constitucionais diante dos desacordos morais razoáveis, alude a circunstância de que a parcela da população vencida, num caso em que decide o necessário, perdem menos: *they lose a decision, but not the world*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. 03. Ed. São Paulo: Thonson Reuters, 2023, pp.218-219).

45 “1. Cabe conciliar em qualquer caso submetido ao STF? Não. A autocomposição só é admitida quando adequada à solução da controvérsia constitucional. No controle concreto, são possíveis acordos em processos estruturais. Já no controle concentrado e abstrato, admite-se o acordo concreto no controle abstrato, referente a aspectos fáticos e situações concretas específicas no âmbito da ADI, ADC, ADPF autônoma” (DELLÊ, Fábio. Em defesa dos acordos no STF como técnica processual adequada. *JOTA*, 04/08/2025.).Em defesa dos acordos no STF como técnica processual adequada).

46 Isso, inclusive, resta bem claro no Projeto de Lei de Código de Processo Constitucional (PL n. 3.640/2023), que, em seu art. 55, § 2º, deixa claro que o acordo não pode ter por objeto a convalidação de ato normativo ou legislação inconstitucional.

O que se vem observando, entretanto, e já é catalogado por vários autores⁴⁷, é a ocorrência, durante o processo constitucional, de vários outros atos com aparência típica de atos processuais regulares, sejam (a) atos de auxílio, formação de sentido e fornecimento de subsídios para a decisão constitucional; (b) atos laterais de arranjo institucional para tornar mais eficaz ou mitigar os efeitos sobre os agentes políticos das decisões sobre controle de constitucionalidade; (c) atos que demandam colaboração de agentes, especialmente políticos, seja por (c1) deferência a juízos e julgamentos de questões que envolvam elementos técnicos e de cognição restrita; (c2) demanda por colaborações técnicas no fornecimento de substratos para a decisão constitucional; (c3) determinação de comportamentos a serem adotados por agentes para efetivação das tutelas constitucionais, como elaborações normativas, atos técnicos de aplicação e acompanhamento e controle de medidas de ordem concreta.

A Resolução 790/2022 do STF, neste sentido, cria órgãos e fixa procedimentos para a adoção de parte dessas providências extraordinárias⁴⁸, e é possível citar iniciativas como *negócios jurídicos processuais*, *exercício do federalismo cooperativo*, *ações coletivas* e *processos repetitivos*, *prevenção ao ajuizamento de ações de controle de constitucionalidade*, *deferência judicial* e *não-decisão*⁴⁹.

Além destes, diversos outros instrumentos podem ser elencados, como as sentenças *deferentes*, *exortativas* e *opinativas*⁵⁰, e até mesmo o instituto, já antigo, da modulação dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade, previsto no art. 27, lei 9.868/99⁵¹.

Também se tem o recurso às audiências públicas, cada vez mais frequente, e, de modo cada vez mais presente, o uso reiterado das ordens de adoção de comportamen-

47 DIDIER JR., Fredie & FERNANDEZ, Leandro. *A justiça constitucional no sistema brasileiro de justiça multiportas*, Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 50, n. 154, Junho, 2023; MAZARELLO, Guilherme. *Processo constitucional contemporâneo: técnicas, efeitos e tutelas*. São Paulo: JusPodivm, 2025; ABOUD, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: RT, 2025.

48 “O arranjo institucional estabelecido pela Resolução nº 790/2022 coloca em relevo três aspectos: a) a solução de problemas estruturais geralmente exige uma abordagem distinta da tradicional, com a realização de atos de cooperação judiciária e a adoção de técnicas de conciliação e mediação; b) a complexidade dos casos submetidos a mediações e conciliações no Supremo Tribunal Federal aconselha, em muitas hipóteses, o emprego de mecanismos de cooperação, inclusive de natureza interinstitucional; c) em processos estruturais, técnicas de conciliação e mediação muitas vezes são necessárias para a realização de uma espécie de negociação para efetivação da decisão estrutural de inconstitucionalidade” (DIDIER JR., Fredie & FERNANDEZ, Leandro. *A justiça constitucional no sistema brasileiro de justiça multiportas*, Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 50, n. 154, Junho, 2023, pp.158-159).

49 DIDIER JR., Fredie & FERNANDEZ, Leandro. *A justiça constitucional no sistema brasileiro de justiça multiportas*, Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 50, n. 154, Junho, 2023, pp.159-170.

50 MAZARELLO, Guilherme. *Processo constitucional contemporâneo: técnicas, efeitos e tutelas*. São Paulo: JusPodivm, 2025, pp.121-142.

51 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

tos futuros pelos agentes, especialmente políticos, envolvidos no arranjo institucional decorrente do objeto do controle concentrado, no que se pode chamar de decisões *exortativas*, de *aconselhamento* ou *recomendação*⁵².

Isso tem sido prática, inclusive, quanto à exortação para a realização de atos legislativos/normativos por parte do Poder Legislativo, como se deu na ADPF 984, julgada em conjunto com a ADI 7191, já citada. Esta técnica, ainda que interessante, traz sempre o risco do seu baixo grau de cogência, e, na inércia dos “admoestados” ou “delegatários” dos atos a serem praticados, se transformar em mero *wishful thinking*⁵³ sem qualquer efeito real.

Também tem cada vez mais lugar a prática da deferência judicial ou não-decisão de questões técnicas, respeitando o STF decisão anteriormente adotada por agente especializado (como o CADE ou o TCU), ou delegando expressamente a estes agentes a prática de pelo menos parcela do ato a ser implementado, no que concerne ao conteúdo técnico específico⁵⁴.

O quadro assim traçado nos permite enxergar, em paralelo ao clássico controle de constitucionalidade (que segue sendo objetivo, tendo por base a ordem constitucional e a proteção das expectativas normativas gerais da sociedade de uma ordem constitucional estável, sem tutela de interesses subjetivos⁵⁵), um comportamento, por parte do STF, de arranjos institucionais complexos, ou *complex enforcement*, angariando compromissos dos agentes e instituições políticas “envolvidos” na questão sob controle, na linha do que fez a Corte *Warren* durante o Movimento pelos Direitos Civis nos EUA⁵⁶.

52 “No sentido da consolidação de técnicas não coercitivas, tem-se defendido que a jurisdição, no direito processual contemporâneo, deve abranger em alguma medida a *função de aconselhamento* ou *recomendação*. São opiniões não vinculativas, mas emitidas pelo Judiciário, para os seus destinatários, mas que, por vezes, pode ser poderoso instrumento de consecução de direitos porque atua como alternativa às decisões impositivas (adjudicatórias), a partir da utilização de *obter dicta*” (CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021, pp.406).

53 “Todas essas técnicas não coercitivas ou puramente exortativas de uma conduta de outros atores políticos, vale dizer, não são obrigatórias para seus destinatários, e, muitas vezes, deixam que uma situação de desconformidade perdure (não sendo assim solucionada pela decisão). São recomendações, utilizadas como alternativas, em caráter subsidiário, mas que, por vezes, serão preferíveis a outras articulações menos cogentes e mais dialógicas para obter-se a implementação dos direitos, ainda que em ritmo mais compassado, com mínimo risco de disrupção institucional” (CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021, pp.405).

54 Rogério Pacheco Alves e Michelle Bruno Ribeiro analisam a aplicação desse argumento pelo Supremo Tribunal Federal, apontando diversos casos, como, por exemplo, a obrigatoriedade ou não do fornecimento de medicamentos pelo Estado a partir da determinação da ANVISA (RE 657.718), e casos envolvendo o CADE (RE 1.083.955) e as Cortes de Contas (RE 638.115) (ALVES, Rogério Pacheco & RIBEIRO, Michelle Bruno. *A teoria das capacidades institucionais na jurisprudência do supremo tribunal federal: análise crítica de seus usos e dos problemas daí resultantes*. Revista Estudos Institucionais, v. 11, n. 1, p. 195 - 216, jan./abr. 2025, pp.195-216).

55 MAZARELLO, Guilherme. *Processo constitucional contemporâneo: técnicas, feitos e tutelas*. São Paulo: JusPodivm, 2025, pp.107.

56 “For an entire decade, the Warren Court took on the full burden of institutional leadership. *Brown* had disrupted established party alignments, and it would take lots of political struggles before Congress, the president, and

Tudo isso tem ocorrido e se integrado ao processo de controle concentrado de constitucionalidade, em paralelo ao eventual juízo de constitucionalidade de atos ou normas, ou, até mesmo, como exposto, como medidas para que a Corte Constitucional não chegue a apreciar a própria constitucionalidade do ato ou norma.

4. POR QUE TEM ACONTECIDO?

A questão do porquê isso tem acontecido tem uma resposta básica e outras contextuais.

A básica é que o controle de constitucionalidade exercido pelo STF é um fato político inserido em um contexto social e econômico, e, por isso, não pode ser considerado um ato “puro e neutro” praticado fora de circunstâncias que afetam e são afetadas por toda uma gama de fatos, comportamentos, agentes e expectativas, legítimas e ilegítimas.

Toda a exposição efetuada no primeiro tópico deste ensaio evidencia esse caráter político do controle de constitucionalidade, que, por isso, não ocorre fora do espaço e do tempo, e, mais, ainda que tenha objeto abstrato, profere decisão com enorme impacto na sociedade.

Esse papel político da Corte, por sua vez, diante dos desafios atuais, exige a consideração de que o *fato* do exercício do controle de constitucionalidade se dá dentro do seu contexto político-institucional, ou seja, como parte da construção do projeto político nacional⁵⁷.

Nessa perspectiva, é preciso ter em mente que o papel do STF, nesses casos, deve ir além da simples decisão do controle concreto⁵⁸, com a adoção de procedimen-

the American people were prepared to render final judgment on the questions of principle that the Court had placed on the constitutional agenda. (...) The enactment of the landmark statutes transformed the Court's basic situation. Its new challenge was to participate constructively in a joint project with the political branches and the executive agencies to redeem the egalitarian objectives defined by the president and Congress in the name of the American people" (ACKERMAN, Bruce. *The civil rights revolution: We the people*, volume 3. Cambridge: Harvard University Press, 2014, pp.229).

57 “Seria até mesmo inocência ignorar que a jurisdição constitucional é por vezes a única “válvula de escape” de temas políticos controversos que ou são ignorados, ou se transformam em leis perigosas do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais. Quando a possibilidade de que uma tal legislação seja declarada inconstitucional se torna real, os atores políticos tendem a se tornar mais receptivos à ideia de construções dialogadas” (ABBOUD, Georges. Acordos no Supremo Tribunal Federal são bons, e eu posso provar. Revista Consultor jurídico, 27/08/2024. <https://www.conjur.com.br/2024-ago-27/acordos-no-stf-sao-bons-e-eu-posso-provar/>)

58 “É verdade que a expulsão da norma inconstitucional nem sempre é capaz de eliminar a totalidade do debate constitucional que fora pano de fundo da decisão, como ocorre, por exemplo, com o efeito *backlash*, em que o parlamento edita norma de conteúdo idêntico àquela norma declarada inconstitucional. Mas igualmente certo o efeito deletério eventualmente imposto ao debate constitucional. Daí por que a busca por novas formas de decisão constitucional é bem-vinda ao debate. Três funções jurisdicionais podem ser destacadas: as funções de aconselhamento, supervisão e consulta” (MAZARELLO, Guilherme. *Processo constitucional contemporâneo: técnicas, efeitos e tutelas*. São Paulo: JusPodivm, 2025, pp.111).

tos para tornar mais ampla e eficaz a sua atuação nesses casos⁵⁹, ultrapassando o clássico controle abstrato de constitucionalidade e ingressando, como visto, no campo da ordenação político-institucional de arranjos institucionais complexos.

O controle concentrado, de normas em abstrato, admite acordo, consenso ou formação de juízos de constitucionalidade a partir da vontade de outros agentes político-institucionais quanto à determinada interpretação? No controle em si, na determinação de sentido constitucional, não; na ação política do tribunal em equacionar a questão social subjacente, sim⁶⁰.

5. DEVE ACONTECER?

Uma última questão: admitido que a adoção de atos consensuais e soluções laterais em paralelo ao controle concentrado de constitucionalidade, no mesmo processo, pode acontecer e está acontecendo, é salutar que isso aconteça?

Dentro do quanto acima exposto, do inegável papel político-institucional do STF na construção do espaço público nacional⁶¹, parece negar o óbvio que algum grau de visão e ação conjuntural é mesmo necessária e aconselhável.

Obviamente, isso não pode ultrapassar os limites apontados, e, principalmente, mudar a natureza do controle concentrado de constitucionalidade, não obstante, como exposto, possa e deva ser integrado o controle pela participação de agentes, interessados e colaboradores durante a formação de convencimento pelos julgadores constitucionais⁶².

59 “Desse modo, acordos e outros elementos de proceduralização da jurisdição constitucional podem e devem conviver com parâmetros decisórios. Portanto, é permitido à jurisdição constitucional resolver parte da complexidade mediante decisão e utilizar-se de alguma modalidade de proceduralização para enfrentar os pontos não solucionáveis. (...) Começaremos explanando as vias autorizadoras. Por essa expressão, queremos demonstrar os elementos (não cumulativos) cuja presença evidencia a insuficiência do paradigma da decisão para solucionar o litígio e, por consequência, a necessidade de interagir com algum elemento da proceduralização, especialmente a prática conciliatória ou a celebração do acordo propriamente dito” (ABBOUD, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thomson Reuters, 2025, pp.114-115).

60 “Sem dúvida, o Poder Judiciário não é o único, nem necessariamente o melhor, ambiente para a solução de problemas dessa natureza. Em outros termos: o Supremo Tribunal Federal é porta altamente qualificada, mas não exclusiva, para o tratamento adequado de problemas constitucionais. Negar essa constatação não significa apenas a adoção de uma compreensão inadequada do sistema de justiça do Brasil, mas também verdadeira tentativa de rejeição da realidade, como se verá mais adiante” (DIDIER JR., Fredie & FERNANDEZ, Leandro. *A justiça constitucional no sistema brasileiro de justiça multiportas*, Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 50, n. 154, Junho, 2023, pp.150)

61 “Atua politicamente o Supremo Tribunal Federal mediante o controle de constitucionalidade das leis e dos atos dos demais Poderes. O caráter irrecusavelmente político está em que, mediante esse controle, obtém ele não a simples aplicação ou inaplicação das normas jurídicas aos casos concretos, porém, mantém os Poderes em suas órbitas de atribuições, definidas pelo constituinte originário. Contém tais poderes em suas órbitas, cortando-lhes as exorbitâncias, no declarara seus atos impossíveis em face da Constituição Federal, desaplicando os atos legislativos e regulamentares aos casos concorrentes” (VILANOVA, Lourival. *A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. Escritos jurídicos e filosóficos*, volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003, pp.391).

62 “Devemos, portanto, nos indagar até que ponto a abertura de espaços de negociação no STF não é uma condição de possibilidade da própria manutenção da vitalidade da democracia liberal. Afinal, de nada adiantaria

Mas o papel do STF na sociedade atual, como agente político-institucional integrado à condução da agenda nacional, respeitado o seu papel e limites na construção e movimento desta agenda política, é, além de inevitável, positivo. Se o Tribunal passa a se preocupar cada vez mais com os impactos das suas decisões, a ponto de adotar o citado *complex enforcement*, em suas múltiplas formas, para assegurar uma maior efetividade social de suas decisões, isso deve ser motivo de aplausos.

6. CONCLUSÃO.

Deste modo, dentro do limitado objeto do presente ensaio, é possível fixar que (a) o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, em si mesmo, permanece um processo objetivo; (b) o exercício desse controle, pelo STF, tem sido feito, entretanto, em paralelo com uma série de medidas de *complex enforcement*, buscando arranjos institucionais que tornem eficaz o tratamento das questões constitucionais; (c) isso se deve ao inafastável conteúdo político do controle concentrado de constitucionalidade, que, em uma perspectiva atual, deve também se ater ao quadro político-institucional; (d) isso não só é possível como desejável, melhorando o papel do STF no exercício de sua função constitucional.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thonson Reuters, 2025.
- _____. Acordos no Supremo Tribunal Federal são bons, e eu posso provar. Revista Consultor jurídico, 27/08/2024. <https://www.conjur.com.br/2024-ago-27/acordos-no-stf-sao-bons-e-eu-posso-provar/>.
- ACKERMAN, Bruce. *The civil rights revolution: We the people*, volume 3. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- ALVES, Rogério Pacheco & RIBEIRO, Michelle Bruno. *A teoria das capacidades institucionais na jurisprudência do supremo tribunal federal: análise crítica de seus usos e dos problemas daí resultantes*. Revista Estudos Institucionais, v. 11, n. 1, p. 195 - 216, jan./abr. 2025, pp.195-216.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistematizada da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2026.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 02. Ed. New Haven: Yale Press, 1986.

substituir a *flexibilidade* parlamentar pela *rigidez* judicial ao custo da própria possibilidade de acomodação de dissensos” (ABBOUD, Georges. Acordos no Supremo Tribunal Federal são bons, e eu posso provar. Revista Consultor jurídico, 27/08/2024. <https://www.conjur.com.br/2024-ago-27/acordos-no-stf-sao-bons-e-eu-posso-provar/>).

- CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021.
- DAHL, Ronald. *Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker*. <http://epstein.usc.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf>.
- DELLÊ, Fábio. Em defesa dos acordos no STF como técnica processual adequada. *JOTA*, 04/08/2025.).Em defesa dos acordos no STF como técnica processual adequada.
- DIDIER JR., Fredie & FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à justiça multiportas*. 02. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2025.
- _____. *A justiça constitucional no sistema brasileiro de justiça multiportas*, Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 50, n. 154, Junho, 2023.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- _____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade: ensaios sobre a (in)governabilidade brasileira*. 02. Ed. São Luís: Resistência Cultural, 2025.
- GODOY, Miguel Gualano de & BRITO, Leonardo Soares. *Lições cruzadas: por que o STF erra ao promover conciliações em ações de controle abstrato?* *JOTA*, 17/10/2025. Lições cruzadas: por que o STF erra ao promover conciliações em ações de controle abstrato?
- _____. & CHUERI, Vera Karan de. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017.
- GRIMM, Dieter. Direito ou política? A controvérsia Kelsen-Schmitt sobre a jurisdição constitucional e a situação atual. *Jurisdição constitucional e democracia: ensaios escolhidos*. São Paulo: Contra Corrente, 2023. Edição do Kindle.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. DIREITO PÚBLICO Nº 1 – Jul-Ago-Set/2003, pp.90-130. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1401>
- KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash*. Hart Lecture at Georgetown Law Center, March 31, 2011. https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture?utm_source=scholarship.law.georgetown.edu%2Fhartlecture%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. 03. Ed. São Paulo: Thonson Reuters, 2023.
- MAZARELLO, Guilherme. *Processo constitucional contemporâneo: técnicas, efeitos e tutelas*. São Paulo: JusPodivm, 2025.
- MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 02. Ed. São Paulo: saraiva, 2024.

- PILDES, Richard. *Is the Supreme Court a 'Majoritarian' Institution?* in: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251, 2011.
- RUNCIMAN, David. *Confrontando o Leviatã: uma história do pensamento político moderno*. São Paulo: Todavia, 2023.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011.
- SUNSTEIN, Cass & VERMEULE, Adrian. Interpretação e instituições. In: LEAL, Fernando (org.). *Capacidades institucionais: teoria, aplicação e críticas*. São Paulo: JusPodivm, 2026.
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. *Escritos jurídicos e filosóficos*, volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003.
- WALDRON, Jeremy. *O cerne da posição contrária à revisão judicial*. Revista Direito GV. São Paulo. V.18. n.2. 2022.