

O ACORDO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A ABERTURA COGNITIVA DA CORTE COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DA LEGITIMIDADE DE SUAS DECISÕES. A NECESSIDADE DE UM DIREITO PROCEDURAL

THE AGREEMENT IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE COURT'S COGNITIVE OPENNESS AS A MEANS OF PRESERVING THE LEGITIMACY OF ITS DECISIONS. THE NEED FOR A PROCEDURAL RIGHT.

Marcus Vinicius Vita Ferreira¹

Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino (IDP, Brasília/DF, Brasil).

ÁREA(S): direito constitucional.

RESUMO: A jurisdição constitucional, diante da hipercomplexidade do mundo contemporâneo, não consegue estabelecer o modelo clássico de jurisdição defendido por Hans Kelsen ou, mais recentemente, por Niklas Luhmann, já que, em determinados temas, não há o código binário lícito ou ilícito, constitucional ou inconstitucional. A multiplicidade de matérias que escapam do ordenamento jurídico exige uma maior abertura cognitiva da Corte Constitucional, para buscar resoluções para além da decisão

top-down, e o acordo se apresenta exatamente para cobrir a lacuna da obrigatoriedade de o Judiciário decidir tudo o que lhe é levado pelas partes.

ABSTRACT: *Constitutional jurisdiction, faced with the hypercomplexity of the contemporary world, cannot establish the classical model of jurisdiction defended by Hans Kelsen or, more recently, Niklas Luhmann, since in certain issues there is no binary code of lawful or unlawful, constitutional or unconstitutional. The multiplicity of matters that escape the legal system requires a greater cognitive openness of the Constitutional Court, to*

¹ Advogado, Mestre e Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino (IDP, Brasília/DF, Brasil). E-mail: . Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9687896730201215>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-7023-5407>.

seek resolutions beyond the top-down decision, and the agreement is precisely to cover the gap of the Judiciary's obligation to decide everything that is brought to it by the parties.

PALAVRAS-CHAVE: processo constitucional contemporâneo; abertura cognitiva da Corte; hipercomplexidade das relações sociais; superação do modelo clássico de jurisdição constitucional enquanto sistema *top down* de decisões; acordo como ferramenta procedural de resolução de litígios; temas que escapam ao código binário lícito/ilícito; direito procedural.

KEYWORDS: *contemporary constitutional process; cognitive opening of the Court; hypercomplexity of social relations; overcoming the classical model of constitutional jurisdiction as a top-down system of decisions; agreement as a procedural tool for resolving disputes; issues that escape the binary code of lawful/unlawful; procedural law.*

SUMÁRIO: Introdução; I – A releitura do arquétipo decisório clássico; II – O acordo como alternativa procedural de resolução de litígios que escapam ao ordenamento jurídico; II.I As opções postas para solucionar a crise de legitimidade decisória. Audiências públicas e *amicus curiae*.

ABSTRACT: Constitutional jurisdiction, faced with the hypercomplexity of the contemporary world, cannot establish the classical model of jurisdiction defended by Hans Kelsen or, more recently, Niklas Luhmann, since in certain issues there is no binary code of lawful or unlawful, constitutional or unconstitutional. The multiplicity of matters that escape the legal system requires a greater cognitive openness of the Constitutional Court, to seek resolutions beyond the top-down decision, and the agreement is precisely to cover the gap of the judiciary's obligation to decide everything that is brought to it by the parties.

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo tem enfrentado questões absolutamente desafiadoras, surgidas com as novas tecnologias, com as novas formas de relações sociais e núcleos familiares e, o mais eloquente, com as novéis formas de comunicação, com as redes sociais representando a verdadeira ágora ou campo de batalha moderno, dotadas de regras e códigos linguísticos próprios. Para além disso, o mundo se depara,

ora com encantamento e, muitas vezes, com absoluto espanto e temor, com revoluções na genética, bioética, biossegurança, inteligência artificial – para não falar no agigantamento dos discursos de ódio pela rede mundial de computadores.

Para muitas dessas questões, tamanha a velocidade com que surgem e se transformam em fatos sociais, completamente absorvidos pelas sociedades ou por alguns de seus segmentos, sequer existe norma jurídica e, portanto, a impossibilidade de uma decisão que se possa dizer absolutamente de acordo com o ordenamento jurídico. De outro lado, em casos tais, o legislador, quando resolve agir, ou a questão já se tornou velha ou, mesmo, inócua, ultrapassada. Isso sem falar que, por vezes, é mais confortável ao legislador deixar que o Judiciário enfrente determinados temas do que desagradar as suas respectivas bases eleitorais².

A ausência de normas específicas ou, mesmo, de regulações mais claras lança o Judiciário no campo da ilação, do ineditismo e da ausência de parâmetros, já que foge completamente do conceito adjudicatório clássico, e isso em um sistema que não admite a ausência de decisão – ainda que consciente e necessária – do julgador, mas, ao contrário, o obriga a decidir.

Para a manutenção do padrão decisório atual, decorrente do constitucionalismo pós-Segunda Guerra, em que as supremas Cortes foram dotadas de poderes superlativos e que se obriga a dar resposta a tudo que lhe é levado, fatalmente recairá no indesejável ativismo judicial e em subjetivismo na aplicação e interpretação de princípios abertos, de múltiplas compreensões semânticas, e que findam por colocar a Corte em posição de grande exposição, correndo o terrível risco da perda de legitimidade de suas decisões. Deixa-se de olhar para a Suprema Corte como a *última trincheira* na defesa de direitos fundamentais para transformá-la, erroneamente, no epicentro de crises políticas e sociais.

² Nesse sentido, convém citar a importantíssima obra de Ran Hirschl: *Rumo à juristocracia*. As origens e consequências do novo constitucionalismo. 1. ed. São Paulo: E.D.A., 2020. A obra aborda, com absoluto rigor científico, a consciente transferência decisória do Parlamento para o Judiciário.

I – A RELEITURA DO ARQUÉTIPO DECISÓRIO CLÁSSICO

O conceito contemporâneo de função contramajoritária das Supremas Cortes passa por uma profunda crise que coloca tal desiderato em dúvida. Uma Corte Constitucional que decide sobre todos os temas, de certo possui dificuldades de se ancorar em bases democráticas e mesmo constitucionais.

Em outras palavras: em um mundo completamente novo, altamente mutável, líquido, na acepção de Bauman, a prestação jurisdicional também deve se adequar. Do contrário, corre o risco de fomentar conflitos e dilemas, e jamais de equalizar interesses legítimos.

O limite entre o que é proteção ativista de direitos fundamentais e o que é uma postura meramente inovadora e fixadora de novas regras, não previstas na constituição, é absolutamente tênue.

Eis aí o espaço sobre o qual emerge a proceduralização – no feliz neologismo criado por Georges Abboud e Ricardo Campos³ – enquanto esquema teórico-filosófico capaz de fornecer subsídios funcionais para que a jurisdição constitucional forneça decisões que se adequem à velocidade tecnológica das atuais sociedades contemporâneas.

Ao se abrir cognitivamente ao acordo, talvez até mesmo precedido de audiências públicas, a Corte será capaz de produzir decisões temporárias, construídas pelas partes, assim entendidas como os agentes sociais, como associações, sindicatos, partidos políticos, entidades de direitos humanos, enfim, aqueles diretamente interessados e atingidos, até que o tema esteja devidamente amadurecido e, até mesmo, com norma que o regule.

Veja-se, neste particular, que o proceduralismo, emergente no âmago da crise epistemológica do estado legalista na resolução dos paradoxos autorreferentes que se apresentam na atual sociedade globalizada, desloca o epicentro da produção do conhecimento e da formação da norma jurídica do Estado para as próprias partes potencialmente afetadas.

³ ABOUD, G.; CAMPOS, R. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: regulação das redes sociais e proceduralização. In: *Fake news e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Na realidade, o papel do Estado-Juiz se limita a definir as condições procedimentais de possibilidade sobre as quais as próprias partes, consensualmente e com base no atual estado da técnica, regularão materialmente, por si, a realidade que as cerca. É dizer, “o Tribunal assegurará os procedimentos para a produção do conhecimento a ser usado nessa regulação de modo a se impor solução apta a ser modificada posteriormente porque contém a autorreflexividade” (ABBOUD, 2021, p. 571)⁴.

Nada mais natural em um arquétipo decisório aberto aos influxos das dinâmicas sociais que a jurisdição constitucional seja autorreflexiva e capaz de deixar canais abertos à atualização do conteúdo material da decisão.

Aliás, a autorreflexividade e a constante atualização cognitiva do estado da técnica por quem detém expertise nos temas devolvidos à Corte são justamente a mola propulsora que permite a atualização do conteúdo material de decisões tomadas em um determinado espaço-tempo no âmbito da própria jurisdição constitucional. Trata-se, portanto, de um reconhecimento de que o papel contramajoritário da jurisdição constitucional deve ser exercido com parcimônia.

Asseguram-se modelos ou *standards* procedimentais mínimos que não sejam passíveis de estabilização por meio de esquemas processuais de coisa julgada material para que os próprios afetados, detentores do conhecimento técnico e de maior capital político-democrático, possam, em um constante aprendizado, construir coletivamente uma decisão que acomode melhor todas as expectativas normativas em jogo, sem, no entanto, desgastar a jurisdição constitucional pela prolação de uma decisão jurídica vertical sobre temas que não são jurídicos e reclamam um olhar horizontal pormenorizado.

Isso não significa, no entanto, que a adoção da ideia do acordo conduza as Cortes Constitucionais a relegarem todas e quaisquer disputas constitucionais a soluções negociadas. Diversamente, apenas conflitos que dependam de soluções tecnicamente inviáveis a uma Corte jurídica e, em grande medida, política.

⁴ ABBOUD, G. *Direito constitucional pós-moderno*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters.

Deixa-se, para a jurisdição constitucional, funções que são realmente contramajoritárias, como a manutenção do equilíbrio federativo, a declaração de nulidade de leis e atos normativos flagrantemente inconstitucionais e, com contenção, a tutela de direitos fundamentais que sejam passíveis de proteção por uma perspectiva jurídica minimalista, porém efetiva. Preserva-se, deste modo, o capital político da Corte com questões que efetivamente lhe cabem por força de seu papel contramajoritário.

II - O ACORDO COMO ALTERNATIVA PROCEDURAL DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS QUE ESCAPAM AO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em tal quadra, o que se busca é a construção de uma nova arquitetura para a decisão judicial, para as Supremas Cortes e para sua respectiva função contramajoritária radicada em uma hermenêutica plural que integre, verdadeiramente, uma comunidade aberta de intérpretes dos significados constitucionais que, por essência e por serem permeados de historicidade, são contingentes no espaço e no tempo.

Trata-se, no plano teórico-filosófico, de se conceber que o Direito está centrado sobre um pluralismo radical de autonomias sociais que não se esgotam somente no confronto entre os fatos e a lei, por si incapaz de absorver os desafios sociais da pós-modernidade⁵.

Nos tempos de hoje, temos, de um lado, excesso de judicialização. De outro, a incapacidade do código binário do lícito/ilícito de resolver questões que estão muito além de operações silogísticas de aplicação de regras ou mesmo hermenêutica de densificação de princípios constitucionais abertos mediante a adoção de técnicas interpretativas de ponderação.

A preservação hegemônica do poder da Suprema Corte em temas que escaparam até mesmo ao legislador ordinário e, o que dirá, dos constituintes

⁵ Como um produto da pós-modernidade, o Poder Judiciário também se encontra envolto e submetido a múltiplos paradoxos autorreferentes. Seguramente, não é exagero afirmar que o Poder Judiciário sofre em razão da excessiva judicialização de todas as esferas da vida social, notadamente da judicialização de conflitos de natureza técnica e bioética cujas respostas estão muito além de sua capacidade epistemológica.

originário e derivado, em sistema adjudicatório, conduz à indesejável hermenêutica baseada unicamente em princípios, de juízo de ponderações.

Essa ponderação, em nossa visão, anda de mãos dadas com o subjetivismo carregado de cargas ideológicas e conceitos próprios de vida dos julgadores – e, ao final, redundam em inovação nas ordens jurídica e social. Recai-se, inevitavelmente, na expressão criada no Direito estadunidense e traduzida ao nosso vernáculo como *ativismo judicial*.

É de se ver que até mesmo nos Estados Unidos, origem do famoso precedente – citado em absolutamente todos os livros de direito constitucional – *Marbury vs Madison*, que inaugurou o controle de constitucionalidade, não raro se flerta com a alteração do número de integrantes da Corte.

Mesmo no país que instituiu o controle de constitucionalidade, quando o governo de plantão a considera como empecilho para a implementação de políticas públicas ou contrária à sua linha de princípios, ora tendo-a por demais liberal ou, ao revés, conservadora, flerta-se com a alteração de sua composição e vitaliciedade. Exemplo recente foi o *overruling* do precedente *Roe vs Wade* acerca do direito ao aborto, 50 anos após a sua prolação. Após o referido precedente, o então Presidente Joe Biden, democrata, chegou a falar em reforma do número de integrantes da Corte ou a criação de mandatos⁶.

II.1 AS OPÇÕES POSTAS PARA SOLUCIONAR A CRISE DE LEGITIMIDADE DECISÓRIA. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E *AMICUS CURIAE*

Qual seria, então, a solução ideal que, a um só tempo, no âmbito exclusivo da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, acomodasse as legítimas expectativas normativas dos jurisdicionados com uma prestação jurisdicional que promova uma verdadeira e efetiva pacificação social ao resolver a lide em sua raiz mais essencial e, em outro giro, não enfrente reações para enfraquecê-lo?

Há algumas possíveis e distintas respostas a essa indagação. *Amicus curiae* e audiências públicas talvez sejam as mais festejadas fórmulas de

⁶ Disponível em: <https://edition.cnn.com/2024/07/29/politics/biden-supreme-court-reform/index.html>.

democratização epistemológica e de participação social no seio do processo constitucional. Trata-se da institucionalização de mecanismos de abertura do processo decisório a uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição, como alude Peter Häberle em sua obra clássica⁷.

Muito embora, em teoria, o discurso doutrinário seja o de que tais institutos promovem a democratização do processo decisório constitucional, na prática, estudos empíricos têm revelado, no caso específico das audiências públicas, que essa não tem sido a realidade, eis que tem se constituído em “fontes de mais incerteza e imprecisão na tomada de decisão jurídica” (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018, p. 369 – grifos nossos)⁸.

Quer dizer, embora as audiências públicas devessem representar um incremento da densidade democrática e científica aos pronunciamentos emanados pela Suprema Corte, o que se vê é uma pouca utilização das informações técnicas colhidas nas audiências.

Se nem sempre as audiências públicas efetivamente representam uma abertura procedimental de cariz democrático e científico ao processo de tomada de decisão por parte do Supremo Tribunal Federal, o mesmo racional crítico pode ser endereçado ao papel exercido pelo instituto do *amicus curiae*.

Amigo da Corte ou da parte?

Não raro, os *amici curiae* só existem em processos que veiculam matérias constitucionalmente relevantes sob uma ótica meramente formal, sem que, concretamente, suas informações sejam analisadas e levadas em consideração. Por vezes, até o são, mas muito mais por um viés retórico do que propriamente por agregar informação cientificamente relevante ao fluxo informacional que compõe uma decisão judicial.

⁷ HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁸ LEAL, F.; HERDY, R.; MASSADAS, J. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 332-372, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/>.

Há, ainda, um problema adicional consistente no próprio desvirtuamento do papel institucional do *amicus curiae*. Quando deveria atuar para munir a Suprema Corte de informações técnico-especializadas para pluralizar o debate constitucional e, sobretudo, contribuir na construção do processo decisório mais qualificado, no mais das vezes, o *amicus curiae* acaba por figurar como *amigo da parte*, com interesse jurídico e econômico manifesto para o desfecho favorável em favor de determinada tese ou parte. Enfim, *amigos da Corte* parciais, que advogam abertamente, sem a observância do seu real papel.

Efetivamente, neutralidade discursiva ou científica não existe. Contudo, não se pode confundir a inexistência de neutralidade com o uso *político* da ciência para defender interesses de determinadas categorias de agentes econômicos.

Existe, hoje, um claro desvirtuamento das audiências públicas e dos *amicus curiae* que não se apresenta ao debate, no plano da expertise científica, de forma isenta. O acordo, em tal contexto, busca dar à Suprema Corte um instrumento que possa evitar uma decisão pouco segura, à minguia de maiores certezas científicas a respeito de dado tema, com a virtude de ser, essencialmente, temporário, passível de futuras adequações/modificações ou mesmo o seu desfazimento.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento conjunto da ADC 87, das ADIs 7.582, 7.583 e 7.586, sobre marco temporal de terras indígenas, o acordo busca a *lógica do possível*, não sendo uma declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Com efeito, ao impor uma decisão vertical à comunidade política, supostamente lastreada em procedimentos abertos, o Supremo Tribunal Federal acaba por oferecer uma resposta constitucional virtualmente baseada em evidências científicas de um dado *amicus* que, no fundo, nada mais é do que a aceitação de uma determinada posição em detrimento de outra, quiçá retoricamente melhor estruturada.

Em que pese a potencialidade dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas na formação qualificada das decisões constitucionais, o

fato é que a vivência de tais institutos tem revelado práticas que pouco ou nada robustecem efetivamente o capital epistêmico extrajurídico da Corte.

O acordo como alternativa decisória.

Sendo insuficientes tais instrumentos por meio dos quais a jurisdição constitucional pode – ou poderia – qualificar sua capacidade institucional/cognitiva e não democratizando efetivamente os seus canais de acesso à sociedade, surge a indagação do presente artigo: qual seria, então, a solução razoável que, a um só tempo, acomodasse as legítimas expectativas normativas dos jurisdicionados com uma prestação jurisdicional que promova uma verdadeira e efetiva pacificação social ao resolver a lide em sua raiz mais essencial? Ou, em outras palavras, resolver os interesses e não meramente declarar um vencedor e um vencido?

A resposta que nos parece mais adequada, inegavelmente, é a adoção do acordo ou da transação como solução negociada entre as próprias partes na busca de uma ou algumas possíveis respostas constitucionais para os problemas que lhes acomete. O acordo parece ser a mais genuína expressão de comunidade aberta dos intérpretes da Constituição, ainda que conjugada com as audiências públicas.

Métodos alternativos de resolução de conflitos, sistema de justiça multiportas (*multi-door Courthouse*) ou métodos adequados de resolução de litígios são variações conceituais, à luz de paradigmas doutrinários próprios vigentes em um determinado tempo, de uma mesma ideia: há outras e qualificadas formas de pacificação de conflitos de interesse que não apenas a adjudicação.

É dizer, o sistema de jurisdição estatal de pacificação de controvérsias via juízes togados e dotados de um capital intelectual eminentemente jurídico é apenas um dentre variados métodos existentes. Todavia, apesar disso, como há muito advertiu Kazuo Watanabe a partir de reflexões lançadas inicialmente por Ada Pellegrini Grinover:

A mentalidade predominante, não somente entre os profissionais do Direito, como também entre os

próprios jurisdicionados, é a que vê na sentença a forma mais sublime e correta de se fazer justiça, considerando os chamados meios alternativos de solução de conflitos – como mediação, conciliação, arbitragem e outros –, formas atrasadas e próprias de povos pouco civilizados. (WATANABE, 2012, p. 87)⁹

É que, embora em menor escala na contemporaneidade, por muito tempo vigeu a compreensão no imaginário social, inclusive dos operadores do Direito, de que os ditos “métodos alternativos de solução de conflitos” são essencialmente menos qualificados ou estão em um estágio evolutivo mais atrasado em relação à jurisdição estatal clássica. Ou, na melhor das hipóteses, de que tais sistemas são apenas uma via *alternativa* adicional à adjudicação estatal. Há, mesmo, um viés de preconceito ou de somenos importância na utilização de tal ferramenta pelo Judiciário.

No entanto, há conflitos cuja temática e intersubjetiva que o envolve, especialmente no atual contexto pós-moderno de sociedades plurais e descentralizadas, reclamam resolução via outros métodos e sistemas que não o estatal. Em palavras claras, por vezes o sistema de justiça estatal orientado ontologicamente por juízes togados e versados em questões eminentemente jurídicas é o método menos adequado para a pacificação de determinadas controvérsias, assim entendidas aquelas que refogem ao universo puramente legal.

E, por que, então, um modelo de decisão adjudicatória lastreada no “tudo ou nada”, ou mesmo em um modelo principiológico abstrato, mas sempre calcado no papel protagonista do Juiz Hércules tirado da metáfora dworkiana, não é capaz de solver tais peculiares conflitos de interesses?

Porque certamente, e como dito alhures, há múltiplos conflitos de interesse cuja resolução material envolve conhecimentos extrajurídicos para além do cotejo fato contra norma. Há incremento de desafios epistemológicos

⁹ WATANABE, K. Acesso à Justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, R. A. de; ALMEIDA, T.; CRESPO, M. H. (org.). *Tribunal multipartas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 87-94.

nas lides contemporâneas que o sistema adjudicatório/decisório do Direito é incapaz de resolver.

O Direito, quando muito, é mera regulação procedimental de um problema cuja solução material envolve conhecimentos técnico-especializados que lhe escapam largamente. Daí a fala do Professor Kazuo Watanabe (2012) a propósito da insuficiência da jurisdição estatal – *i.e.*, da jurisdição constitucional – para a construção de soluções adequadas para corrigir interesses em rota de colisão.

Implicitamente às palavras do Professor Kazuo Watanabe, há uma compreensão filosófica de bases mais profundas no sentido que não raro, na contemporaneidade, é insuficiente um modelo autopoietico que vige desde Hans Kelsen segundo o qual o Direito figura como fundamento de validade do próprio Direito.

Parece-nos que o acordo, a conciliação, a mediação, a transação ou qualquer outro nome que se queira conferir à tentativa das próprias partes de construir intersubjetivamente a resposta que melhor regulará, sob um prisma técnico-científico, os seus interesses têm a autoridade do STF como chancela e garantia de efetivação do quanto pactuado. Acordo esse, pela sua natureza, mutável no tempo, em suas premissas fáticas, e sempre passível de revisão.

Decerto, *amicus curiae*, audiências públicas, dentre outros, são mecanismos fundamentais na democratização do processo constitucional e da própria jurisdição estatal em sentido amplo porque possuem o condão de trazer, para dentro do processo, uma visão científica e pretensamente desinteressada das paixões que movem a causa para aportar, também ao processo, um aspecto técnico que poderá qualificar o mérito da decisão a ser proferida.

Todavia, e como aqui já se aludiu, nem sempre o julgador ou uma determinada Corte acolhe genuinamente as contribuições técnico-especializadas aportadas por um terceiro versado a respeito de um determinado tema específico que escapa ao código do Direito, sobretudo um terceiro que, não raro, tem interesse subjetivo no resultado da demanda.

De outro lado, o que se colhe da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda que rara e tímida, nos conduz a um giro linguístico ou a uma abertura cognitiva no sentido da admissão do acordo para casos específicos, assim considerados, reitere-se o quanto já dito, como aqueles que tornam inviável uma decisão justa, seja pelo ineditismo da matéria ou mesmo o paradoxo em que ambos os lados possuem razões, justificáveis e plausíveis, em suas teses.

O que se imaginava como o início de uma virada hermenêutica no Supremo Tribunal Federal deu-se quando do acordo realizado na Arguição de Descumprimento Fundamental nº 165, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Nesse caso, os interesses em disputa acarretariam sérias consequências, para qualquer dos lados, se tivesse sido adotado o modelo clássico de decisão judicial, verticalizada. De um lado, havia os poupadores, que defendiam a correção monetária de seus ativos, diminuídos pelos expurgos inflacionários, e, de outro, os principais agentes financeiros, que teriam de arcar com prejuízo multibilionário capaz de gerar uma crise bancária sistêmica e por eles não causado, posto que decorrentes de políticas econômicas malsucedidas. Não havia, pois, decisão perfeita. Ambos os lados tinham razão em suas postulações.

Quanto ao acordo, que, de um lado, reuniu as principais entidades de defesa do consumidor e, de outro, a Federação Brasileira dos Bancos (Febraban), além dos bancos que seriam mais seriamente atingidos – chegou-se ao consenso de um valor, por adesão dos respectivos poupadores, e que até hoje está sendo cumprido.

A lição extraída do acordo na ADPF 165 é que, ao mesmo tempo em que a jurisdição constitucional possui como um de seus principais traços funcionar como a última trincheira na proteção de direitos fundamentais e de responder, porque a cláusula de inafastabilidade da jurisdição veda o *non liquet* estatal, todas as demandas que lhes são apresentadas, essa mesma jurisdição constitucional, cada vez mais, revela-se incapaz de absorver toda a carga cognitiva ínsita aos problemas de outras esferas sociais.

Não raro, falta-lhe a necessária capacidade institucional, conceito utilizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Liminar nº 1.425-AgR), para resolver as nuances técnicas de outros campos do saber para além do Direito, para além de um código normativo autorreferente – ou autopoietico na visão luhmanniana – do constitucional/inconstitucional.

Foi o próprio Ministro Gilmar Mendes, em alusão a um aparte do Ministro Luiz Fux, que, na homologação da ADPF 165/DF, asseverou que, “certamente, estamos traçando uma nova forma, como disse o eminente relator, de encontrar soluções paradigmáticas, talvez não sejam as perfeitas, nem as desejáveis, mas para solucionar problemas extremamente sérios” (BRASIL, 2018, p. 34).

E complementou Sua Excelência:

E, se essas questões fossem, como já vimos – o Ministro Fux fez essa referência –, nesse vai-volta, bate-volta das ações processuais, acho que teríamos quase que eternizado. Quando a gente fala de todos esses planos e diz: “Poxa, a moeda que constava desde já, já foi superada e tudo mais, e continuamos a discutir”. Chega um momento em que, inclusive, é impossível ter qualquer racionalidade em torno dessa temática. De modo que, nesse ambiente, acredito que estejamos vivendo um dia histórico, e felicito o relator por essa iniciativa. (BRASIL, 2018, p. 34 – grifos nossos)¹⁰

Daí a virtude e a beleza do acordo no seio da jurisdição constitucional. Só uma solução negociada entre os próprios afetados e a quebra de uma ortodoxia processual no âmbito de processos de índole objetiva foram capazes, naquele momento, de solucionar adequadamente o “vai-volta, bate-volta das ações processuais” que nunca terminavam, ao ponto de o Ministro Gilmar Mendes advertir que “chega um momento em que, inclusive, é impossível ter qualquer racionalidade em torno dessa temática” (BRASIL, 2018, p. 34).

¹⁰ Extraído do sítio oficial: www.stf.jus.br/ADPF165.

A nosso ver, o acordo é, por excelência, o instrumento procedimental que vocaliza, na prática, a razão procedural. Só o acordo foi capaz, na prática, de pôr fim a um dos maiores exemplos de litigiosidade do país. Como bem ponderou o Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADPF 165, a Corte homologou “um acordo que tem um reflexo para a nação inteira” (BRASIL, 2018, p. 33).

Após a mencionada ADPF, da consulta do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal se identificam outros 11 (onze) acordos, grande parte relativa a questões federativas, como ICMS e distribuição de *royalties*, mas, também, em direitos fundamentais¹¹.

De forma mais recente, chama a atenção a tentativa de acordo nas ADIs 7.582, 7.583, 7.586 e ADO 86, todas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, acerca do marco temporal das terras indígenas. A referida tentativa de acordo, e as ações de controle de inconstitucionalidade que geraram tal iniciativa, talvez seja a síntese do quanto até aqui dito.

Basta lembrar que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365/DF, relatado pelo Ministro Edson Fachin, e que findou por gerar o Tema 1.031, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a tese do marco temporal, assim considerada como de terras indígenas aquelas ocupadas no momento da promulgação da Constituição.

Decidiu o Supremo pela inexistência do marco temporal, considerando como de território indígena aqueles desde sempre ocupados pelas várias etnias, em caráter imemorial. Tratou-se de decisão jurisdicional típica, apenas com a participação de *amicus curiae* e sem audiências prévias, o que gerou a imediata reação dos demais atores atingidos, pelo inegável impacto em propriedades rurais regularmente adquiridas.

Em efeito *backlash*, o Legislativo, certamente instado pelos representantes rurais, fez editar a Lei nº 14.701/2023, que vai de encontro à decisão da Suprema Corte e fixou a data da promulgação da Constituição para fins de reconhecimento do território indígena.

¹¹ ADIs 5.956, 5.959 e 5.964, Relator Ministro Luiz Fux (constitucionalidade política de preços mínimos para o setor de transportes). ADIs 4.916, 4.917, 4.918, 4.920, 5.038 e 5.621, Relatora Ministra Carmen Lúcia (constitucionalidade da sistemática de distribuição dos *royalties* trazida com a Lei nº 12.734/2012).

Em abertura cognitiva, o Ministro Gilmar Mendes convocou as principais partes para o diálogo, basicamente os líderes das principais comunidades indígenas e os representantes rurais. Em tal hipótese, seria a única forma de equalizar três normas constitucionais em um só tempo: a proteção aos povos indígenas e suas respectivas reservas, a pequena propriedade rural – que goza de especial proteção constitucional – e o direito de propriedade.

Com isso, evitar-se-á, sobretudo, o embate entre poderes da república e entre segmentos da população atingidos com a decisão. O acordo, *quicá*, se admitido desde o início, teria evitado que o Supremo Tribunal Federal, por reação do Legislativo, tivesse que voltar a enfrentar um tema já decidido, só que, desta feita, com atrito entre poderes¹².

Outro bom exemplo de acordo em conflitos fundiários entre indígenas e proprietários foi igualmente capitaneado pelo Ministro Gilmar Mendes. Em conflito fundiário que se arrastou por décadas, com relatos de violência e mesmo de mortes entre proprietários rurais e indígenas, a questão colocada perante o Supremo Tribunal era, de um lado, reconhecer a propriedade adquirida por famílias que estavam em tal região, do Mato Grosso do Sul, por gerações. De outro, o reconhecimento de que ali se tratava de território indígena, inalienável de toda sorte. Dois direitos em conflito, e o acordo foi a solução encontrada pelo Relator Gilmar Mendes¹³.

O acordo a que se chegou previu o pagamento da União aos proprietários no valor de R\$ 27,8 milhões a título das benfeitorias apontadas em avaliação individualizada feita pela Funai em 2005, corrigidas pela inflação e a Taxa Selic. O valor foi viabilizado por meio de crédito suplementar.

Os proprietários também devem receber indenização, pela União, no valor de R\$ 101 milhões pela terra nua. O Estado de Mato Grosso do Sul deverá

¹² O acordo, nesse caso, conseguiu criar parâmetros mínimos para a definição de terras indígenas e proteção da propriedade regularmente adquirida. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, o acordo decorrente da comissão especial por ele presidida “*não equivale a declarar constitucional ou inconstitucional a lei, mas representa o ‘pensamento do possível’ e deve ser considerado tanto pelo STF quanto pelo Parlamento*”: “[...] trata-se de um documento que deve ser considerado por esta Corte na análise da constitucionalidade dos dispositivos questionados, assim como pelo Poder Legislativo como uma vertente do pensamento do possível...”.

¹³ Mandado de Segurança nº 25.463. Relator Ministro Gilmar Mendes. Comunidade Indígena Nãnde Ru Marangatu. Disponível em: www.stf.jus.br/ms25463.

ainda efetuar, em depósito judicial, o montante de R\$ 16 milhões, também a serem pagos aos proprietários.

Em troca, após o pagamento das benfeitorias, os proprietários devem se retirar do local em até 15 dias, o que já foi efetivo de forma absolutamente pacífica. Após esse prazo, a população indígena pode ingressar no território. Todas as ações judiciais foram extintas.

Em conclusão, e como já dito, e até mesmo ilustrado com o tema relativo ao marco legal das terras indígenas, o acordo nada mais é senão uma ferramenta, à disposição da Corte constitucional, que, pela hipercomplexidade, nova até mesmo no seio social, por vezes demanda uma composição que, por natureza, pode ser revista, ampliada ou mesmo revogada a qualquer tempo, quando o tema já tiver sido devidamente absorvido e equalizado¹⁴.

Submissão em: 01.11.2024

(Avaliador A) Avaliado em: 09.06.2025

(Avaliador B) Avaliado em: 14.06.2026

Aceito em: 20.06.2026

¹⁴ No mesmo sentido: acordo na *ADPF 1.236*, Relator Ministro Dias Toffoli, descontos indevidos do INSS e a forma de ressarcimento; *Pet 13.157*, Relator Ministro Luiz Roberto Barroso, acordo para a composição para a recomposição dos danos do rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana/MG; *ADPF 347*, Relator Ministro Alexandre de Moraes, acordo entre os entes federados para a fiscalização da condição carcerária; *ADPF 1.201*, Relator Ministro Flavio Dino, acordo entre União, Estados e Municípios para a prevenção e combate aos desmatamentos.

