DOI: 10.9732/2025.V132.1304

Jurisdição Constitucional de Final Aberto[1]

Open-Ended Constitutional Adjudication

André Karam Trindade[2]
Pedro Zanatta Silveira Borges[3]

Resumo: Assim como ocorre nas obras de arte, atualmente o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões abertas a *múltiplas leituras*. Neste novo modelo, o Supremo *não define ou impõe, de modo conclusivo, a resposta correta, mas* proporciona um espaço de deliberação – ou, até mesmo, de negociação – sobre o

1 Este artigo é resultado parcial das investigações realizadas no âmbito do projeto de pesquisa intitulado *A normatividade e suas formas de expressão: diferentes linguagens, outros saberes, novas abordagens*, e das discussões travadas no grupo de pesquisa *A-LEX: direito, cultura e distopia* (DGP/CNPq), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIVEL. Agradecemos aos professores Marcelo Cattoni Andrade de Oliveira (UFMG) e Vera Karam Chueiri (UFPR) pela interlocução acadêmica e pelas valiosas contribuições feitas durante a revisão final do texto.

2 Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (UNIROMA3/ITÁLIA). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIVEL. Professor Visitante da Università Degli Studi Roma Tre. Membro Fundador da Rede de Pesquisa *DIRECT* – Direito, Regulação, Tecnologia. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/0020455190187187.

3 Mestrando em Direito Público, com bolsa CAPES/PROEX, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Membro do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (CNPq). CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/7242970244832268.

sentido da Constituição. O objetivo deste artigo é não só apresentar essa jurisdição constitucional de final aberto, como também realizar uma análise crítica a respeito da legitimidade desse movimento no paradigma do constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, analisa-se a fundamentação teórica dessa forma específica de abertura do Direito, o modo pelo qual essa abertura se manifesta na experiência brasileira e sua compatibilidade com a soberania popular, com a separação de poderes e com a proteção dos direitos fundamentais. A conclusão é de que desfechos decisórios abertos a outras leituras e narrativas podem contribuir para uma interpretação constitucional mais qualificada e democrática, porém apenas serão legítimos se garantirem a força normativa dos direitos e assegurarem a efetiva participação popular na construção das normas que conformam sua história.

Palavras-chave: autonomia do direito; interpretação jurídica; acordos constitucionais; regulação; Estado transnacional.

Abstract: Much like some works of art, recent decisions of the Brazilian Supreme Federal Court have exhibited an openness to multiple interpretations. Rather than conclusively determining or imposing a single correct answer, the Court has increasingly adopted a model of adjudication that fosters deliberation—and, at times, negotiation—regarding the meaning of the Constitution. This article aims not only to present this paradigm of open-ended constitutional adjudication, but also to critically assess its legitimacy within the framework of contemporary constitutionalism. To that end, it explores the theoretical underpinnings of this particular form of legal openness, its concrete manifestations in the Brazilian legal context, and its compatibility with key democratic principles, such as

popular sovereignty, the separation of powers, and the protection of fundamental rights. The article concludes that judicial outcomes open to diverse interpretations and narratives may enrich constitutional interpretation by promoting greater democratic engagement and conceptual sophistication. However, such openness can only be deemed legitimate if it safeguards the normative force of constitutional rights and ensures meaningful popular participation in the shaping of the constitutional order.

Keywords: autonomy of Law; legal interpretation; constitutional settlement; regulation; transnational state.

Introdução

Ainda na metade do século passado, no campo da estética, Umberto Eco discutiu as obras que se caracterizam por não oferecer ao intérprete uma resposta categórica, fechada, definitiva para o argumento desenvolvido ao longo da narrativa. São textos que sugerem uma mensagem ambígua, mais de uma interpretação possível, deixando inconclusa a situação-problema ou o próprio desfecho das personagens, "à disposição" daquele a quem compete atribuir os sentidos. Por isso, então, a noção de *obra aberta*.[4]

Na literatura e no cinema, há inúmeros exemplos. *Finais abertos* podem ser encontrados tanto em clássicos da literatura portuguesa, como o precursor do modernismo *Húmus* (1917), quanto em recentes dramas franceses, como o premiado *Anatomia de uma Queda* (2023). No entanto, talvez o exemplo mais conhecido de um texto com esse recurso literário – ao menos entre nós, juristas – tenha sido escrito

4 ECO, 2000.

por um brasileiro. Se, em *Quincas Borba* (1891), Machado de Assis já apostou em uma narrativa fragmentária, em que os fatos são dissimulados, não-ditos, subentendidos, *é em Dom Casmurro* que esse recurso atinge seu ponto máximo: Capitu traiu, ou não traiu, Bentinho? Desde a publicação do romance, em 1899, são incontáveis os debates e discussões.[5]

Há, porém, uma obra que traduz ainda melhor essa ideia: um livro que ninguém é capaz de lê-lo por inteiro; ou, ainda, durante toda a sua vida. Trata-se de *Cent Mille Miliards de Poémes* (*Cem mil bilhões de poemas*, em português), provavelmente o livro mais extenso do mundo, escrito pelo francês Raymond Queneau, em 1960. Paradoxalmente, é um pequeno livro, de somente dez páginas, que contém, cada uma delas, um soneto. Ocorre que os versos mantêm todos a mesma rima e estão cortados em tiras, de modo que podem ser combinados, entre si, formando outros sonetos. Assim, o número total de combinações possíveis contidas no livro é de 10 elevado a 14, ou seja, cem mil bilhões de poemas diferentes. Qualquer associação que fizermos formará um soneto diverso, com sentido próprio, atendendo às estrofes, ao ritmo e à rima. Além disso, é muito provável que, tomando um poema aleatório, o leitor seja o primeiro a lê-lo. Afinal, como afirmava o próprio autor, se levarmos cerca de 45 segundos para ler um soneto e outros 15 segundos a preparar o seguinte, a leitura de todas as combinações exigirá alguns milhões de anos. Isso significa dizer, portanto, que ninguém poderá ler o livro inteiro – no caso, a totalidade dos poemas

5 Paradoxalmente, uma das principais obras sobre esse debate foi escrita por uma autora norte-americana. Em *The Brazilian Othelo of Machado de Assis*, publicado pela primeira vez em 1960, Helen Caldwell revolucionou a crítica machadiana ao questionar a interpretação dominante de *Dom Casmurro* – que condenava Capitu e seus olhos de "cigana oblíqua e dissimulada". Afinal, como seria possível afirmar com certeza que Capitu traiu Bentinho se conhecemos apenas um lado da história? (CALDWELL, 2002).

–, por mais que se dedique a isso durante toda a vida, sem comer, sem descansar, sem dormir.

Pois, na jurisdição brasileira, é possível identificar o surgimento de um fenômeno com características semelhantes a esses romances, filmes e poemas: a *jurisdição constitucional de final aberto.* Assim como nas obras artísticas, hoje o Supremo Tribunal Federal profere decisões que permitem múltiplas leituras. Nesse novo modelo, a Suprema Corte não define ou impõe, de modo conclusivo, a resposta correta, mas fornece um espaço de deliberação – ou, até mesmo, de negociação – sobre o sentido da Constituição. Trata-se de uma jurisdição mais flexível, moldada por categorias próprias do direito privado, em que outros intérpretes conduzem as narrativas constitucionais, impactando e produzindo os desfechos normativos – ora com pretensão de definitividade, ora assumidamente provisórios, suscetíveis de revisão e revisitação.

O objetivo deste trabalho é não só apresentar e caracterizar essa *jurisdição constitucional de final aberto*, como também problematizar a legitimidade desse movimento no paradigma do constitucionalismo contemporâneo. Qual é a fundamentação teórica dessa forma específica de abertura do direito? Como a jurisdição constitucional de final aberto se manifesta na experiência brasileira? Essa abertura é compatível com a soberania popular, com a separação de poderes e com a proteção dos direitos fundamentais?

Essas são as perguntas que orientam o estudo. Após esta introdução (I), ser**ão** apresentados os diagnósticos da crise da regulação jurídica nos Estados nacionais e a proposta teórica de abertura da jurisdição constitucional (II). Na sequência, o foco da análise concentra-se na prática jurídica brasileira – ou, mais especificamente, na forma como a abertura vem se manifestando no modelo decisório do Supremo

Tribunal Federal (III). Já a quarta parte é dedicada à discussão acerca da legitimidade constitucional e democrática da jurisdição constitucional de final aberto, a partir da ótica da legalidade, da participação política e da normatividade dos direitos fundamentais (IV). Ao final, são sintetizados os principais argumentos e conclusões do artigo, retomando a relação entre os finais abertos da literatura e da jurisdição constitucional (V).

I. Da "morte" do Direito à *abertura* da jurisdição

O Direito, tal qual o conhecemos, morreu. Caiu, dos céus altíssimos, à terra.[6] Esse anúncio, um tanto quanto trágico, foi feito por Rudolf Wiethölter, ainda no **século passado**. Para o jurista, apesar de os grandes problemas do Estado Democrático contemporâneo terem uma relevância bem diversa daqueles do Estado Liberal do século XIX, ainda não conseguimos encontrar, para nós e para nosso tempo, um Direito capaz de lidar com os novos desafios sociais. O Direito é sempre mais lento, sempre menos elástico, menos transparente e racional. As perguntas ficam sem respostas; as promessas, seguem incumpridas[7].

A percepção de esgotamento da razão jurídica, esse sentimento de "mal-estar" de Wiethölter, está longe de ser isolado. Assim como ele, Niklas Luhmann também já desconfiava do futuro do Direito. Em uma última e provocativa declaração em *O direito da sociedade*, o sociólogo alemão antevia que:

6 WIETHÖLTER, 2019, p. 40.

7 WIETHÖLTER, 2019, p. 41.

> É bastante possível que a atual proeminência do sistema jurídico e a dependência da própria sociedade e da maioria de seus sistemas funcionais de um funcionamento do código jurídico não seja mais do que uma *anomalia europeia* que enfraquecerá com a evolução de uma sociedade mundial.[8]

O que Luhmann observa é uma transformação do Direito e do seu papel na sociedade. Se no contexto dos Estados nacionais europeus da segunda metade do século XX o Direito desempenhou a função de estabilizar normativamente as expectativas de conduta, produzindo vínculos temporais e reduzindo os custos sociais[9], para o sociólogo alemão, essa mesma função parece não se sustentar no horizonte[10]. A operacionalização da relação entre Direito e política – materializada sobretudo nas Constituições – é uma característica dos sistemas jurídicos dos Estados nacionais que não encontra correspondência no plano de uma sociedade mundial. Além disso, a deficiência dos mecanismos de inclusão de grandes estratos da população na comunicação dos sistemas sociais autônomos também impacta a efetividade do sistema jurídi-

8 LUHMANN, 2005, p. 664.

9 Destaca-se que, para Luhmann, o Direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática.

10 Em outro sentido, é preciso destacar a posição de Marcelo Neves, para quem não se deve levar a sério "a observação irônica (alguns dizem cínica) de Luhmann de que o modelo de diferenciação do direito talvez seja apenas uma 'anomalia europeia'". Segundo Neves, "esse é o paradoxo da sociedade mundial: a diferenciação funcional e autonomia dos sistemas irradiou-se do seu centro como exigência funcional e em certa medida como pretensão normativa, sendo quase que imposta (evidentemente de forma seletiva) às suas periferias, que não estiveram e não estão em condições de corresponder ou dispostas a adequar-se ao modelo da diferenciação. Isso decorre da imensa assimetria da sociedade mundial, insuscetível de ser considerada em um foco evolutivo simplificado" (NEVES, 2014, p. 213).

co e acaba por minar a própria diferenciação funcional. Por isso, Luhmann questiona a "dependência da sociedade e da maioria de seus sistemas de um código jurídico", sugerindo que o sistema jurídico talvez não consiga oferecer respostas satisfatórias na proteção de direitos e na contenção da expansão de outros sistemas autônomos no ambiente de uma sociedade global e profundamente assimétrica.

Esse é, em certa medida, o ponto de partida da (re) construção de Gunther Teubner. Enquanto a principal função do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX "tratava-se de liberar as energias do poder político do Estado Nacional e, ao mesmo tempo, de limitá-lo de modo eficiente com o Estado de Direito" – isto, é, envolvia a difícil mediação entre exercício da soberania popular e proteção dos direitos fundamentais –, para Teubner "os processos de constitucionalização atuais têm como objetivo liberar [e restringir] o desencadeamento de energias sociais totalmente diferentes"[11].

Teubner aponta para uma transnacionalização do político, que se manifesta de duas formas. Por um lado, os problemas constitucionais agora situam-se fora do setor político institucionalizado – nos setores "privados" da sociedade mundial. Violações de direitos humanos por empresas multinacionais, desinformação e ameaças à liberdade de expressão por intermediários privados na internet, corrupção na medicina e na ciência, interferências massivas na esfera privada decorrentes da coleta e retenção de dados por organizações privadas, e, com força especial, a liberação de riscos catastróficos nos mercados financeiros mundiais **são demonstrações de**ssa privatização dos problemas políticos.

De outro lado, a normatividade constitucional **já não é mais** produzida apenas pelos tradicionais processos legislativos estatais e movimentos constituintes. Atores desvincu-

11 TEUBNER, 2020, p. 24.

lados da política institucional, como empresas e corporações internacionais, autoridades públicas transnacionais, organizações não governamentais e tribunais arbitrais agora criam (e, de certo modo, impõem) sistemas normativos, que tanto se incorporam aos sistemas jurídicos estatais quanto atuam paralelamente.

A *nova questão constitucional* consiste, portanto, em lidar com esses fragmentos de ordenamentos jurídicos, normas secundárias, originadas do acoplamento estrutural entre o Direito e os discursos sociais autônomos, cuja fundamentação não se encontra mais na Constituição[12]. Não que a autonomização e a expansão dos sistemas sociais parciais já não fosse um problema mal resolvido do constitucionalismo moderno. Para Teubner, era – sobretudo em relação à economia, mas também à política, à cultura e à ciência. No entanto, o movimento de globalização da segunda metade do século XX e a multiplicação de normatividades situadas para além do sistema jurídico e das formas estatais retira esse problema da penumbra. A desformalização das estruturas jurídicas, as novas formas de direcionamento da sociedade mundial e a questionável legitimidade da nova governança global colocam a questão em holofote.

São as *metamorfoses do direito global*, nomeadas por Ricardo Campos. No contexto de uma sociedade que não é mais hierárquica, nem autárquica, mas heterárquica – sem

12 Ao propor um pluralismo constitucional transnacional, cujo núcleo não são regras produzidas pelo sistema jurídico, mas pela normatividade produzida nos outros sistemas sociais parciais, Teubner observa que "não faz sentido buscar um critério para a distinção entre normas sociais e normas jurídicas." Para o professor alemão, a "transformação decisiva não pode ser encontrada nas características inerentes às regras, mas na sua introdução constitutiva no contexto de diferentes discursos. As regras transformam-se em regras jurídicas assim que são referidas em atos comunicativos ao código binário direito/não-direito e produzem microvariações na estrutura jurídica" (TEUBNER, 2003, p. 19).

controle centralizado ou vertical, com predomínio de ordem consensual, com diversos nichos de regulação –, o Direito contemporâneo também se metamorfoseou. Passou de um direito cuja fonte era predominantemente estatal, voltado para o interior dos Estados nacionais, para um direito global, formulado tanto pelos Estados quanto pelas organizações, e que agora tem como um de seus objetivos a estabilização de múltiplas relações[13].

Nesse cenário, a regulação tradicional **é desafiada a** oferecer regramentos suficientes a problemas cada vez mais complexos. Como definir, por exemplo, a responsabilidade das plataformas digitais pela disseminação de desinformação e discursos de ódio? Como regular questões envolvendo proteção de dados, inteligência artificial e criptomoedas? Ou, então, enfrentar os dilemas e riscos provenientes dos avanços em pesquisas com células troncos embrionárias e nanotecnologia? Nesses temas, diante da velocidade do capitalismo das plataformas e do desenvolvimento tecnológico[14], h**á** uma aparente incapacidade de adaptação e defasagem cognitiva do Estado (e, em específico, do Judiciário), que compromete a normatividade estatal e a torna obsoleta. A regulação estatal é, portanto, desafiada por um *paradoxo*: quanto mais há

13 CAMPOS, 2022.

14 Tamanho impacto das novas tecnologias nas diversas esferas da vida social, já se fala, inclusive, em um "Constitucionalismo Digital". Nesse sentido: Mendes e Fernandes (2020) e Celeste (2021). Também Abboud e Kroschinsky defendem um constitucionalismo verdadeiramente digital, que pressupõe "o conhecimento acerca das condições estruturais de reprodução social imersos nas novas tecnologias e a tematização dos instrumentos que possam, no contexto transnacional, garantir modos democráticos de estabilidade funcional equivalentes àqueles garantidos pelas Constituições políticas estatais", de modo que o constitucionalismo digital não seja reduzido à simples tarefa de "digitalizar o constitucionalismo analógico" (2024, p. 45). Em posição crítica ao conceito, no sentido de que o adjetivo teria se tornado mais importante que o substantivo, fragilizando-o teoricamente: Trindade e Antonelo (2023).

regulação, menos há regulação; quanto maior a regulação, menor a regulação.

Partindo dessas observações proporcionadas pela análise sociológica do direito, que identificam uma crise regulatória nos Estados Nacionais – em decorrência da complexidade e da incerteza da sociedade contemporânea –, vêm surgindo algumas (re)interpretações sobre o atual papel da jurisdição constitucional. Uma abordagem inovadora no Brasil é a de Georges Abboud. Recuperando as construções de Wiethölter, Teubner e Ladeur, Abboud defende que, em complemento à *racionalidade formal*, própria do Estado Liberal, que protege a liberdade privada, em detrimento, por vezes, do bem-comum; e à *racionalidade material,* própria do Estado Social, que tende a querer determinar "de cima para baixo" o modo de ser da sociedade; o constitucionalismo contemporâneo deve também abrir espaço à *razão procedural* (ou reflexiva)[15].

A *proceduralização* apresenta-se como o meio de salvar as promessas incumpridas do Estado Moderno, ou, ao menos, "suportar a frieza da modernidade enquanto se desfrutam seus frutos"[16]. Trata-se de uma proposta de reconfiguração do papel da normatividade jurídica, em que o Direito deixa de ser pressuposto como um sistema racional ideal e passa a ser compreendido como um sistema de aprendizado social. A ideia central é a transformação de um contexto de liberdade jurídicas em um sistema de justificação dos novos contextos sociais de ideias e interesses, no qual o mais importante não são as regras de aplicação e implementação, mas sim

15 ABBOUD, 2021, p. 543-545.

16 "Law is (or at least was) connected with relatively eternal dreams and revelations such as justice or as liberty-equality-fraternity […] Proceduralization may be a way of saving such promises and simultaneously of enduring the coldness of modernity while enjoying its fruits" (WIETHÖLTER, 1988, p. 221).

a criação de critérios e procedimentos para garantir o êxito e a responsabilidade pela regulação de temas complexos[17].

Quer dizer: julgar de modo binário (procedente ou improcedente; lícito ou ilícito; constitucional ou inconstitucional), com caráter de definitividade, seria insuficiente e obsoleto em alguns casos. Como decidir se o Judiciário não possui o conhecimento necessário para tanto? Como o Supremo corrige, posteriormente, uma decisão equivocada sobre questões tecnológicas e científicas, por exemplo, se houver o selo da definitividade?

Nessas hipóteses, o Judiciário deveria conter o seu **ímpeto** *jurispático*[18] e proporcionar uma abertura da jurisdição constitucional – alterando a própria arquitetura tradicional da decisão, como aponta Abboud. Em contraposição ao modelo binário de decisão, a solução procedural se propõe a oferecer uma plataforma de regulação via procedimentos, que pressupõe a tentativa de o Estado interagir com agentes particulares para produzir o conhecimento necessário à regulação.[19] A proceduralização está, para usar a expressão de Matthäus Kroschinsky, "a meio caminho da autonomia e da regulação", apostando em uma *autonomia regulada*, que

17 WIETHÖLTER, 1988, p. 246.

18 Trata-se de conhecida formulação teórica de Robert Cover para definir a interpretação jurídica realizada por cortes estatais, que elimina interpretações concorrentes sobre o sentido jurídico, impondo que *isto é,* e *aquilo não é* direito. Cf. COVER, 1983.

19 **É por isso que a** proceduralização introduz a ideia de "autorregulação regulada". A autorregulação regulada busca corrigir o *déficit cognitivo* do Estado trazendo o elemento da reflexividade para o Estado poder aprender (para, então, poder decidir). Existem espaços de autorregulação regulada que funcionam e bem. Uma prova disso é quando se verifica que, nesses setores, há uma baixíssima judicialização. Um exemplo, citado por Abboud, é o núcleo da comunicação e o papel do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) – uma organização não governamental que fiscaliza a ética da publicidade no Brasil, que conseguiu produzir conhecimento sobre como regular a publicidade, de uma maneira geral.

"estimula o delineamento de sistemas autorregulados através de normas de organização e procedimento".[20]

O objetivo da introdução da razão procedural na jurisdição constitucional é criar uma dinâmica decisória flexível, que se complementa ao padr**ão** mais **rígido e permite maior capacidade de adaptação e aprendizagem em relação a temas complexos.** Quando o conhecimento a ser buscado para o tratamento da matéria judicializada não puder ser encontrado apenas no Direito; quando a matéria judicializada impuser a necessidade de ajustar uma determinada regulação sem a previsão de uma resposta constitucionalmente obrigatória; quando as consequências da decisão forem imprevisíveis – podendo agravar a situação de inconstitucionalidade identificada –; ou, então, quando a superação da inconstitucionalidade demandar a atuação de outro Poder, a Suprema Corte estaria autorizada a adotar esse modelo procedural de decisão, incorporando elementos de auto-organização próprios dos setores privados da sociedade.[21]

Nesses casos, a legitimidade da decisão dialogada e sujeita à revisão **não decorreria** da referência às clássicas noções de soberania popular e de representação, mas precisamente do conhecimento que é aportado à jurisdição constitucional[22]. Ou seja, seria a própria necessidade desse conhecimento para a fundamentação das decisões que as justificariam, formando um microcosmo que contém, em si

20 KROSCHINSKY, 2025, p. 204-205.

21 ABBOUD, 2021, p. 604-620.

22 Nesse sentido, se referindo especificamente aos acordos em jurisdição constitucional, Abboud afirma que "devem ser tomados em ambientes cognitivamente abertos e que retirem sua legitimidade do conhecimento que é aportado, e não propriamente de uma assembleia ou de uma reunião de tipo específico, até mesmo porque as doutrinas da soberania popular derivam elas mesmas de problemas contextuais que precisavam de solução, não sendo elas mesmas imperativos universais ou atemporais" (ABBOUD, 2025, p. 14).

mesmo, a sua própria legitimidade democrática – respaldada por seus participantes, pelas condições de deliberação e pela autoridade que conduz o processo.[23]

Em resumo, quando a decisão judicial depender de um conhecimento que transcenda os limites da racionalidade jurídica, o papel da jurisdição constitucional seria o de criar procedimentos que absorvam a complexidade do caso concreto. Disso resultaria uma nova função da jurisdição constitucional: a Suprema Corte não deve mais tentar ser o intérprete privilegiado das normas constitucionais, agora ela precisa proporcionar espaços para produção de um conhecimento destinado a uma regulação interativa[24].

A abertura cognitiva da jurisdição constitucional e a adoção de um padrão decisório mais dúctil seriam, portanto, *condição de possibilidade* da própria preservação da normatividade jurídica. Para salvar o Direito de uma morte anunciada, deveríamos repensar as estruturas das decis**ões** judiciais. Seria preciso, primeiro, viabilizar um diálogo das Cortes com atores especializados – entre eles a comunidade científica, a sociedade civil, movimentos sociais, agentes estatais e econômicos – e, além disso, assegurar que as respostas possam ser revisitadas (e, se necessário, revisadas): eis a *abertura*.

II. O Supremo e a nova arquitetura da decisão

A jurisdição constitucional de final aberto **não é apenas** um movimento teórico. O Supremo Tribunal Federal tem adotado estruturas decisórias arrojadas e inusitadas no enfrentamento de conflitos constitucionais, indo além das tradicionais decisões de "procedência" e "improcedência".

23 ABBOUD, 2025, p. 16.

24 ABBOUD, 2021, p. 506-507.

Um exemplo privilegiado desse novo modelo decisório **é o julgamento do Tema 479 da sistemática de repercussão geral, cujo** *leading case* **é o Recurso Extraordinário nº 627.189/SP**. O caso envolvia a constitucionalidade da imposição à concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população. Em 8 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, nos termos do voto do ministro relator Dias Toffoli, julgou procedente os recursos extraordinários, fixando a seguinte tese:

> No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, *por ora*, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009. (grifos nossos)

Situação semelhante foi debatida nos autos da ADI 4066, em agosto de 2018, envolvendo a legitimidade constitucional da tolerância **à exploração econômica** de amianto crisotila (asbesto branco) – disciplinada no artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 –, em face aos riscos à saúde dos trabalhadores da indústria e da mineração e de suas famílias. A Corte reconheceu expressamente que os juízos de natureza técnico-científica sobre questões de fato – ou seja, o nível de nocividade da exposição ao amianto crisotila e a viabilidade da sua exploração econômica segura – estavam "fora de sua alçada". Assim, a partir das contribuições trazidas ao debate em audiência pública (realizada no âmbito da ADI 3.937) e por *amici curiae*, foi decidido que existem dados e subsídios técnicos a referendar, no seu conjunto, a conclusão de que "*no estágio atual*, o conhecimento científico acumulado per-

mite afirmar, para além da dúvida razoável, a nocividade do amianto crisotila à saúde humana e ao meio ambiente." Consequentemente, fazendo expressa remissão à jurisprudência do Órgão de Apelação da Organização Internacional do Comércio (OMC) e aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil nas Convenções n.ºs **139 e 162 da OIT e** na Convenção de Basileia, o STF decidiu pela procedência da ação direta, a fim de declarar a inconstitucionalidade da tolerância ao uso do amianto crisotila, por proteção deficiente, em face dos artigos **7º, XXII, 196 e 225 da Constituição da República.**[25]

Nos dois casos, o Estado-Juiz efetivamente possuía um déficit cognitivo dificilmente superável pela racionalidade jurídica tradicional. Diante da incerteza envolvendo os limites seguros **à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos** bem como da possibilidade de alteração do conhecimento científico sobre a nocividade do amianto crisotila à saúde humana e ao meio ambiente, decisões de final aberto – inclinadas à prevenção de riscos – parecem efetivamente produzir uma maior proteção aos direitos em jogo. Essa abertura se traduziu, nos casos, sob dois aspectos. Em primeiro lugar, no *diálogo* com os parâmetros informacionais produzidos por outros atores, como os *amicus curiae*, a OMS, a OMC e a OIT, reconhecendo expressamente a influência – ou, até mesmo, a coexistência – entre normatividades estatais, transnacionais e privadas; e, em segundo lugar, nas *aberturas cognitivas permanentes* previstas nas decisões, que revelam a preocupação da Corte com a possibilidade de alteração das evidências que informaram os julgamentos, permitindo o acompanhamento e a revisitação.

25 Para uma análise dessas duas decisões sob a ótica da proceduralização, ver: ABBOUD; KROSCHINSKY; VAUGHN, 2024.

Não obstante, se a participação de outros atores no processo de deliberação e a adoção de decisões com abertura cognitiva e possibilidade de revisão indicam uma reestruturação no padrão decisório do Supremo Tribunal Federal – bem como na forma como ele lida com a complexidade de certos litígios constitucionais –, essa não é a **única (nem talvez a** maior) expressão dessa transformação. A jurisdição constitucional de final aberto se desdobra, também, em *acordos em jurisdição constitucional*. Trata-se de uma modelo de (não) decisão em que o principal papel da Corte **é** oferecer condições de conciliação entre agentes públicos e privados que reivindicam o direito de participar dos resultados da interpretação constitucional. Esse instituto **não tem origem na teoria constitucional tradicional,** nem encontra correspondência direta em Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais estrangeiros. Sua consolidação decorre diretamente da atuação prática do Supremo, que passou a privilegiar soluções dialogadas com a sociedade civil e os demais Poderes[26].

Essa inflexão em direção à autocomposição começa com a solução dada à ADPF 165, sobre a discussão em torno da correção monetária dos saldos da caderneta de poupança existente à época da edição dos Planos Cruzado, Bresser, Verão, Color I e II. A proponente, Confederação Nacional do Sistema Financeiro, buscava a suspensão da multiplicidade de ações judiciais nas quais os poupadores reivindicavam o direito a receber a diferença dos denominados expurgos inflacionários – cujo impacto econômico envolvia bilhões de reais. O processo se arrastou por quase dez anos, até que, em dezembro de 2017, as partes diretamente envolvidas, representantes dos bancos e dos poupadores, apresentaram um acordo no qual estabeleceram que os bancos pagariam

26 ABBOUD, 2025, p. 206.

aos poupadores os valores correspondentes aos expurgos inflacionários de poupança, observando-se limites e critérios fixados, e, em contrapartida, seriam extintas as ações judiciais individuais e coletivas daqueles que aderissem aos termos pactuados. O Tribunal Pleno, por unanimidade, homologou o acordo. Na decisão, o Ministro relator, Ricardo Lewandowski, defendeu a legitimidade do acordo firmado por coletivos privados, ainda que em processo de índole objetiva, "dada a existência de notável conflito intersubjetivo subjacente e a necessidade de conferir-se efetividade à prestação jurisdicional"[27].

Outro caso importante para a consolidação desse padrão decisório conciliatório no Supremo Tribunal Federal foi no âmbito da ADPF 568[28]. Na arguição, a Procuradora-Geral da República alegava que uma decisão judicial proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, que homologou "Acordo de Assunção de Compromissos" firmado entre a Petrobrás e os Procuradores da República da Força-Tarefa Lava-Jato, violava preceitos fundamentais. O acordo tinha a finalidade de cumprir obrigações assumidas pela empresa estatal perante autoridades públicas dos Estados Unidos e

27 Cabe destacar, também, o voto da Ministra Cármen Lúcia, consignando que "ao votar pela homologação deste acordo [...] voto também de crença em que as pessoas podem também conciliar, podem chegar ao consenso não pela via tradicional binária da solução jurídica, do sim ou não, mas pela conciliação."

28 Como lembra Miguel Godoy, outro marco inicial desta prática foi em julho de 2018, quando o Ministro Luiz Fux, no âmbito das ADIs 5.956, 5.959 e 5.964, convocou o Governo Federal, representantes do setor produtivo e dos caminhoneiros para audiências de conciliação, a fim de negociar o tabelamento do frete no Brasil e, consequentemente, encerrar as greves da categoria – que já provocavam desabastecimento em diversas cidades. O movimento, apesar de ter restado foi infrutífero, ficou marcado como uma das primeiras tentativas de implementação de transação abstrata de constitucionalidade de leis no âmbito do Supremo Tribunal Federal (GODOY, 2021).

previa destinação de US$ 682.560.000,00 (mais de dois bilhões e meio de reais) a autoridades brasileiras para o "combate a corrupção". O problema, no entanto, **é que o acordo também previa que esse** valor bilionário seria administrado por uma fundação de direito privado a ser criada e gerida pelo Ministério Público Federal, com sede, justamente, em Curitiba/PR.

Por conta de diversos vícios – formais e materiais – na celebração e homologação, o acordo foi declarado inválido em decisão liminar proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes. O passo seguinte, no entanto, era incerto – "o que fazer com o dinheiro?". Por decisão do ministro, foi aberto um *diálogo institucional* – envolvendo a Presidência da Câmara dos Deputados, a Secretaria-Geral da Presidência da República, a Procuradoria-Geral da República, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Economia e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional –, que resultou em um (outro) acordo para destinação dos valores **à** educação e **à** proteção do meio ambiente. Posteriormente, com a superveniência da crise provocada pela pandemia de COVID-19, houve uma repactuação, com a finalidade de alterar a destinação de tais valores para o custeio das ações de prevenção e combate **à** doença.

Desde esses casos pioneiros, mais de cem processos foram submetidos às mesas de negociações[29], envolvendo

29 Conforme dados do Painel Acordos Cíveis disponibilizados no portal eletrônico do STF, em 20/6/2025, a Corte contava com 119 processos no Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL). Fazendo um recorte a partir do resultado da conciliação, observa-se que: (*a*) foram homologados acordos em 50 casos; (*b*) estão pendente de análise 40 casos; (*c*) não houve acordo em 25 casos; e (*d*) 4 casos foram "analisados". O relator com maior número de processos no Núcleo é o Ministro Edson Fachin e o com menor número (surpreendentemente, por conta de sua filiação acadêmica à corrente da "justiça multiportas") é o Ministro Luiz Fux. Com relação à classe processual dos casos submetidos: 28 foram em ACO; 1 em ADC; 17 em ADI; 2 em ADO; 15 em ADPF; 2 em AO; 1 em AR; 14 em ARE; 1 em MI;

uma ampla variedade de matérias e de classes processuais[30] – de conflitos territoriais entre entes federativos (ACO 3568), passando por planos de vacinação (ACO 3518, ACO 3520 e ADPF 829) até controvérsias sobre distribuição de royalties da produção de petróleo e derivados (ADI 4916, ADI 4917, ADI 4920, ADI 5038, ADI 5621 e RE 867960) e controle de entidades desportivas (ADPF 1110 e ADI 7580). O impacto desse novo modelo decisório na atuação do Supremo **é tão significativo que já atinge alguns dos principais conflitos políticos e sociais do país**, como a tese do marco temporal para demarcação de terras indígenas (ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86); a impositividade das emendas parlamentares ao orçamento (ADI 7.697); a judicialização da saúde e dos critérios de custeio de medicamentos de alto custo (RE 1.366.243); e a majoração das alíquotas do IOF (ADI 7.827, ADI 7.839, ADC 96 e ADC 97).

Nesse contexto, **é possível** afirmar, sem medo de errar, que o Supremo Tribunal Federal não apenas decide, como também dialoga e intermedia deliberações e negociações sobre o sentido da Constituição.[31] Mas a implementação

3 em MS; 2 em Pet; 13 em Rcl; 7 em RE; 8 em SL; e 5 em STP.

30 Para uma análise empírica ampla dos dados disponibilizados pelo NUSOL, com o objetivo de identificar os motivos que influenciam o encaminhamento de casos para a conciliação ou para mediação pelos ministros do STF e qual o papel que a conciliação e a mediação instituída na corte vêm desempenhando, ver: ASPERTI; CHIUZULI, 2024.

31 Partindo da análise dessa transformação na arquitetura da jurisdição constitucional, Georges Abboud chega a afirmar que essa abertura aos acordos tem sido condição da própria manutenção da democracia liberal, oferecendo ao menos quatro grandes vantagens: a) definição de questões complexas em tempo mais razoável; b) soluções mais plurais e detalhadas, que permitem o estabelecimento de cronograma e de regras para implementação e cumprimento da decisão; c) mais maleabilidade e possibilidade de revisão de termos de forma menos traumática; e d) instituição menos traumática do ponto de vista social, já que, diferentemente de uma decisão, os acordos não estabelecem vencedores e vencidos (ABBOUD, 2025, p. 207).

desse novo modelo decisório não é livre de tensões. Como se vê, as disputas constitucionais submetidas a esse modelo não-binário de decisão não abrangem apenas controvérsias técnico-científicas ou inovações tecnológicas. Sequer envolvem apenas conflitos de interesses entre partes definidas. Muitas vezes, são decisões que afetam todos os membros da comunidade política, casos em que se discute a própria constitucionalidade de leis e atos normativos – o próprio sentido que deve ser atribuído à Constituição.

Portanto, antes de incorporar a jurisdição constitucional de final aberto **à** gramática da teoria constitucional e assumir essa mudança como um novo *momento*[32] ou *paradigma*[33] do constitucionalismo, talvez ainda seja necessário dar um passo atrás e questionar a própria legitimidade democrática e constitucional do novo modelo. Seria a *jurisdição de final aberto* uma forma realmente *legítima* de reinventar o papel da Suprema Corte e, assim, possibilitar a regulamentação de questões complexas e controversas? Em uma democracia, esse não seria o papel da política? Ou sua morte também já foi anunciada?

III. Quando a abertura esbarra na legitimidade.

A jurisdição constitucional de final aberto é, portanto, além de uma formulação teórica, uma realidade institucional. Nela, o *autor* da decisão – o Poder Judiciário – deixa a conclusão da narrativa à disposição, permitindo que outros *intérpretes* criem e disputem respostas normativas. Sentenças de procedência e improcedência dão lugar ao diálogo, ao acordo e à autorregulação. A Corte, em vez de decidir, pro-

32 ACKERMAN, 2007.

33 Sobre os paradigmas jurídico-constitucionais, ver: FERRAJOLI, 2018; CATTONI DE OLIVEIRA, 2025, p. 73-92.

porciona um espaço de construção de desfechos – tanto definitivos quanto provisórios – **à interpretação constitucional.**

Trata-se de um modelo decisório que busca dissolver ou, pelo menos, enfrentar (o diagnóstico) de um problema: o *fracasso do Direito*. De um lado, aumentam os conflitos constitucionais que exigem conhecimento científico muito especializado, que excede a formação jurídica – como as discussões envolvendo efeitos de campos eletromagnéticos sobre a saúde humana ou riscos do uso do amianto crisotila. De outro lado, a disfuncionalidade das instituições transfere ao Supremo Tribunal Federal a obrigação de decidir sobre os principais desacordos morais e políticos da sociedade – como a demarcação de terras indígenas e as emendas impositivas ao orçamento –, causando reações sociais e políticas adversas às decisões judiciais. Essa dupla pressão – técnica e política – põe em dúvida a normatividade jurídica desafia a capacidade decisória da Suprema Corte.

Contudo, essa complexidade dos casos não pode servir de pretexto para o enfraquecimento da soberania popular e da normatividade que estrutura e constitui o constitucionalismo contemporâneo. A Constituição de 1988 – de caráter indiscutivelmente compromissório – coloca a ideia de emancipação individual e social como objetivo fundamental da República e aposta no papel transformador do Estado para resgatar as promessas incumpridas da modernidade, permeando o sistema com diversos comandos constitucionais de efetivação de direitos, bem como fortíssimos elementos de blindagem contra retrocessos institucionais[34]. Logo, embora ainda careça de concretização – e, portanto, permaneça passível de radicalização, pela retenção do impulso constituinte e da sempre presente possibilidade de renovação e atualização

34 STRECK, 2014, p. 198.

dos compromissos constitucionais[35] –, o atual paradigma de democracia constitucional precisa ser preservado e continuamente reivindicado.

É necessário, então, marcar uma distinção: ouvir vozes especializadas e concepções de mundo diversas – como é o caso da realização de audiências públicas em questões políticas controversas e a admissão dos *amicus curiae* em litígios constitucionais, que permitem que outras pessoas, organizações, instituições e Poderes da República participem da deliberação e, assim, impactem e influenciem a interpretação da Constituição –, é desejável e compatível com os fundamentos da Constituição[36]; mas, quando o Judiciário deixa de decidir e passa a "coordenar" o processo político de disputas interpretativas, ele cruza a fronteira que legitima sua atuação – e desnuda um novo mapa, fora dos limites constitucionais. Neste capítulo, pretende-se apresentar essa outra face da jurisdição constitucional de final aberto, demonstrando como ela pode contrariar – em *três dimensões* – pressupostos centrais do constitucionalismo democrático contemporâneo.

A primeira dessas dimens**ões** diz respeito à *legalidade*. A competência do Supremo Tribunal Federal para mediar e homologar interpretações em ações de controle de constitucionalidade foi institucionalizada quando o então Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, editou a Resolução n.° **697/2020**, que criava o Centro de Mediação e Conciliação do Supremo Tribunal Federal (CMC-STF), com o objetivo de "buscar, mediante mediação ou conciliação, a solução de questões jurídicas sujeitas à competência do STF que, por sua natureza, a lei permita a solução pacífica".

35 CHUEIRI, 2024, p. 113.

36 Sobre a incorporação de mecanismos deliberativos no desenho da jurisdição brasileira, ver: RODRIGUEZ, 2019, p. 109.

O órgão passou por algumas alterações[37]. A última delas foi realizada em 2023, na Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso (Ato Regulamentar nº 27/2023), quando foi implementada a Assessoria de Apoio à Jurisdição (AAJ-STF), agora vinculada à Secretaria-Geral da Presidência e composta por três núcleos: (*i*) Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC); (*ii*) **Núcleo** de Análise de Dados e Estatísticas (NUADE); e (*iii*) Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL)[38]. Em seu voto no processo administrativo que deu origem às modificações, o Ministro Barroso argumenta que a criação do NUSOL se justificaria por razões semelhantes ao CMC-STF – pelo apoio aos gabinetes "na busca e implementação de soluções consensuais de conflitos processuais e pré-processuais, bem como promover a cooperação judiciária do STF com os demais órgãos do Poder Judiciário".

Ocorre que a coordenação de conciliações e a homologação de acordos em jurisdição constitucional não está – nem nunca esteve – prevista no rol de competências do artigo 102 da Constituição de 1988. Não foi introduzida por lei específica. Não está, sequer, prevista no Regimento Interno da Corte. Foi por meio de um ato regulamentar, cuja finalidade

37 Em 2022, por meio da Resolução nº 790/2022, a Ministra Rosa Weber transformou o CMC-STF no Centro de Soluções Alternativas de Litígios (CESAL-STF), contando com três sub-órgãos: o Centro de Mediação e Conciliação (CMC), o Centro de Cooperação Judiciária (CCJ) e o Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CADEC).

38 Aqui também parece haver um problema, na medida em que o Ato Regulamentar é a nomenclatura dada aos atos que criam e alteram normas no Regulamento da Secretaria. Conforme o Regimento Interno do STF: "Art. 361. Os demais atos da competência do Tribunal, normativos ou individuais, obedecem à seguinte nomenclatura: Ato Regulamentar – para introduzir modificações no Regulamento da Secretaria, bem assim para dispor normativamente, quando necessário ou conveniente, sobre matéria correlata com a que nele se regula"

deveria ser apenar complementar o Regimento Interno e resolver os casos omissos[39], que a Corte inaugurou essa nova competência institucional – a de "avalista das modificações legislativas feitas por instituições que, às vezes, podem sequer ter participado do processo legislativo"[40].

Com efeito, quando uma resolução ou um ato regulamentar assume a função de dizer aquilo que a Constituição não disse, instaurando uma ruptura tão significativa com a tradição constitucional e com a própria separação dos poderes, é porque a noção de rigidez constitucional está fragilizada[41]. Assim, em uma primeira análise, **já** se pode afirmar que que os acordos em jurisdição constitucional padecem de uma *legitimidade formal* precária, justamente pela falta de um procedimento constitucional – ou, ao menos, legal – que lhes dê respaldo.

A segunda dimensão envolve a *normatividade da Constituição e dos direitos fundamentais.* Ao admitir que determinados conflitos sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos possam ser submetidos à conciliação, o

39 Pelo menos é nesse sentido a previsão do Regimento Interno do STF: "Art. 363. Os atos da competência própria do Presidente, em matéria regimental ou administrativa, obedecem à seguinte nomenclatura: i) Resolução – numerada seguida e ininterruptamente, para complementar o Regimento Interno ou o Regulamento da Secretaria e resolver os casos omissos, bem assim para complementar a legislação relativa ao funcionalismo, ou regular sua aplicação".

40 GODOY, 2021, p. 1051. No mesmo sentido, mais recentemente, ver: GODOY, 2026.

41 Essa é, também, a crítica de Lenio Streck à Lei 9.868/1999, que "não é uma simples lei de direito processual [...] porque trata da especificação do funcionamento da jurisdição constitucional" – o processo e o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. Por essa razão, a regulação poderia ser feita "somente por emenda constitucional que estabelecesse a possibilidade de elaboração de uma lei poderia tratar-se dessa matéria". Nesse assunto, porém, Streck reconhece a vitória da pragmática – ou da *realjuridik* –, na medida em que, a esta altura, a discussão parece estar superada (STRECK, 2018. p. 313-315).

ponto central deixa de ser a *constitucionalidade* da norma questionada – "as emendas parlamentares impositivas ao orçamento deturpam, ou não, o sistema presidencialista e a separação de poderes?"; "corrompem, ou não, o sistema eleitoral e a legitimidade do voto popular?" –, e passa a ser a *viabilidade* de uma solução consensual. Há, portanto, uma descrença em relação à capacidade do Direito de solucionar os conflitos sociais – já que, com a institucionalização dos acordos, abdica-se da busca por uma resposta jurídica adequada ao caso.

Paradoxalmente, em contraposição a esse ceticismo em relação à normatividade jurídica, a implementação de acordos em jurisdição constitucional fundamenta-se em algumas esperanças substantivas – como a proteção de espaços de autonomia privada e a manutenção da harmonia entre os Poderes da República e a sociedade civil. Assim, diante de reivindicações fortes e concorrentes – por exemplo, entre legislativo e executivo, entre contribuinte e fisco, entre trabalhadores e empregadores –, a solução seria negar a vitória total a qualquer dos lados e conceder um espaço de discricionariedade para a construção de uma regulação negociada[42].

42 Essa é, em grande medida, a análise de Duncan Kennedy em relação projeto de proceduralização de Wiethölter. Kennedy sugere que Wiethölter "vê esse limite [não abalar o equilíbrio básico (ou impasse!) da atual situação político-econômica] como decorrente do fracasso do direito, porque esse evento significa que os tribunais não possuem, no momento, um método jurídico neutro que lhes permita decidir inequivocamente por qualquer um dos lados – questões fundamentais são 'indecidíveis', e, além disso, a sociedade está constituída de forma que seria perigoso fazer qualquer coisa que a desestabilize. Ainda assim, ambos os artigos são paradoxalmente esperançosos de que essa abordagem produzirá dois eventos bastante otimistas: [...] a manutenção do equilíbrio delicado entre as instituições burocráticas do sistema democrático capitalista de bem-estar (manutenção de sistemas com riscos muito altos) e a defesa de áreas de autonomia contra a burocratização por meio da legalidade" (KENNEDY, 2012, p. 515).

Essa opção em favor da consensualidade, longe de ser neutra[43], fundamenta-se na premissa que a eliminação do dissenso e a estabilidade das decisões constituiriam a principal finalidade da jurisdição constitucional. Trata-se de uma escolha política e normativa relevante, pois também implica eleger uma concepção específica de Constituição – mais como equalizadora de interesses do que como ordem normativa vinculante[44].

Essa concepção, no entanto, entra em tensão com a própria função atribuída à jurisdição constitucional no paradigma do constitucionalismo contemporâneo, no qual ela se legitima – e somente se legitima – pela preservação da *autonomia do Direito.* Essa autonomia é ruptural, entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente, que institucionaliza as dimensões com ele intercambiáveis[45]. Ou seja, o Direito é criado em um processo permeado pelos influxos da moral, da política e da economia, mas, após a institucionalização, juízos morais, políticos e econômicos não podem afetar a normatividade jurídica. Logo, se as emendas parlamentares impositivas ao orçamento deturpam o sistema de freios e contrapesos – como deturpam – e corrompem o processo eleitoral – como corrompem – não há argumento moral, político, ou econômico que possa harmonizar essa inconstitucionalidade.

43 Trata-se da conhecida crítica de Chantal Mouffe a Jürgen Habermas e John Rawls: "one cannot oppose, as so many liberals do, procedural and substantial justice without recognizing that procedural justice already presupposes acceptance of certain values. […] Procedures always involve substantial ethical commitments" (MOUFFE, 2000, p. 68).

44 Na verdade, trata-se de uma opção fortemente influenciada pela racionalidade neoliberal, que reduz todas as dimensões individuais e sociais à lógica instrumental e econômica. Sobre a ancoragem neoliberal dos acordos em jurisdição constitucional, ver: CHUEIRI; GODOY; FONÇATTI, 2025.

45 STRECK, 2020, p. 25-26.

Trata-se de uma mudança de paradigma que introduziu uma dimensão substancial à democracia, vinculando e limitando o conteúdo das leis e das próprias alterações constitucionais. Não é à toa que o próprio sistema constitucional instituiu as chamadas cláusulas pétreas. O marco constitucional define, como diz Luigi Ferrajoli, uma *esfera do indecidível*: aquilo que nenhuma maioria pode validamente decidir, isto é, a violação ou a restrição dos direitos políticos e de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, isto é, a satisfação dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos[46]. O que constitui a própria democracia deve estar fora de seu alcance. As garantias de total e igual acesso à arena política e os direitos fundamentais são inegociáveis.

Portanto, submeter direitos à lógica consensual também compromete sua normatividade e esvazia sua função de limite material, na medida em que a discussão deixa de ser pautada pela lógica deontológica dos princípios e passa a ser regida pela lógica finalística do poder[47]. O resultado é o enfraquecimento da própria da Constituição, que deixa de ser *parâmetro* do controle para se tornar *objeto* de negociação.

Por fim, há um terceiro pilar estruturante do constitucionalismo contemporâneo que é enfraquecido nos acordos: a *participação política.* A conciliação em jurisdição tende a esvaziar a importância desse imperativo democrático, segundo o qual toda pessoa tem direito de participar da criação das regras que regulam a vida social.[48]

46 FERRAJOLI, 2007.

47 É nesse mesmo sentido a clássica crítica de Owen Fiss aos acordos no processo civil. Segundo Fiss, a tarefa da jurisdição "não é maximizar os objetivos de particulares, nem simplesmente assegurar a paz, mas explicar e conferir força aos valores contidos em textos de grande autoridade, como a Constituição e as leis: para interpretá-los e deles aproximar a realidade. Essa tarefa não é desempenhada quando as partes celebram um acordo" (FISS, 1984, p. 1085).

48 Trata-se da essência da ideia de soberania popular, encontrada na for-

Na prática jurídica brasileira, observa-se alguns exemplos de acordos cuja legitimidade é gravemente questionável em razão das condições assimétricas de negociação. O caso mais emblemático nesse sentido envolve o processo de conciliação sobre a tese do "marco temporal" para demarcação de terras indígenas (ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86)[49]. Desde o início, as sessões da comissão especial foram marcadas por profundas divergências. Na sessão inaugural, os membros da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) foram informados que a comissão poderia tomar decisões por votação majoritária. Essa forma de "negociação" implicava em uma desvantagem estrutural expressiva, já que os representantes dos povos indígenas contavam com apenas seis, dos vinte e quatro, assentos. Em protesto, a Apib retirou-se da comissão na segunda sessão, após ler uma carta pública na qual denunciava que "não havia nitidez sobre o que se estaria a conciliar, quais seriam os pontos em discussão e o que poderia ser concretamente alterado no sistema de proteção dos direitos indígenas"[50].

mulação rousseaniana de *vontade geral*. Na filosofia política de Rousseau, a titularidade do poder é transferida ao povo, e a soberania passa a representar o "exercício da vontade geral", elemento capaz de conduzir "as forças do Estado segundo os fins da sua instituição, que é o bem comum". Nessa perspectiva, a igualdade é a base do sistema social, a partir da qual se forma um corpo político no qual todos os cidadãos são, simultaneamente, súditos e soberanos (ROUSSEAU, 1999. p. 33).

49 O marco temporal é uma interpretação segundo a qual os povos originários somente teriam direito às terras tradicionalmente ocupadas se estivessem em sua posse na data da promulgação da Constituição de 1988. Embora essa tese tenha sido declarada inconstitucional pelo STF no julgamento do RE 1.017.365, poucos meses depois, o Congresso Nacional editou a Lei nº 14.701/2023, repristinando o marco temporal. Em face dessa lei que foram propostas as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

50 Mesmo sem a participação da Apib, na prática, a conciliação não avançou. Ao final dos trabalhos, de um total de trinta e um artigos de uma proposta de anteprojeto de lei elaborada pelo ministro relator, apenas dezessete artigos foram apreciados, e apenas dois – envolvendo novas regras para

Há outros casos com problemas semelhantes e igualmente graves. No processo envolvendo as fraudes de descontos associativos nos proventos de segurados do INSS (ADPF 1236), por decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli homologou-se acordo firmado entre a União, o INSS, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O acordo fixou compromisso de responsabilização e condições de ressarcimento pela Administração Pública. Todavia, apesar da existência de cláusulas restritivas de direitos (como o não pagamento de danos morais e repetição de indébito), o acordo não contou com a participação nenhuma entidade representante dos aposentados lesados – isto é, foi acordado sem os principais interessados.[51]

É claro que se encontram acordos com diferentes níveis de participação. Todavia, mesmo nos casos em que se presume maior representatividade das pessoas mais afetadas, a composição de interesses em processos judiciais que envolvam a constitucionalidade de leis e atos normativos sempre acaba por violar o princípio democrático em alguma medida. Afinal, se todo poder realmente emana do povo, por qual razão apenas alguns atores políticos ou agentes privados poderiam construir um acordo que (re)define a

o processo de reconhecimento das Terras Indígenas – obtiveram algum nível de consenso.

51 De fato, na decisão, foi consignado que as instituições signatárias deverão divulgar não só o acordo, mas também a "voluntariedade de sua adesão pelos beneficiários do RGPS que foram vítimas de fraudes mediante descontos não autorizados por parte de entidades associativas e dos efeitos jurídicos dessa adesão", bem como a "não limitação ou prejuízo do exercício, pelos beneficiários, de eventuais direitos que entendam lhes assistir em face das entidades associativas envolvidas, os quais poderão ser demandados no foro estadual competente". No entanto, essa observação contrasta com a determinação dos processos judiciais em curso, assim como com a cláusula que impede o ajuizamento de novas ações após a adesão.

interpretação – institucional e vinculante – sobre os sentidos da Constituição?

A Constituição não é do Congresso Nacional, não é do Supremo Tribunal Federal, e tampouco de organizações ou associações de classe. Como destaca Marcelo Cattoni, "uma constituição é legítima e efetiva enquanto o próprio sentido *de* e *da* constituição for objeto de disputas interpretativas e, portanto, políticas, na esfera pública" e não apenas em função de uma "suposta correspondência, em maior ou menor medida, entre um dado conteúdo constitucional e a realidade dos processos políticos, sociais e econômicos"[52]. Nenhum poder – seja público ou privado – pode substituir a participação do cidadão na disputa interpretativa sobre o sentido da Constituição, sob pena de se dar continuidades a tradições autoritárias com as quais o movimento constitucional contemporâneo vem romper.[53]

Nesse contexto, embora a representação parlamentar apresente limitações e enfrente seus próprios problemas de legitimidade[54], é fato que o processo legislativo ainda **é impactado por** pressões pelo cumprimento de compromissos eleitorais e garante alguns mecanismos institucionais de participação e controle democrático da produção normativa – como a publicidade das discussões e votações, a previsão de regras e fases para tramitação e, especialmente, a obrigatoriedade de consideração de uma pluralidade de interesses respaldados pelo voto proporcional. Não há dúvida, portan-

52 CATTONI DE OLIVEIRA, 2025, p. 49.

53 É precisa a definição de Marcelo Cattoni: "a Constituição é nossa [...] um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais; se não, não é Constituição" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 75).

54 Nesse sentido, menciona-se a conhecida crítica de Rosanvallon à concepção meramente representativa e eleitoral de democracia (ROSANVALLON, 2011)

to, que a substituição desse espaço deliberativo por acordos mediados pelo Supremo agrava ainda mais a distância entre as pessoas e a tomada de decisão sobre aquilo que as afeta. Há, na própria estrutura dos acordos, uma insuperável separação entre os poucos que eventualmente ocupam os espaços formais de conciliação, como as audiências públicas[55] e as mesas de negociação, e a coletividade de pessoas afetadas pelas interpretações constitucionais produzidas – que não participam da discussão sequer indiretamente.

Dessa forma, na medida em que os processos de deliberação se concentram na mão de apenas alguns agentes estatais ou privados, à margem da participação popular, a abertura da jurisdição à negociação sobre o sentido da Constituição não parece representar propriamente um ganho democrático. Pelo contrário, essa abertura permite a captura dos mecanismos de participação política, favorecendo até mesmo usos abusivos da jurisdição constitucional – que instrumentalizam a instituição para corromper o sistema de freios e contrapesos, minar o pluralismo político e atacar direitos individuais e protetivos de grupos vulnerabilizados[56].

No fundo, a ausência de previsão constitucional, o ceticismo em relação à normatividade da Constituição e dos direitos fundamentais e a falta de participação política representam apenas dimensões diferentes de um mesmo problema: o déficit de legitimidade democrática e constitucional da abertura da jurisdição constitucional à negociação.

55 Sobre os problemas de participação política nas audiências públicas ver: GODOY, 2017; SALES, 2022.

56 Cf. LANDAU, 2013.

Conclusão: um *final aberto* nem sempre é um *final feliz.*

"Nada se emenda bem nos livros confusos, mas tudo se pode meter nos livros omissos". Já se aproximando do desfecho de *Dom Casmurro,* Bentinho confessa que n**ão se incomoda** com livros incompletos. Pelo contrário, aprecia-os. Para ele – ou, talvez, para o próprio Machado de Assis, por trás do ciumento narrador – basta fechar os olhos e deixar que a imaginação complete tudo aquilo que faltou. "Quantas ideias finas me acodem então! Que de reflexões profundas!" – exclama, com pouca modéstia. Os rios, as montanhas e as igrejas que não estavam nas folhas lidas agora aparecem de forma nítida – "com as suas águas, as suas árvores, os seus altares"[57].

No entanto, nem todos os finais abertos podem ser preenchidos livremente, de olhos fechados, como sugeria o bruxo do Cosme Velho. O próprio Umberto Eco, articulador da noção de *semiótica ilimitada*, já alertava para o fato de que "dizer que um texto potencialmente não tem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um *final feliz*"[58]. Algumas interpretações são manifestamente equivocadas – seja porque violam a materialidade do texto, seja porque desrespeitam as exigências de coerência e integridade na interpretação.

Certamente, a literatura pode ser uma potente aliada para a compreensão dos fenômenos jurídicos, políticos e socias – entre eles, o constitucionalismo –, à medida que oferece chaves de interpretação muitas vezes inexploradas pelos juristas, contribuindo para a crítica e construção dos senti-

57 ASSIS, 2015, p. 138.

58 ECO, 1992, p. 24.

dos[59]. Contudo, não há dúvida que essa constatação – de que toda interpretação tem limites – adquire um peso especial no campo jurídico. Se, no campo artístico, a interpretação equivocada de um romance pode levar a incontáveis discussões e debates teóricos, com a realização de dezenas de seminários e congressos, além da produção de artigos, teses e livros; no Direito, uma interpretação equivocada produzirá efeitos concretos na vida das pessoas[60]. Interpretar a Constituição não é imaginar montanhas, rios ou altares; é reconhecer direitos, distribuir poderes, moldar futuros possíveis. No limite, a interpretação constitucional afirma quem terá acesso a um remédio, quem controlará a destinação de recursos públicos e quem conservará determinada porção de terra[61].

Portanto, embora a especificidade técnico-científica das discussões jurídicas e a crescente judicialização dos impasses políticos pressionem a jurisdição constitucional à abertura, essa abertura não pode ser irrestrita. Ainda são necessários parâmetros – institucionais e interpretativos – que confiram legitimidade à construção e à aplicação do direito. É justamente neste ponto que a teoria constitucional precisa resistir à tentação de realizar apenas descrições complacentes da jurisprudência dos Tribunais – que obscurecem as alternativas concretas que (sempre) existem em uma realidade social contingente e historicamente situada – e assumir uma postura crítica, esboçando horizontes de resgate e concretização das promessas incumpridas do constitucionalismo.

Afinal, a profundidade e a falta de compreensão plena dos desacordos morais e políticos não justificam a institucio-

59 TRINDADE; ALCÂNTARA, 2020, p. 19-22.

60 TRINDADE, 2023, p. 24.

61 Como já disse Cover, a "interpretação jurídica ocorre em um campo de dor e morte". Ela transforma a compreensão de um texto político em modos de ação institucionais, realizando futuros normativos através de práticas de violência coletiva (COVER, 1986, p. 1601).

nalização de qualquer consenso. A tendência de ampliação da lógica negocial na jurisprudência da Suprema Corte tampouco a torna irreversível ou insuscetível de objeção. Outras leituras e narrativas podem, de fato, contribuir para uma interpretação constitucional mais qualificada e democrática, mas os desfechos da jurisdição constitucional apenas serão legítimos se garantirem a força normativa dos direitos e assegurarem a efetiva participação popular na construção das normas que conformam sua história.

A opção entre um *final* ou *outro* à jurisdição constitucional não é, portanto, apenas uma questão estética. Discutir finais, no Direito, é uma questão de democracia.

Referências

ABBOUD, Georges. *Acordos no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2025.

ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

ABBOUD, Georges; KROSCHINSKY, Matthäeus. Constitucionalismo digital ou digitalização do constitucionalismo analógico? *In:* PINTARELLI, Camila; PIOVESAN, Flávia; ABBOUD, Georges (Org.). *Constitucionalismo digital e direitos humanos*. São Paulo. Thomson Reuters, 2024, pp. 43-64.

ABBOUD, Georges; KROSCHINSKY, Matthäeus; VAUGHN, Gustavo Fávero. Proceduralização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais*, v. 113, n. 1069, pp. 131-145, 2024.

ACKERMAN, Bruce. The Holmes Lectures: The Living Constitution. *Harvard Law School*, v. 120, n. 7, pp. 1737-1812, 2007.

ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro.* Porto Alegre: L&PM, 2015.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; CHIUZULI, Danieli Rocha. Supremo conciliador?: análise dos casos encaminhados à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 10, n. 2, pp. 450–499, 2024.

CALDWELL, Helen. *O Otelo brasileiro de Machado de Assis*: um estudo de Dom Casmurro. São Paulo: Ateliê, 2002.

CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global*. São Paulo: Contracorrente, 2022.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia*: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. 5. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2025.

CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 15, n. 45, pp. 63–91, 2021.

CHUEIRI, Vera Karam. *Constituição radical*: percursos de constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Arrais, 2024.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de; FONÇATTI, Gabriel Martins. Conciliação no STF para além da normatividade: entendendo a constituição negocial; mobilizando a constituição radical. *Revista Direito e Práxis*, v. 16, n. 2, pp. 1–23, 2025.

COVER, Robert. Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, n. 97, v. 4, pp. 4-68, 1983.

COVER, Robert. Violence and the Word. *Yale Law Journal*, v. 95, n. 8, pp. 1601-1629, 1986.

ECO, Umberto. *Interpretation and overinterpretation*. New York: Cambridge University Press, 1992.

ECO, Umberto. *Opera aperta*. Milano: Bompiani, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FISS, Owen. Against Settlement. *The Yale Law Journal*, v. 93, n. 6, p. 1073-1090, 1984.

GODOY, Miguel Gualano de. *A Constituição Negociada?* Conciliação e limites da jurisdição constitucional no STF. Londrina, PR: Thoth, 2026

GODOY, Miguel. *Devolver a constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GODOY, Miguel. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 2, pp. 1034–1069, 2021.

KENNEDY, Duncan. Comment on Rudolf Wietholter's "Materialization and Proceduralization in Modern Law", and "Proceduralization of the Category of Law". *German Law Journal*, v. 12, n. 1, pp. 474-487, 2011. DOI: http://doi.org/10.1017/S2071832200016953.

KROSCHINSKY, Matthäus. *A fragmentação do direito*: sociologia jurídica contemporânea. São Paulo: Thomson Reuters, 2025.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, v. 47, pp.189-260, 2013.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 16, n. 1, pp. 1-33, 2020.

MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. London: Verso, 2000.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 93, pp. 201-232, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas*. Democracia, Diversidade, Multinormatividade. São Paulo: LiberArs, 2019.

ROSANVALLON, Pierre. *Democratic legitimacy*: impartiality, reflexivity, proximity. Princeton: Princeton University Press, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALES, Tainah. A participação social no Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico das audiências públicas em ações de controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito Brasileira*, Florian**ó**polis, v. 31, n. 12, pp. 70–88, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais:* constitucionalismo social na globalização. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, v. 14, n. 33, pp. 9-31, 2003.

TRINDADE, André Karam. A superinterpretação no direito brasileiro. *In:* TRINDADE, André Karam. STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Superinterpretação no Direito*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 15-36.

TRINDADE, André Karam; ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves. *Constitucionalismo de ficções*: uma incursão na história do direito brasileiro por meio da literatura. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

TRINDADE, André Karam; ANTONELO, Amanda. Constitucionalismo digital: um convidado (in)esperado. *Revista Brasileira de Direito*, v. 18, n. 1, p. e4816, 2023.

WIETHÖLTER, Rudolf. *Las formulas mágicas de la ciencia jurídica.* São Paulo: Olejnik, 2019.

WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and Proceduralization in Modern Law. *In:* TEUBNER, Gunther (Ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*, New York-Berlin: Gruyter, 1988, pp. 221-249.

Recebido em: 10/12/2025
Aprovado em: 07/05/2026

André Karam Trindade
E-mail: andrekaramtrindade@gmail.com

Pedro Zanatta Silveira Borges
E-mail: pzsborges@gmail.com