
(Im)possibilidades de acesso à jurisdição do STF por movimentos sociais: alguns fatores de limitação

Daniel Carvalho Cardinali

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail: danielcardinali@hotmail.com

Resumo

O objetivo do presente artigo é realizar uma análise crítica das possibilidades de acesso dos movimentos sociais à jurisdição constitucional do STF. Visando desconstruir uma ideia corrente de que o STF atuaria de forma aberta e democrática, legitimando-se como “representante argumentativo da sociedade”, serão apresentados certos fatores de limitação do acesso ao tribunal. Inicialmente, serão abordadas algumas restrições e problemas decorrentes da própria linguagem jurídica. Num segundo momento, será realizada uma análise do principal fator de limitação do acesso ao controle abstrato pela sociedade civil: a interpretação restritiva que o STF deu ao art. 103, IX da Constituição, explorando algumas consequências decorrentes desta interpretação. Após, serão analisados entraves relacionados ao controle concreto, com foco nas dificuldades e limitações dos instrumentos processuais brasileiros de tutela dos direitos fundamentais e nas deficiências da atuação do Ministério Público como possível substituto. Finalmente, serão expostas algumas dificuldades e problemáticas na forma como os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública têm se materializado na prática do STF, e que podem infirmar um discurso de ampla democratização e abertura do órgão.

Palavras-chave

Jurisdição constitucional; movimentos sociais; legitimidade; controle de constitucionalidade; *amicus curiae*; audiência pública.

Social movements (im)possibilities of accessing Brazil's Supreme Court (STF) jurisdiction: Some limiting factors

Abstract

The aim of the present paper is to carry out a critical analysis of social movements possibilities of accessing Brazil's Supreme Court (STF) constitutional jurisdiction. Intending to debunk the current idea that the STF acts in an open and democratic fashion, legitimizing itself as a “societal argumentative representative”, certain factors that limits the access to the court will be presented. Initially, some restrictions and issues deriving

from legal speech itself will be approached. The second part carry out a critique of the way the STF has read article 103, IX of the Brazilian Constitution, which has restricted the legitimacy of civil society to trigger its concentrated judicial review, exploring some of its consequences. Afterwards, obstacles related to concrete judicial review will be analyzed, focusing on the difficulties and limitations of the procedural instruments designed to protect fundamental rights and on the deficiencies of the Public Prosecution Service as a possible substitute. Finally, it will be exposed some difficulties and problems over the way *amicus curiae* and public hearings have been materialized in STF's custom, that may weaken a discourse of the Court's broad openness and democratization.

Keywords

Constitutional jurisdiction; social movements; legitimacy; judicial review; *amicus curiae*; public hearings.

Sumário

Introdução; 1. A Linguagem Jurídica; 2. Acesso ao Controle Abstrato; 3. Acesso ao Controle Concreto; 4. *Amici Curiae* e Audiências Públicas; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

A “Constituição Cidadã” representou a superação do Regime Militar e o retorno à institucionalidade democrática, bem como a esperança de rompimento com um ciclo histórico perverso de ditaduras e desrespeito aos direitos fundamentais. A nova carta foi elaborada em um processo constituinte que contou com ampla participação da sociedade civil e foi marcado pela influência dos mais variados movimentos sociais, grupos de pressão e interesses em seus trabalhos¹. Deste processo complexo, resultou um texto analítico e compromissório, que buscou atender às mais díspares bandeiras políticas².

¹ Para um relato analítico e crítico do processo constituinte e do texto que dele emergiu, vide PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, 356p; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte, Fórum, 2012, pp. 155-175.

² A preocupação em atender um variado leque de pautas, por outro lado, mais do que produzir um texto extenso, que positivou demandas por vezes conflitantes entre si, representou em alguma medida a cristalização na Constituição de uma série de interesses – ou antes, privilégios – corporativos de determinadas categorias, como servidores públicos e tabeliões. Neste sentido, “essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto que mais do que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo” (BARROSO, Luís Roberto. “A Constituição Brasileira de 1988: vinte e cinco anos de vida”. In: **A CONSTITUIÇÃO de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013, p. 223). Sundfeld dá destaque ao caráter corporativo da Constituição em relação ao funcionalismo público, ao estabelecer que um dos traços marcantes do texto foi “haver instituído um constitucionalismo chapa branca, destinado a assegurar posições de poder a corporações e organismos

Um dos pontos mais marcantes da nova Constituição foi a centralidade conferida à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Visando superar a crônica inefetividade que marcou os textos anteriores ou, na expressão de Barroso, a sua “insinceridade normativa”, a nova Constituição se preocupou igualmente em prever mecanismos institucionais voltados à tutela adequada desses direitos³.

Neste sentido, o órgão de cúpula do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal – STF, teve sua missão institucional alterada sensivelmente, com a criação de um novo tribunal superior com competência para resolver em última instância as questões infraconstitucionais, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, e uma destacada expansão do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, a partir da ampliação do rol de legitimados a deflagrá-lo⁴. Em consequência, o STF assumiu as funções de uma Corte Constitucional, ao mesmo tempo em que conservou amplas competências recursais e originárias, inclusive de persecução penal, de forma que sob este novo desenho constitucional o órgão deixou de ser o antigo “desconhecido”⁵ para

estatais ou paraestatais” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 348, grifos no original).

³ BARROSO, Luís Roberto. “A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?”. In: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil”. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.58. A narrativa segundo a qual a Constituição de 1988 inaugurou nossa história constitucional e que anteriormente haveria somente “pré-história” constitucional, em que pese ser tradicional na doutrina constitucional brasileira e tenha servido como premissa para o desenvolvimento da chamada “doutrina da efetividade”, tem sido mais recentemente objeto de questionamento enquanto hipótese descritivamente adequada da nossa realidade histórico-constitucional (LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Por uma história constitucional brasileira: crítica pontual à doutrina da efetividade”. In: **Direito & Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, pp. 974-1007).

⁴ Isto apesar de uma atuação junto à Constituinte pelos Ministros da época, refratários a essa ampliação do acesso ao STF e à criação do STJ e, conseqüentemente, ao papel que a Constituição em elaboração parecia reservar ao órgão (ARGUELHES, Diego Werneck. “Poder não é querer: preferências restritivas e desenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização”. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 220-221 e 230). Neste sentido, Koerner e Freitas argumentam que “às vésperas da promulgação, eram grandes as incertezas sobre a finalização dos trabalhos, os impactos das novas normas e a fidelidade dos dirigentes às inovações da nova Constituição. Os ministros do STF estavam no centro dessa incerteza, agentes da ordem constituída que participaram dos esforços para frear a Constituinte e que agora interpretariam o texto constitucional. Eles voltam a atuar como *opinantes constitucionais*, ao assumir o ponto de vista de juízes que examinam as dificuldades da aplicação do texto. Antes da aprovação do texto final, expressam suas opiniões em declarações à imprensa, seminários e eventos promovidos pelo próprio STF” (KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. “O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo”. In: **Lua Nova**, 88, 2013, p. 174). O tema da ampliação dos legitimados para a propositura de ações diretas foi objeto de intensa disputa na constituinte: “o segundo tema polêmico na subcomissão [do Judiciário e do Ministério Público] foi o dos legitimados ativos para propor ADI perante o STF. O governo e o STF entendiam que deveria ser mantida a exclusividade do PGR. Em audiência pública, o ministro da Justiça, Paulo Bossard, alertou para os perigos de sobrecarregar o STF com o fácil acesso a uma ação sem custo. A OAB e a AMB defenderam a legitimidade para qualquer cidadão, bastando referir-se que era titular do direito. Mesmo constituintes favoráveis ao continuísmo do STF apoiaram a ampliação parcial da legitimidade ativa” (*Ibidem*, p. 165).

⁵A expressão faz referência à obra **O Supremo Tribunal Federal, esse Outro Desconhecido**, publicada em 1967, de Aliomar Baleeiro, Ministro do STF entre 1965 e 1975, e é utilizada para expressar a reduzida saliência política e desconhecimento da sociedade em relação ao tribunal no período anterior a 1988.

assumir um papel de crescente importância, quando não de verdadeiro protagonismo, na nossa realidade histórico-constitucional⁶.

Com efeito, o STF tem regularmente figurado nas manchetes de jornais e ocupado um papel central na solução das grandes questões da vida nacional⁷. Este processo costuma ser denominado de *judicialização da política* e busca refletir a circunstância de que uma série de questões, que outrora eram resolvidas pelos órgãos “políticos”, i.e. eleitoralmente legitimados, passam a ser decididas, com pretensão de definitividade, por um órgão judicial não legitimado pelo voto⁸. Este processo gera constrangimentos à teoria democrática tradicional e a uma visão ortodoxa de separação de poderes, na medida em que o judiciário estaria resolvendo aquilo que não lhe competiria resolver, e sem ter a capacidade institucional ou a legitimidade democrática formal para tanto⁹, o que reforça o problema da *difículdade contramajoritária*¹⁰. Neste sentido, os críticos do processo denunciam o risco de um “governo de juízes” ou de uma “juristocracia”¹¹.

⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. **Revista Direito GV**. São Paulo, 4(2), 2008, pp. 441-464.

⁷ Assim, apenas para citar alguns casos recentes, podemos destacar a definição do rito do impeachment da Presidente Dilma Rousseff (ADPF nº 378 e, em menor nível, os MS nº 34127 e 24128); a suspensão do exercício do mandato de deputado federal do então presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha (Ação Cautelar nº 4070); e a proibição do financiamento empresarial de campanha (ADI nº 4650).

⁸ Cabe destacar que a noção de *judicialização da política* foi originalmente formulada por Tate e Vallinder (TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Eds). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Press, 1995, 556p), tendo posteriormente se tornado de uso corrente pela academia constitucional brasileira, em que pense nem sempre ser empregada em sentido unívoco. Segundo Barroso, a expressão “significa que questões relevantes do ponto de vista público, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”. In: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 241). O autor estabelece, ainda, uma relevante distinção entre este conceito e o de *ativismo judicial*, entendendo que a judicialização seria um fato decorrente do desenho institucional brasileiro, ao passo que este decorreria da adoção de uma postura mais proativa de atuação por parte de juízes e tribunais (*ibidem*, pp. 246-247). Alguns autores, entretanto, criticam a própria conveniência do conceito. Neste sentido, Oliveira defende que o termo se apoia numa visão mecanicista da separação dos poderes, segundo a qual a judicialização da política decorreria necessariamente de uma disfuncionalidade do sistema, resultando ou do fato de que os tribunais estariam decidindo questões que não são de sua alçada ou da paralisação das instâncias majoritárias produtora de uma omissão inconstitucional. Para o autor, o STF seria ele mesmo um “órgão institucionalmente político”, de forma que sua atuação seria necessariamente política, mesmo dentro de um campo de funcionamento “normal” (OLIVEIRA, Eduardo Santos de. “O Sistema Político Brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática”. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 15, nº 33, 2013, p. 228-229). Na mesma linha, “falar em ‘judicialização da política’ ou ‘ativismo judicial’ é pressupor um modelo bem definido de papéis a serem desempenhados por cada ator” (CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina: Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia*. (Tese de Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 107).

⁹ Entretanto, no caso dos Ministros do STF, é possível vislumbrar a existência uma legitimação democrática formal “remota e oblíqua” baseada na indicação por agente eleito e a sabatina posterior no Senado (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão”. In: **Juris Poiesis**; Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. nº 17, 2014, p. 348). Não obstante, a vitaliciedade, da qual decorre a inexistência de

Embora a judicialização da política seja um processo complexo, decorrente de uma miríade de elementos de múltiplas ordens¹², um fator central neste cenário é a busca do Judiciário pelos movimentos sociais como estratégia de realização de sua agenda política, relacionada à perda de confiança nas instâncias políticas, que enfrentam uma crise de representatividade e confiança. Com efeito, se a judicialização da política exprime a ideia de que os juízes estão decidindo acerca das questões fundamentais que definem os rumos da sociedade, o princípio da inércia, segundo o qual os juízes atuam somente quando provocados, requer que estas questões estejam em primeiro lugar sendo deduzidas perante eles por outros agentes. A

mecanismos formais posteriores de controle popular, ainda que indiretos, reduz a *accountability* e, consequentemente, a importância dessa legitimação formal.

¹⁰A ideia de *dificuldade contramajoritária* foi desenvolvida por Alexander Bickel para caracterizar a circunstância de um órgão não eletivo ter o poder de invalidar as decisões dos representantes do povo no parlamento ou no Executivo, por meio da *judicial review* (BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics**. 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 16-23). Assim, uma preocupação central do constitucionalismo estadunidense e, mais recentemente, nacional, é justificar normativamente em que circunstâncias tal atuação seria legítima. Duas teorias são tradicionais nesse sentido: uma primeira, procedimentalista, que defende que a atuação seria legítima para proteger ou melhorar o próprio processo político democrático, retirando, por exemplo, entraves à participação eleitoral de grupos minoritários, e uma segunda, de cunho mais substancial, que entende que o papel do judiciário seria defender os direitos fundamentais, que por definição não estaria submetidos às considerações do princípio majoritário (BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos e realização**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 74-120).

¹¹ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. Segundo o autor, a disseminação global de um modelo de direitos fundamentais positivados constitucionalmente e de controle judicial de constitucionalidade teria o condão de promover não a transformação social, mas sim a conservação do *status quo* e dos privilégios de elites ameaçados pela política majoritária (*Ibidem*, pp. 213-214).

¹² Assim, por exemplo, a transformação da cultura jurídica e da mentalidade judicial dentro do que se convencionou denominar de “neoconstitucionalismo” que trouxe novas oportunidades para a atuação proativa de juízes e tribunais, por meio da valorização da normatividade dos princípios; rejeição do formalismo jurídico e consequente emergência de novas técnicas decisórias mais abertas; constitucionalização do direito; reaproximação entre Direito e moral, etc. (SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 113-114). Ademais, outros fatores de ordem política e do desenho institucional operam como incentivo para que o Judiciário e o STF passem a ter uma atuação mais destacada; Rodrigo Brandão aponta, por exemplo, o *federalismo* e a pulverização partidária decorrente, em parte, de um *sistema eleitoral proporcional com lista aberta*, como elementos geradores de forte fragmentação do poder, o que aumentaria a demanda de uma instância “neutra” para mediar os conflitos políticos (BRANDÃO, Rodrigo. “A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro”. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, 2013, pp. 201-204). Outros autores, ainda, destacam o fortalecimento do Ministério Público na nova Constituição, por meio da previsão de amplas garantias e de um papel institucional de representante da sociedade e fiscal dos agentes políticos, como um elemento importante nesse processo (CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. “O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política”. In: **Revista Direito GV**, v. 6, n. 2, 2010, pp. 414-418). Finalmente, os próprios Ministros contribuíram para o crescimento de importância do Tribunal, através de práticas institucionais e interpretações constitucionais que aumentaram o seu poder e atribuições, como, por exemplo, a construção da possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988”. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, 2016, pp. 423-426).

expansão da pauta decisória do Judiciário para contemplar algumas das questões mais divisivas e prementes da sociedade é, portanto, uma consequência do próprio uso das cortes como canal estratégico de reivindicação política por parte dos grupos sociais envolvidos nestes debates. Neste sentido, como asseverou Cittadino, esse processo não importa uma “despolitização”, na medida em que “a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político”¹³.

Dentro desta lógica, o presente estudo tem por objeto analisar a *efetiva* possibilidade de os movimentos sociais recorrerem ao órgão de cúpula do Judiciário como instância para a promoção de sua agenda, explorando alguns dos entraves, limitadores e dificuldades existentes para tanto, de ordem jurídica e extrajurídica. Inicialmente, deve ser aclarado que se adotou, para fins do presente estudo, uma concepção bastante ampla de *movimento social*. De acordo com Maria da Glória Gohn os movimentos sociais podem ser definidos como “ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam formas distintas de a população se organizar e expressar suas demandas”¹⁴. De forma semelhante, Juliana Cesário Gomes entende-os como “tentativas coletivas de influir nos arranjos sociais”, marcados por certo caráter de marginalização de suas demandas e algum grau de organização e atuação coletiva extrainstitucional, que visam impulsionar visões de mundo compartilhadas¹⁵. Com base nesses referenciais teóricos, o presente artigo pretende examinar o grau de abertura do STF para a atuação de grupos e agentes coletivos da sociedade civil minimamente organizados que atuem na construção, defesa e promoção de uma determinada pauta de demandas políticas.

Embora se adote aqui um conceito amplo de movimento social, o foco da análise recairá especialmente sobre aqueles cujas pautas de reivindicações envolvam a tutela de direitos fundamentais de grupos com algum nível de estigma ou marginalização social, na medida em que é justamente a defesa destes sujeitos e interesses que serve de argumento de legitimação normativa para a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional¹⁶. Deve-se ainda, por franqueza acadêmica, reconhecer-se que a análise parte na maioria das vezes do caso do movimento LGBT, embora ações ligadas a reivindicações de outros movimentos também sirvam de exemplo ao presente estudo. Tal circunstância deriva, por um lado, de limitações práticas, considerando a impossibilidade de uma pesquisa englobar todas as demandas submetidas ao STF de todos os distintos movimentos sociais, e de outro das possibilidades analíticas do próprio conjunto de reivindicações do movimento LGBT. Assim, não apenas diversas demandas da pauta

¹³ CITTADINO, Gisele. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia”. In: **ALCEU**, v. 5, n. 9, 2004, p. 106.

¹⁴ GOHN, Maria da Glória. “Movimentos sociais na contemporaneidade”. In: **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 16 n. 47, maio/ago, 2011, p. 335.

¹⁵ GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: Juspodium, 2016, pp. 63-64.

¹⁶ Vide nota nº 10.

LGBT já foram submetidas ao STF (uniões estáveis homoafetivas, direitos de pessoas trans, doação de sangue por homens gays, etc), como também este movimento é caracterizado por ser um “movimento guarda-chuva”, na medida em que congrega diversas identidades e vivências, cada qual com suas pautas, necessidades – e níveis de estigmatização – específicos. Por outro lado, sem desconsiderar que a generalização pressupõe um esvanecimento e das evidentes diferenças e idiossincrasias que marcam os distintos movimentos sociais e simplificação de suas agendas reivindicatórias, acredita-se que muitas das reflexões e conclusões esposadas no presente artigo são pertinentes para os diferentes atores sociais de forma geral.

O recurso ao Judiciário por parte de movimentos sociais se relaciona com a noção de litígio estratégico, que visa a retratar justamente o recurso ao Direito e aos tribunais com o objetivo consciente de promoção de mudanças sociais; significa dizer que casos e demandas “são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes, para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas”¹⁷. A litigância estratégica é voltada para a promoção de uma determinada agenda temática (“*issue-oriented*”) e se diferencia, portanto, da advocacia tradicional, que é voltada para as necessidades de um cliente específico (“*client-oriented*”), além de focar não apenas nos resultados diretos de uma dada decisão judicial, mas também nos impactos políticos e culturais indiretos que esta pode produzir.

Por outro lado, a busca dos tribunais pelos movimentos sociais como estratégia viável para a concretização da sua agenda guarda uma série de dificuldades¹⁸. Com efeito, a adoção pelo STF de uma postura contramajoritária e protetora dos direitos de grupos estigmatizados está submetida a múltiplas limitações e constrangimentos fáticos e jurídicos. Um destes fatores – objeto de preocupação do presente artigo – diz respeito a própria possibilidade de uma dada questão conseguir chegar ao órgão e ser por ele analisada, isto é, ser deduzida por meios processualmente adequados ao seu conhecimento¹⁹ e por agentes com legitimidade para provocá-lo²⁰. Para tanto, faz-se necessário um nível mínimo de *abertura* do órgão às demandas

¹⁷ CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. **Op. Cit.**, p. 24.

¹⁸ O tema da litigância estratégica foi objeto de consideração de uma série de teóricos, como, por exemplo, Stuart Scheingold, Gerald Rosenberg e Charles Epp e, embora estes teóricos tenham níveis distintos de otimismo/ceticismo em relação à possibilidade de o Judiciário ser usado para promover a mudança social, eles são unânimes em pontuar que a atuação transformativa e “contramajoritária” que “empurra a história” não é inexorável e incondicional, estando submetida, no mínimo, a várias contingências. Assim, uma visão romantizada da atuação judicial é objeto de rejeição.

¹⁹ Não à toa Rosenberg destaca que arguir um direito judicialmente é, antes de mais nada, aquiescer com os procedimentos e regras do sistema jurídico (ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope**: can courts bring about social change?. 2ª Ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, p. 12)

²⁰ Conforme será discutido no seguimento, a agenda decisória de um determinado órgão judicial decorre diretamente de quais agentes podem ou não deflagrar a sua jurisdição. Assim, “para conhecer qual tipo de demanda alcançará a jurisdição constitucional de nossa mais alta Corte é necessário saber quais agentes

formuladas pelos movimentos sociais, traduzida na existência de canais e mecanismos institucionais e processuais para que as mesmas possam ser trazidas perante o tribunal²¹.

A ideia de um STF aberto à participação social e profundamente democrático costuma ser apresentada pelos próprios Ministros para justificar e legitimar a sua atuação, principalmente em casos de grande impacto e interesse social, em que há atuação de *amici curiae*, convocação de audiências públicas, amplos debates na academia jurídica ou na mídia em geral. A doutrina constitucional, em grande parte, naturaliza esse discurso, pressupondo que efetivamente corresponde à prática jurisprudencial e institucional²².

Um conceito manejado por este STF *soi-disant* aberto e democrático, bem como pela doutrina que o acompanha, é o de *representação argumentativa*, que tem o objetivo de enfraquecer o argumento da dificuldade contramajoritária, a partir da noção de que a legitimidade democrática não se esgota na formalidade do voto, e que o Judiciário também seria democraticamente legitimado, ainda que de forma distinta dos poderes majoritários. Assim, segundo Alexy, as decisões judiciais seriam legitimadas discursivamente, a partir de argumentos racionais e de uma fundamentação persuasiva. Para que se faça presente, esta espécie de representação “exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional”, de maneira que o tribunal passa a ser

estão legitimados para provocá-la a decidir. A composição desse grupo, que pode ser universal ou extremamente restrita, definirá os limites daquilo que poderá ser discutido na jurisdição constitucional” (NUNES, Daniel Capechi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal**: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 48).

²¹ Neste sentido, Jane Reis defende ser necessário “reconhecer e debater a dimensão política das normas processuais”, afirmando, ainda, que “as regras processuais que pavimentam o acesso ao Judiciário constituem um dos pilares da política de direitos humanos do país” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades”. In: **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 29, 2016, p. 144).

²² GUIMARÃES, Aline Lisboa Naves. *Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2009, p. 22; MEDINA, Damascos. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19. Neste sentido, Fernando Leal critica a mistura entre prescrição e descrição promovida pela academia constitucional no tema: “O direito constitucional brasileiro é dominado por mantras. Expressões que se articulam com teorias normativas e pretendem orientar decisões, mas que se tornam vazias quando passam a ser usadas como atalhos para descrever uma realidade que não existe – como se a repetição do mantra fosse obrigar os fatos a se adaptarem às ideias. Um exemplo é a ‘sociedade aberta dos intérpretes da Constituição’. O rótulo sugere que a jurisdição constitucional deve ser permeável à participação popular, ajudando o Supremo a lidar com o seu déficit democrático. De aspiração, porém, torna-se mantra quando se assume que a realidade de fato já é assim – i.e. que, no caso, a jurisdição constitucional brasileira já se abre à participação da sociedade civil. Nesse universo, prescrição e descrição se misturam de uma tal forma que forjam uma realidade ilusória. Assume-se que a interpretação constitucional é permeável à sociedade apenas porque deveria ser assim. Nessa perspectiva não está em jogo a avaliação do mérito da teoria em si, mas o quanto a sua incorporação retórica ao discurso jurídico pode ser compatível com a sua efetiva concretização no Supremo” (LEAL, Fernando. “O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. **Jota**. Supra. Publicado em 08.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-intérpretes-da-constituicao-08032018>).

considerado pela sociedade como uma “instância de reflexão do processo político”²³. Para o autor, a ideia de representação argumentativa se baseia em duas premissas: (i) a de que é possível se diferenciar racionalmente argumentos constitucionais bons, válidos e corretos de argumentos ruins, inválidos e incorretos; e (ii) a existência de pessoas racionais dispostas a aceitar argumentos bons, válidos e corretos (“pessoas constitucionais”)²⁴⁻²⁵.

Alexy ancora o conceito na ideia de *democracia deliberativa*, a qual, segundo o autor, institucionalizaria o argumento como fator de legitimação democrática ao lado do voto, de maneira que o povo estaria representado no parlamento tanto pelo voto, quanto pelo discurso, e no tribunal constitucional por este último fator²⁶. Em sentido semelhante, Barroso entende que a democracia deliberativa se funda justamente na noção de *legitimidade discursiva*, segundo a qual “as decisões políticas devem ser produzidas após debate público e livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as *razões* das opções feitas”²⁷. Assim, uma vez que o Judiciário não conta com um “pedigree democrático” formal e *ex ante* por meio do voto, o mesmo deve legitimar-se democraticamente por meio da sua atuação²⁸.

Por outro lado, Sarmento critica a ideia de representação argumentativa tal qual formulada por Alexy, entendendo que a mesma tomaria o cidadão em relação à atuação da Corte Constitucional somente como “destinatário passivo”, que deve meramente aceitar os argumentos formulados porque são racionais e corretos. Assim, aquele que se pretende representar discursivamente é, na verdade, um mero paciente, e não um agente coparticipante do processo decisório-deliberativo. O autor defende que deve ser preferida normativamente

²³ ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, Porto Alegre, 2015, pp. 53-54.

²⁴ ALEXY, Robert. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, Porto Alegre, 2015, pp. 164-164.

²⁵ A ideia de que o órgão se legitimaria enquanto instância de *representação argumentativa* da sociedade, ademais, já foi invocada pelo próprio STF. Neste sentido, os votos do Ministro Gilmar Mendes nas ADIs nº 3112 e nº 3510.

²⁶ ALEXY, R. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. **Op. Cit.**, p. 163.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 25.

²⁸ A ideia de legitimação discursiva do STF por meio da “força do argumento” é ainda difícil de ser coadunada com a própria leitura das decisões do tribunal. O processo deliberativo predominantemente externo, agregativo e *seriatim* do órgão, em que os votos são computados pela conclusão e não pelos fundamentos, faz com que a análise de uma dada decisão se torne, em certa medida, a análise de onze decisões diferentes, cada uma com o seu próprio percurso argumentativo. Esta dinâmica é objeto de intensa crítica doutrinária; para Virgílio Afonso da Silva, por exemplo: “como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma *colagem*, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas” (SILVA, Virgílio Afonso. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, 2009, pp. 217-218).

uma visão que condicione a legitimidade democrática da jurisdição constitucional à possibilidade de efetiva participação e contribuição cidadãos²⁹.

Em consequência, para que o processo deliberativo do STF seja considerado democrático, o mesmo deve estar aberto à participação social e às diferentes visões de mundo sobre o assunto em julgamento³⁰. Pretende-se, portanto, que a Corte estabeleça um *diálogo social*³¹, estando aberta à sociedade civil objeto de suas decisões.

A partir deste referencial, deve-se perscrutar, entretanto, o quanto esta aspiração normativa é descritivamente adequada, i.e., o quanto a atuação do STF realmente se dá com a ampla participação da sociedade; abertura para a recepção dos pleitos formulados pelos mais diversos agentes sociais; e consideração séria e interessada da interpretação constitucional levada a cabo pelos variados intérpretes constitucionais. Existe, portanto, uma relação direta aqui entre a pretensão de representatividade do Judiciário e a sua permeabilidade às demandas e grupos sociais.

A partir deste mesmo raciocínio, Jane Reis entende que

Uma Corte que pretenda ser representativa tem o ônus de estar aberta de forma igualitária à sociedade civil, de ser institucionalmente porosa, de facilitar o acesso dos vulneráveis e de considerar todos os argumentos em jogo na formulação da decisão judicial. O uso da ideia de representação como um argumento de autolegitimação, que outorgue *de per se* às decisões judiciais um pedigree democrático, opera o efeito inverso ao aparente: ao invés de tornar a jurisdição mais democrática e plural, torna-a mais aristocrática e ensimesmada³².

A crescente utilização pelos grupos de pressão e movimentos sociais dos tribunais como canais privilegiados de promoção de sua agenda transformou sensivelmente a percepção acerca da importância política da abertura dos mecanismos processuais de acesso à jurisdição, inclusive, como visto, com consequências sobre a sua própria legitimidade. Assim, o processo de

²⁹ SARMENTO, Daniel. "Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição". In: SARMENTO, Daniel. **Direito, Democracia e República**: escritos e direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 81-85.

³⁰ A teoria da *democracia deliberativa* foca-se, portanto, não no *resultado*, i.e., nas decisões adotadas, mas no *procedimento* por meio do qual estas decisões foram construídas. Somente poderiam ser consideradas efetivamente democráticas as decisões tomadas após um processo deliberativo democrático, aberto e plural. Assim "é o embate entre argumentos e contra-argumentos no espaço público e nos fóruns oficiais que racionaliza e legitima o processo decisório democrático. Na deliberação, os diversos participantes podem expor os seus pontos de vista e criticar os argumentos oferecidos pelos demais, com liberdade e igualdade" (SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. **Direito Constitucional**. **Op. Cit.**, pp. 223-224).

³¹ Segundo Carina Leite, a noção de *diálogos sociais* "designa a ideia de que existe uma relação dialética entre o tribunal e a sociedade, que é relevante para a jurisdição constitucional" (LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. **Os Diálogos Sociais no STF**: as audiências públicas, o *amicus curiae* e a democratização da jurisdição constitucional brasileira.. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 8.).

³² PEREIRA, J. R. G. "Representação democrática do Judiciário". **Op. Cit.**, p. 353.

judicialização da política converteu a agenda do acesso à Justiça “em política pública de primeira grandeza”³³.

Neste sentido, para que o STF seja uma arena viável para que os movimentos sociais avancem suas bandeiras, ele deve contar com um nível mínimo de abertura. Significa dizer, a existência de mecanismos de abertura procedimental é um requisito para viabilizar simultaneamente, (i) a capacidade de um determinado pleito ser submetido à jurisdição do STF; e (ii) a apresentação institucional ao órgão da visão e interpretação constitucionais formuladas no seio social³⁴.

Isto considerado, o objetivo do presente artigo é apresentar alguns fatores que limitam ou, ao menos, colocam em xeque uma visão excessivamente otimista da representatividade do Judiciário, a partir da análise das barreiras ao acesso de movimentos sociais ao STF, bem como das limitações e conformações às quais este acesso se submete. Pretende-se, em suma, analisar a correspondência ou não entre o argumento normativo de legitimação no tocante à tutela dos direitos das minorias e na abertura à participação social e a efetiva prática institucional do STF quanto à possibilidade destes sujeitos sociais o alcançarem.

A estrutura do artigo se baseia na circunstância de que a Constituição de 1988, conforme já destacado, garantiu um amplo rol de competências ao STF, mantendo e ampliando o sistema de controle de constitucionalidade misto já existente, que prevê simultaneamente mecanismos de controle direto e abstrato/objetivo, típico do modelo kelsiano-europeu, e de controle incidental e concreto/subjetivo, típico do sistema americano³⁵. Assim, cada uma dessas duas modalidades de acesso ao Tribunal será analisada no seguimento, verificando suas contingências e obstáculos específicos. Antes, entretanto, será analisada uma limitação de ordem mais geral, decorrente da própria linguagem do direito, e da necessidade de construção das demandas sociais em linguagem jurídica e judicializável. Finalmente, na quarta seção serão examinados os

³³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. “Dezessete anos de judicialização da política”. In: *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, 2007, p. 40.

³⁴ Estas duas dimensões são igualmente utilizadas por Nunes para analisar o que ele denomina de “impermeabilidade constitucional” do STF. Assim: “[A impermeabilidade constitucional] em primeiro plano, consiste na dificuldade – ou, até mesmo, impossibilidade – que as entidades de defesa de direitos e os movimentos sociais enfrentam para levar suas demandas por direitos ao STF e, em seguida, terem tais demandas, efetivamente, julgadas. Em segundo plano, trata-se da dificuldade que os mesmos grupos têm para trazer suas visões acerca dos sentidos da Constituição para o centro do debate jurisdicional que ocorre no STF. [...] Em suma, a impermeabilidade constitucional é o fenômeno que impede que a construção dos sentidos do texto constitucional se dê com a participação popular da sociedade civil, por meio de sua própria voz”. (NUNES, D. C. **Minorias no Supremo Tribunal Federal. Op. Cit.**, p. 9).

³⁵ Assim, em termos do repertório existente no direito comparado, a única modalidade de controle que o STF não teria atribuição constitucional expressa para exercer seria o controle preventivo. Não obstante, os Ministros desenvolveram uma engenhosa interpretação para exercê-lo quanto às emendas constitucionais, por meio de mandados de segurança impetrados por parlamentares (ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. “Criatura e/ou Criador”. **Op. Cit.**, pp. 411 e 423-426).

mecanismos dos *amici curiae* e das audiências públicas, e sua efetiva capacidade de pluralização do debate promovido junto ao STF.

1. A Linguagem Jurídica

O Direito tem uma gramática específica, um discurso próprio, e as demandas que pretendam ser dirigidas aos seus operadores, como o Judiciário, devem ser formuladas dentro destes limites de inteligibilidade. Tal circunstância importa um processo de “tradução” das demandas sociais para o “juridiquês” que pode representar a sua “domesticação” e seu arrefecimento³⁶⁻³⁷. Esta primeira limitação ao acesso dos movimentos sociais ao STF, portanto, é de ordem mais geral, e em alguma medida incontornável, mas nem por isso menos relevante.

A transposição de um discurso originalmente formulado em uma determinada linguagem para outra, como se dá com as reivindicações construídas no calor do ativismo político e que precisam ser expressas em termos juridicamente aceitáveis, gera em algum nível a modificação e deformação do argumento original para que o mesmo caiba dentro dos limites da linguagem para a qual vertida. Não por acaso, Gerald Rosenberg, um dos autores mais céticos em relação à possibilidade de as cortes produzirem mudanças sociais, lista como constrição estrutural para tanto a necessidade de “tradução” das demandas para o “juridiquês” e as limitações decorrentes de regras processuais e procedimentais³⁸.

³⁶ Neste sentido, “finalmente, há muito tem se argumentando que enquadrar demandas de maneira juridicamente aceitável retira delas ‘apelo político e finalístico’ [...] Em sentido estrito, a natureza técnica da argumentação jurídica pode despir as demandas de apelo emocional e generalizado” (“Finally, it has long been argued that framing issues in legally sound ways robs them of ‘political and purposive appeal’ [...] In the narrow sense, the technical nature of legal argument can denude issue of emotional, widespread appeal”, ROSENBERG, G. **The Hollow Hope. Op. Cit.**, p. 12). Na mesma toada, Carina Leite afirma que “quando se permite a manifestação de grupos de interesse por meio de canais formais de contribuição para a jurisdição constitucional, as opiniões manifestadas na sociedade, por vezes de forma apaixonada, têm de ser expostas na forma de argumentos que possam ser ponderados pelo tribunal, o que, de certa forma, pode ‘amortecer’ as pressões exercidas sobre o tribunal”. (LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF. Op. Cit.**, pp. 38-39.)

³⁷ Jane Reis destaca, ainda, o caráter opressivo que essa tradução pode impor, na medida em que a impõe a grupos e demandas muito diferentes entre si a adaptação à uma estrutura de linguagem única, relacionada aos aparatos de poder e às relações verticais de autoridade (PEREIRA, J. R. G. “O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades”. *Op. Cit.*, p. 128).

³⁸ ROSENBERG, G. **The Hollow Hope. Op. Cit.**, pp. 10-21. Outros entraves destacados pelo autor envolvem as limitações à independência judicial, diante da possibilidade de outros poderes responderem e reagirem às decisões judiciais; e as dificuldades dos tribunais em fazer cumprir suas decisões, que dependem da atuação – e nesta medida da aquiescência – de outros poderes e da sociedade de maneira geral.

Ademais, a nova linguagem, além de restrita pelo seu aspecto técnico, é marcadamente “elitizada e homogênea”, o que pode ter resultados excludentes para o debate³⁹. Por esse motivo, Barroso inclui tal circunstância no rol de críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira, destacando que a mesma pode representar uma “limitação do debate”. Segundo o autor:

O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais que passariam a ficar à espera de juízes providenciais.⁴⁰

Assim, a proeminência de estratégias de reivindicação por canais jurídicos, como a judicialização, traz consequências para o ativismo: quanto mais central for a atuação dos juristas, mais excluídos se tornam os militantes que não dominam a técnica e a discursividade jurídicas. Este processo pode não apenas “desradicalizar” o discurso do movimento, como também preterir as demandas de sujeitos mais estigmatizados em favor daquelas de identidades e vivências mais palatáveis para os juízes. Segundo Eskridge, em ensaio sobre atuação de movimentos baseados em identidades sociais (“*identity-based social movements*”): “uma vez que os advogados estejam envolvidos, a reforma legal começa a dominar outros tipos de ação mais do que nunca, e o movimento como um todo tende a assumir uma crescente aura advocatícia”⁴¹. Em igual sentido, Evorah Cardoso destaca que “a incorporação da linguagem do direito provoca um distanciamento da ação dos ‘advogados’ e dos ‘ativistas’, em privilégio dos primeiros”⁴².

³⁹PEREIRA, J. R. G. “O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades”. **Op. Cit.**, p. 140. A antropóloga Andressa Lewandowski, que realizou uma etnografia no STF, fornece um relato significativo sobre o hermetismo da linguagem técnico-jurídica para os “não iniciados”: “o primeiro julgamento a que assisti não era um desses casos ‘importantes’ em termos de um possível impacto público. Ao contrário, tratava-se de um processo cujo objeto não conseguia sequer identificar com precisão. Estava em discussão um processo sobre tributação e direito administrativo. Os ministros falavam em objeto da lide, *writ*, inconstitucionalidade formal e material, termos cujos sentidos me eram completamente alheios, cujo conteúdo até hoje, depois de uma pesquisa de campo de quase dois anos, precisamente um ano e oito meses, ainda não sou capaz de reconhecer com facilidade. Minhas primeiras anotações de campo eram palavras e expressões seguidas de um ponto de interrogação” (LEWANDOWSKI, Andressa. **O direito em última instância: uma etnografia no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 9).

⁴⁰ BARROSO, L. R. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”. **Op. Cit.**, p. 250.

⁴¹ “Once the lawyers get involved, legal reform comes to dominate other kinds of action more than before, and the movement as a whole tends to assume an increasingly lawyerly aura”. (ESKRIDGE, William N. Jr. “Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law”. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 150, 2001, p. 467).

⁴² CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. **Op. Cit.**, p. 35.

Por outro lado, esse processo de tradução não é unidirecional: a partir do momento que novas demandas são forçadas para dentro do discurso jurídico, traduzindo-se neste processo, elas também poder terminar por transformá-lo, criando novas categorias jurídicas ou alterando aquelas já existentes. Neste sentido, partindo da ideia de que os movimentos sociais buscam a construção e defesa de uma determinada interpretação constitucional, dentro da ideia de disputa de significados, estas novas leituras propostas também produzem mudanças no discurso jurídico-constitucional. Assim, Balkin defende que determinadas visões e leituras que eram consideradas “absurdas” (“*off-the-wall*”) podem com o tempo se tornar cada vez mais aceitáveis até, finalmente, passarem a ser o cânone interpretativo⁴³; a ideia de que a Constituição e o princípio da igualdade garantem aos casais do mesmo sexo o direito de serem reconhecidos como família é um bom exemplo desse processo, ainda que em curso⁴⁴. Algum grau de limitação em relação à possibilidade do Direito apreender as demandas, entretanto, é inerente à sua estrutura⁴⁵. Neste sentido:

De um lado, o direito formata de maneira decisiva demandas sociais de transformação, obrigando os diferentes indivíduos, grupos e movimentos sociais de transformação a traduzir suas aspirações em termos jurídicos, o que pode resultar na renovação da gramática institucional e, até mesmo na transformação do código do direito. De outro lado, essa lógica estruturante do direito exclui de fato opções, alternativas e demandas que não se veem respaldadas na tradução para o código jurídico vigente.⁴⁶

⁴³BALKIN, Jack M. *Constitutional Redemption: political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, pp. 179-182; BALKIN, Jack M. “How social movements change (or fail to change) the Constitution: the case of the New Departure”. In: **Suffolk University Law Review**, v. 39, 2005, p. 28. Assim, “é por isso que os movimentos sociais e políticos são tão importantes. Ao mudar as fronteiras do razoável e do plausível, eles abrem espaço para novas formas de imaginação constitucional e novas formas de utopias constitucionais, tanto para bem, quanto para o mal. Eles mudam tanto a noção do que é possível do ponto de vista prático, quanto a noção do que é possível de se imaginar” (“That is why social and political movements are so important. By shifting the boundaries of the reasonable, and the plausible, they open up space for new forms of constitutional imagination and new forms of constitutional utopianism, both for good and for ill. They change both the sense of what is practically possible and the sense of what it is possible to imagine.”, BALKIN, J. **Constitutional Redemption**. **Op. Cit.**, p. 11). Em consequência desse processo, “quanto um movimento social é verdadeiramente bem sucedido, os juizes vão ver sua concepção modificada do mundo social não como uma vedada imposição de valores pessoais sobre um público relutante, mas como a aplicação de mero bom senso” (“When a social movement is truly successful, judges will see their changed conception of the social world not as the forbidden imposition of personal values on an unwilling public but as the application of simple common sense”; BALKIN, J. “How social movements change (or fail to change) the Constitution: **Op. Cit.** p. 28).

⁴⁴BALKIN, J. **Constitutional Redemption**. **Op. Cit.**, p. 135

⁴⁵Sarmento argumenta, nesta toada, que “é certo que algum nível de exclusão no processo constitucional é inevitável. A forma jurídica, por exemplo, já tem um certo potencial excludente, pois compromete a participação daqueles que não conseguem verter as suas reivindicações para a gramática própria do Direito. E nem tudo que se pode bradar numa manifestação de rua – também um espaço relevante de hermenêutica constitucional - pode ser dito num debate constitucional no STF, que deve ser travado em torno de razões públicas”. (SARMENTO, D. “Dar voz a quem não tem voz”. **Op. Cit.** p. 83)

⁴⁶RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, pp. 193-194.

Ademais, é importante notar que o discurso jurídico e os institutos que ele maneja não são ideologicamente neutros. Desta maneira, o discurso da técnica e da ciência do direito pode servir como estratégia de resistência às alterações na ordem jurídica, criando barreiras que precisam ser quebradas para que uma demanda possa ser considerada pelo Judiciário. Um exemplo loquaz dessa situação é o casamento entre pessoas do mesmo sexo, na medida em que a doutrina civilista tradicional entendia a diferença de sexo entre os cônjuges como um elemento essencial do casamento, um elemento tão autoevidente que dispensava maior questionamento⁴⁷. Alguns autores, insatisfeitos em atribuir ao casamento homossexual a pecha de “ato inválido” ou “nulo”, pretendiam entendê-lo como “inexistente”, como se buscando negar a própria realidade fática das relações homoafetivas⁴⁸.

É possível concluir, portanto, que o Direito, apesar de ser uma ferramenta emancipatória importante a ser manejada pelos movimentos sociais, requer a formulação de demandas dentro de linguagem técnica, determinada e restrita. Em consequência, é possível que o fulgor e até mesmo parte da capacidade de seduzir corações e mentes do discurso político se perca nessa tradução, ou ainda, que determinadas demandas e sujeitos sejam preteridos em prol de outros mais viáveis. Ademais, a técnica jurídica representa, ainda, simultaneamente um possível espaço de resistência à transformação e uma moldura que baliza aquilo que pode ser formulado dentro dos seus limites.

2. Acesso ao Controle Abstrato

A Constituição de 1988 aumentou sensivelmente o número de legitimados a provocar o controle abstrato no STF em relação ao modelo constitucional anterior. Na Carta de 1967/69, apenas o

⁴⁷ Neste sentido, Orlando Gomes: “o casamento entre pessoas do mesmo sexo é inconcebível. A existência da diversidade de sexo constitui, entretanto, uma condição natural, tendo-se em vista a conformação física de certas pessoas, dado que repugna cogitar da hipótese de casamento entre dois homens ou entre duas mulheres, fato que pertence aos domínios da insânia” (GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 357).

⁴⁸ Sobre tal classificação, José Reinaldo de Lima Lopes relata: “Lembro-me da dificuldade do professor de direito civil ensinar, e os alunos aprenderem, a diferença entre ‘ato inexistente’, que era apenas um nada no mundo jurídico, o casamento de pessoas do mesmo sexo, dos outros atos inválidos, os chamados atos nulos. Por que um casamento entre pessoas de sexo igual, ou seja, um ato a que faltava um elemento essencial, era inexistente, enquanto um contrato de sociedade ao qual faltasse finalidade social era ‘apenas’ nulo? A distinção não tinha nada de lógico: eram dois casos em que faltava um elemento essencial exigido pela lei. Mas se o casamento entre pessoas do mesmo sexo fosse ‘inexistente’ era possível usar adjetivos de grande valor depreciativo: ‘um nada’, algo que o direito ‘não considera’ porque não pode considerar o nada e assim por diante. O efeito era simbólico” (LOPES, José Reinaldo de Lima. “Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da Ditadura à Democracia”. In: GREEN, James Naylor; QUINALHA, Renan. (org.). **Ditadura e Homossexualidades**: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFScar, 2014, pp. 284-285)

Procurador Geral da República detinha tal prerrogativa, a qual, em função das constrictões do contexto jurídico e político, dificilmente seria manejada em defesa de grupos e identidades socialmente estigmatizados. Naquele momento, o chefe do Ministério Público podia ser removido *ad nutum* pelo chefe do Executivo⁴⁹ e possuía ampla discricionariedade para levar adiante ou não eventuais pedidos para o ajuizamento de representações de inconstitucionalidade que recebesse⁵⁰, de tal forma que pleitos contrários aos interesses do Executivo e da ideologia oficial do regime militar tinham pouca chance de sucesso. Ademais, convém lembrar que o controle abstrato foi introduzido no sistema brasileiro em 1965, pela EC nº 16/1965, que criou a representação de inconstitucionalidade, somente após o empacotamento da corte pelo Regime Militar, por meio do Ato Institucional nº 2⁵¹.

Assim, o rol de legitimados a provocar o controle concentrado previsto no art. 103 da nova Constituição⁵² foi objeto de grande celebração da doutrina, uma vez que o acesso à jurisdição constitucional abstrata foi substancialmente ampliado, tendo sido conferido a uma série de atores políticos e sociais⁵³, o que possibilitou a propositura de ações diretas por grupos de interesse e partidos de oposição⁵⁴, gerando a percepção de que o acesso ao STF se democratizou de tal forma que qualquer questão poderia ser alçada ao controle concentrado⁵⁵.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 160.

⁵⁰ Neste sentido, cabe destacar que em 1970, o MDB, partido de oposição tolerada, solicitou ao Procurador-Geral da República que ajuizasse representação de inconstitucionalidade contra o decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros e jornais. Diante da negativa deste em fazê-lo, o partido apresentou reclamação ao STF, que entendeu que o Procurador-Geral da República poderia decidir *se e quando* instaurar o controle abstrato (NUNES, D. C. **Minorias no Supremo Tribunal Federal**. **Op. Cit.**, pp. 172-173).

⁵¹ O Ato Institucional nº 2 aumentou o número de ministros de 11 para 16, preenchendo as novas cadeiras com nomes alinhados ao Regime, além de ter suspenso as garantias da magistratura temporariamente. Posteriormente, ainda, o famigerado Ato Institucional nº 5 (AI-5) cassou os Ministros Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 112-115). Este processo representou o alinhamento do STF com os interesses do regime, ao mesmo tempo em que se centralizava o poder na corte, de forma a limitar eventual oposição à ditadura por parte dos juízos inferiores (LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF**. **Op. Cit.**, p. 15).

⁵² O artigo prevê a legitimação dos seguintes sujeitos e instituições para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁵³ O repúdio da nova carta ao modelo anterior de monopólio de legitimidade para deflagrar o controle abstrato é flagrante no art. 125, §2º, segundo o qual “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

⁵⁴ BRANDÃO, R. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. **Op. Cit.**, p. 122.

⁵⁵ Neste sentido, Mendes e Branco entendem que a “ampla legitimação conferida ao controle abstrato” teria por consequência a “inevitável possibilidade de submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.262).

Ademais, cumpre destacar que o próprio Procurador-Geral da República teve sua possibilidade de atuação reforçada, a partir das garantias que lhe foram conferidas pela nova ordem constitucional.

Não obstante, a legitimação foi atribuída quase exclusivamente a agentes políticos estatais e órgãos públicos; à sociedade civil de maneira mais geral, excluídos os partidos políticos e a OAB, se reservou um papel coadjuvante neste novo modelo⁵⁶. O seu acesso foi franqueado formalmente por meio do inciso IX do art. 103, que previu a legitimação de “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

A possibilidade de acesso direto dos indivíduos ao STF por meio de ADPF chegou a ser aventada: a lei nº 9.882/99, que regula o procedimento da ação, previu inicialmente em seu art. 2º, II, a legitimidade para a sua propositura de “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”, ao lado dos legitimados do art. 103 da Constituição, no inciso I. O dispositivo, entretanto, foi vetado pela presidência, sob os argumentos de que iria gerar elevação excessiva da carga de trabalho do tribunal e que o “amplo rol” de legitimados previstos na Constituição já permitiria a adequada submissão das questões constitucionais relevantes ao controle concentrado⁵⁷.

Ademais, desde o primeiro momento, o inciso IX do art. 103 foi objeto de uma interpretação bastante defensiva por parte do STF, que desenvolveu uma série de limitações e

⁵⁶ A legitimidade da sociedade civil, ainda que sujeita às limitações do texto constitucional ou da jurisprudência que se construiu a partir deste, causou certo espanto aos Ministros na infância da nova Carta (GUIMARÃES, A. L. N. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade**. Op. Cit, pp. 29-30). Neste sentido, visando justificar uma interpretação restritiva do inciso IX, o Ministro Paulo Brossard, no julgamento da ADI 42, em 1989, aduziu ao fato de que os demais legitimados seriam “ou autoridades de alta expressão na hierarquia político-administrativa do País, ou entidades de caráter público”.

⁵⁷ Segundo as razões do veto, “a admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento” (disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>).

condicionamentos que representou, em certa medida, uma esterilização do potencial democratizante do dispositivo⁵⁸. Esta jurisprudência é sintomática de uma visão da corte na aurora da nova Constituição que combinava pouca simpatia em relação ao novo texto e receio de uma sobrecarga de trabalho⁵⁹.

Uma primeira barreira erigida pela jurisprudência da Corte foi a distinção feita, sem apoio em qualquer previsão constitucional expressa, entre legitimados universais e especiais. Estes últimos, dentre os quais aqueles do inciso IX, para terem sua ação de controle abstrato conhecida, precisam demonstrar a *pertinência temática* da demanda em relação à sua esfera jurídica ou de seus filiados⁶⁰.

Mais ainda, a própria ideia do que deveria ser entendido como “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” foi objeto de uma “posição severa e restritiva”⁶². Assim, em primeiro lugar, por meio de analogia feita com o art. 8º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9096/95), o tribunal entendeu que para a caracterização do “âmbito nacional” seriam necessários filiados em pelo menos 1/3 dos Estados⁶³. Em segundo lugar, a ideia de “confederação sindical” é objeto de uma interpretação estrita, com base no art. 535 da CLT⁶⁴.

⁵⁸ ARGUELHES, D. W. “Poder não é querer”. **Op. Cit.**, pp. 219-220. Para o autor, essas limitações construídas jurisprudencialmente “resultaram em uma relativa restrição do grau de representatividade e abertura do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil” (**Ibidem**, p. 220). Guimarães advoga que esta jurisprudência estaria em frontal desacordo com a concepção de participação social vivenciada e valorizada pelos trabalhos constituintes (GUIMARÃES, A. L. N. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade**. **Op. Cit.**, p. 54). Assim, segundo a autora, “apesar de o texto constitucional haver inovado o panorama participativo do controle de constitucionalidade brasileiro, tal inovação não implica em uma mudança automática da mentalidade de seus destinatários” (**Ibidem**, p. 57).

⁵⁹ ARGUELHES, D. W. “Poder não é querer”. **Op. Cit.**

⁶⁰ BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. **Op. Cit.**, p. 161. O autor argumenta que a ideia se aproximaria, a rigor, do conceito processual de *interesse de agir*, a partir da noção de que deve haver, para os legitimados do inciso IX, uma relação lógica entre o objeto do diploma ou ato impugnado e os objetivos sociais da requerente (**Ibidem**, p. 168). A ideia de que a noção de pertinência temática se assemelha a uma condição da ação também é perfilhada por Gilmar Mendes, para quem, ademais, tal categoria se revela estranha e inadequada ao processo de controle objetivo (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6a Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 180).

⁶¹ Aline Guimarães apresenta uma crítica à exigência de demonstração da pertinência temática pelas confederações sindicais e entidades de classe, na medida em que seria incongruente com a jurisprudência desenvolvida pelo STF para o caso dos partidos políticos, considerados como legitimados universais. Com efeito, os partidos políticos estariam desobrigados à demonstração de pertinência temática em razão de representarem a sociedade, agindo como “corpos intermediários”, lógica que poderia facilmente ser aplicada aos legitimados do inciso IX (GUIMARÃES, A. L. N. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade**. **Op. Cit.**, p. 41).

⁶² BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. **Op. Cit.**, p. 165.

⁶³ **Loc. Cit.**. Deve-se destacar, não obstante, que este requisito já foi relativizado pelo STF. Assim, na ADI nº 2.866, o Tribunal reconheceu a legitimidade da Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal – ABERSAL, apesar de a mesma possuir filiados somente em quatro Estados, destacando que não seria razoável exigir a filiação em nove Estados na medida em que a atividade econômica de extração de sal ocorre em poucas unidades federativas.

⁶⁴ **Ibidem**, p. 168.

Finalmente, o conceito de “entidade de classe”, que poderia ser usado como “válvula de escape” para a participação da sociedade civil e movimentos sociais na jurisdição abstrata, foi objeto de uma jurisprudência restritiva, que exigiu que os filiados da entidade estejam ligados por um vínculo econômico ou profissional⁶⁵. Assim, no julgamento da ADI nº 42, em 24.09.1992, de relatoria do Ministro Paulo Brossard, em que se formulou o entendimento, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que a ideia de “entidade de classe” estaria ligada “sempre a identidade ou semelhança da atividade empresarial ou profissional ou do setor econômico”⁶⁶. Assim, em um momento bastante significativo desta jurisprudência, o STF entendeu que a União Nacional dos Estudantes - UNE, entidade de notória importância na resistência à ditadura militar, não possuía legitimidade para provocar o controle abstrato⁶⁷. Apesar de severas críticas doutrinárias, o entendimento tem permanecido até os dias atuais.

Em função disto, fecharam-se as portas da jurisdição constitucional abstrata a grupos unidos por interesses como a defesa de direitos humanos, meio ambiente ou outras causas sociais, enquanto, por outro lado, interesses econômicos e profissionais podem acessar diretamente à jurisdição abstrata⁶⁸, situação que se torna ainda mais problemática em função do caráter já marcadamente corporativo da Carta de 1988⁶⁹. Neste sentido, tal jurisprudência teria

⁶⁵ *Ibidem*, p. 165. Deve-se destacar, ainda, que mesmo no caso de entidades cujos membros estejam ligados entre si por um vínculo econômico ou profissional, o STF formulou uma série de requisitos para reconhecer a legitimidade da entidade, como a ideia de deve representar um interesse comum de uma determinada categoria, e não categorias diversas com interesses díspares, bem como a integralidade dos membros de uma determinada categoria, e não uma parcela destes (MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional. Op. Cit.**, p. 179). A análise pormenorizada desta jurisprudência, entretanto, foge ao objetivo do presente estudo.

⁶⁶ Sarmiento aponta que a noção de “classe”, diante de sua vagueza, comporta múltiplas possibilidades interpretativas. Diante deste quadro, entretanto, O STF optou em lhe dar um sentido contrário ao espírito democratizante de abertura e participação e objetivos promovidos pela Constituição de 1988 e avesso a uma interpretação sistemática do texto constitucional (SARMENTO, D. “Dar voz a quem não tem voz”. **Op. Cit.**, pp. 85-88). Tal circunstância foi apontada, ademais, no voto vencido do Ministro Célio Borja, segundo o qual “a classe não é um *numerus clausus* de atividades ou interesses, identificados e classificados pelo Estado, como no corporativismo estadonovista; mas, para compatibilizar-se com uma Constituição que põe entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre e solidária (art. 3º, I), deve a classe ou categoria ser espécie ou gênero que as pessoas elegem, a cada momento, como relevantes e para cuja defesa ou fomento se submetem à disciplina societária que melhor lhes pareça”.

⁶⁷ ADI nº 984. Julgada em 18.11.1993. Cabe destacar que a atuação histórica em prol da defesa das liberdades e contra os regimes autoritários foi um dos argumentos elencados pela Corte para considerar a OAB como legitimado universal, desobrigando-a do requisito da pertinência temática (GUIMARÃES, A. L. N. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade. Op. Cit.**, p. 42). A PEC nº 6/2014 do Senado Federal propõe a inclusão de um novo inciso no art. 103 da Constituição para prever a legitimidade de “entidade estudantil de âmbito nacional”.

⁶⁸ Assim, “as portas do Supremo estão hoje escancaradas para os interesses estatais, corporativos e econômicos, mas continuam semicerradas para as demandas de grupos vulneráveis, que se aglutinam em torno de outros eixos, como identidade étnica, gênero, classe social, sexualidade etc.” (SARMENTO, D. “Dar voz a quem não tem voz”. **Op. Cit.** p. 80)

⁶⁹ Vide nota de rodapé nº 2.

promovido a inclusão daqueles setores já incluídos e a exclusão dos grupos socialmente excluídos⁷⁰.

Diante disto, os pleitos e demandas formulados pelos movimentos sociais, para poderem ser levados à jurisdição abstrata, tem duas opções: (i) encontrar um fundamento apto a caracterizar a pertinência temática de um dos legitimados especiais, o que normalmente envolve uma justificação por meio de um interesse econômico ou corporativo (“entidade de classe”); ou (ii) recorrer à chancela – ou antes, à “boa vontade”⁷¹ – de um dos legitimados dito universais.

Como exemplo da primeira situação, pode-se citar a ADPF nº 54, que reconheceu a licitude do aborto no caso de fetos anencefálicos, que foi movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS⁷², tendo a pertinência temática sido justificada não a partir de considerações acerca de direitos reprodutivos ou da liberdade da mulher sobre o seu próprio corpo, e sim no risco de profissionais de saúde serem submetidos à perseguição criminal caso realizassem aborto dos fetos sem condição de vida extrauterina. Outro exemplo é a ADPF nº 132, que pretendia o reconhecimento das uniões homoafetivas; a pertinência temática em relação ao legitimado, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, foi justificada com base na necessidade de saber se as uniões com pessoas do mesmo sexo de servidores estaduais poderiam ser consideradas como famílias para o fim de benefícios estatutários, como licenças, previdência e assistência sociais⁷³.

⁷⁰ GUIMARÃES, A. L. N. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade**. *Op. Cit.*, p. 134. No mesmo sentido: “com base nessa posição, o STF já rejeitou o acesso à jurisdição constitucional de diversas associações [...] Além disso, tantas outras entidades deixaram de acionar o controle abstrato de constitucionalidade, ainda que tivessem plena identificação com a causa em questão e representatividade social. Nesse movimento, o STF fechou suas portas para a sociedade e, sobretudo, para seus grupos mais vulneráveis, frequentemente representados por movimentos sociais, os quais não preenchem os requisitos fixados pelo Tribunal [...] Os atores corporativos com forte influência política e econômica costumam ter franqueado o acesso às vias institucionais à jurisdição constitucional para fazer valer seus interesses, na medida em que conseguem cooptar certos legitimados para que os representem. Além disso, frequentemente valem-se com maior facilidade de vias menos formais, como audiências com ministros, ou informais, como encontros sociais e agentes estatais e a própria mídia, para buscar pautar a agenda e a prestação jurisdicionais. Por outro lado, as minorias e grupos socialmente vulneráveis e marginalizados são excluídos das vias de acesso à jurisdição constitucional tanto formal quanto informal e veem-se diante de muitos obstáculos para comunicar suas interpretações constitucionais” (GOMES, J. C. A. *Por um constitucionalismo difuso*. *Op. Cit.*, p. 155-156).

⁷¹ NUNES, D. C. **Minorias no Supremo Tribunal Federal**. *Op. Cit.*, p. 155.

⁷² Neste sentido, Barroso, advogado na causa, descreve o processo pelo qual, uma vez procurado por uma associação voltada à defesa dos direitos das mulheres para patrocinar a demanda, foi necessário buscar o apoio de uma entidade corporativa legitimada, uma vez que aquela associação não teria acesso franqueado à jurisdição abstrata (BARROSO, Luís Roberto. “Anencefalia: o direito à interrupção da gestação de fetos inviáveis”. In: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil”. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 331-332).

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. “Uniões Homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo”. In: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil”. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp.425-426.

Na segunda situação, por sua vez, um determinado movimento social, impedido de alcançar diretamente a jurisdição constitucional abstrata, precisa do patrocínio de um legitimado “oficial” para tanto. Impossibilitados de acessar o STF em nome próprio, infantilizam-se os sujeitos, colocando-os na dependência do beneplácito de outros agentes, quase sempre estatais.

Tal circunstância apresenta riscos e dificuldades de duas ordens. Em primeiro lugar, é preciso que as demandas daquele determinado grupo encontrem ressonância junto a algum legitimado, o que pode ocorrer ou não por fatores circunstanciais de difícil controle⁷⁴. Assim, “uma norma inconstitucional pode permanecer fora do sistema de controle concentrado simplesmente porque os interessados em sua anulação não conseguiram [...] mobilizar os legitimados para propõe uma ação neste sentido”⁷⁵.

É possível supor que quanto mais estigmatizada for uma determinada categoria social, mais difícil que ela consiga sequer encontrar um legitimado empático a acionar a jurisdição abstrata em seu benefício, inclusive em razão dos cálculos de estratégia eleitoral a que estão submetidos legitimados como partidos políticos e Governadores de Estado. Assim, o “paradoxo” de que quanto mais ostracizada e politicamente desmobilizada for uma minoria, menor as chances de ela ser protegida pela Suprema Corte⁷⁶, no caso brasileiro é reproduzido em um estágio anterior, de acesso ao próprio órgão judicial.

Esta circunstância é sintomática no caso do movimento LGBT: boa parte das ações de controle abstrato que tratavam dos direitos LGBT foi movida pela Procuradoria-Geral da República. Todavia, até recentemente, em todos os casos as ações haviam sido deflagradas por

⁷⁴ Um exemplo prosaico dessa situação é fornecido por Sarmento, ao relatar que parte da vontade política do então Governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral em propor a ADPF nº 132, pleiteando o reconhecimento das uniões homoafetivas, decorreu da influência exercida pela sua amizade com Carlos Tufvesson, estilista e ativista homossexual (SARMENTO, D. “Dar voz a quem não tem voz”. **Op. Cit.** pp. 89-90).

⁷⁵ COSTA, Alexandre Araújo da; BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) **A Quem Interessa o Controle de Constitucionalidade?**: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília financiada pelo CNPQ, 2014, p. 18

⁷⁶ Michael Klarman afirma que o “direito constitucional geralmente tem flexibilidade suficiente para acomodar a opinião pública dominante, à qual os *Justices* têm pouca inclinação, e poder limitado, para resistir. [...] Neste sentido, as cortes tendem a proteger apenas aquelas minorias encaradas de forma favorável pela opinião majoritária. Ironicamente, quando um grupo minoritário mais precisa de proteção judicial, por causa de opressão severa, é menos provável que ele a receba. Grupos precisam controlar poder social, político e econômico significativo antes de se tornarem candidatos atraentes para a consideração judicial. Os justices não teriam sequer considerado proteger mulheres e gays sob a cláusula da igual proteção antes dos movimentos pelos direitos das mulheres e dos gays. (*“constitutional law generally has sufficient flexibility to accommodate dominant public opinion, which justices have little inclination, and limited power, to resist [...] Accordingly, courts are likely to protect only those minorities that are favorably regarded by majority opinion. Ironically, when a minority group is most in need of judicial protection, because of severe oppression, it is least likely to receive it. Groups must command significant social, political, and economic power before they become attractive candidates for judicial solicitude. The justices would not have dreamed off protecting women or gays under the equal protection clause before women’s and gay rights movements”*); KLARMAN, Michael J. “Courts, Congress and Civil Rights”. In: DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith E. (Eds.). **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005, p.182).

Vice Procuradoras-Gerais da República em exercício interino do cargo de Procurador-Geral, nunca pelos próprios Procuradores-Gerais da República⁷⁷: Deborah Duprat no caso da ADI nº 4.277, sobre uniões homoafetivas, e da ADI nº 4.275, acerca da possibilidade de alteração de prenome e sexo registral por pessoas transexuais, independente da cirurgia de transgenitalização⁷⁸, e Helenita Acioli no caso da ADPF nº 291, que pretendia reconhecer a não recepção do art. 235 do CPM (“pederastia ou outro ato de libidinagem”). Com efeito, na ADPF nº 291, o Procurador-Geral da República elaborou parecer de *custos legis* pelo desprovimento da ação, o que denota a posição pessoal contrária do chefe do Ministério Público ao pleito. Este exemplo demonstra que a garantia de direitos fundamentais de determinadas categorias pode estar submetida à eventual identificação pessoal dos detentores circunstanciais de cargos políticos com aquelas demandas.

Em segundo lugar, mesmo se um dos legitimados resolver “comprar a briga” de um determinado movimento social, movendo uma ação direta para a promoção de determinada demanda, cabe questionar *como* isso será feito. Isto porque, impedidos de pleitear em nome próprio, os sujeitos perdem o seu protagonismo, ficando alijados de definir suas próprias estratégias processuais. O legitimado detém, em última instância, a palavra final sobre qual demanda deve ser priorizada, com base em qual fundamentação a mesma será defendida, etc⁷⁹. Segundo Evorah Cardoso, esta circunstância gera o risco de “conflitos de interesse” e de que os movimentos e sujeitos diretamente interessados percam “o controle do caso”⁸⁰.

Assim, o problema referido anteriormente acerca da tradução de demandas sociais para a linguagem técnico-jurídica, e todas as limitações e adaptações que daí advém, é maximizado, uma vez que as demandas podem acabar passando por um processo de “dupla-tradução”, ao serem submetidos a uma primeira realizada pelo próprio movimento, que será posteriormente objeto de nova conformação pelo legitimado.

⁷⁷ Esta situação perdurou até 2017, quando o então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot ajuizou uma série de ADPFs (nºs 460, 461, 462, 465, 466 e 467) contra leis municipais que vedam políticas de ensino sobre diversidade de gênero e orientação sexual.

⁷⁸ No curto período em que ocupou o cargo, Deborah Duprat assumiu uma postura ativa na busca pelo avanço de demandas progressistas que incluiu, além do ajuizamento das duas ações citadas, entre outros, parecer favorável à interrupção de gravidez de feto anencefálico (ADPF nº 54) e ajuizamento da ADI nº 4.724, que visava reconhecer a legitimidade das manifestações em defesa da legalização das drogas (“marcha da maconha”). Como se vê, algumas das mais importantes decisões recentes do STF em matéria de direitos fundamentais tiveram influência decisiva da vontade pessoal de determinado agente que ocupava circunstancialmente o papel de um legitimado.

⁷⁹ Assim, “mesmo que, por uma via alternativa, a demanda alcance o Tribunal, não há garantias de que os argumentos que esses grupos defendem sobre seus próprios direitos serão levados em conta pela Corte. Portanto, mesmo uma conquista por direitos pode ser acompanhada pela total desatenção à interpretação que o grupo minoritário oferece do dispositivo constitucional em discussão. (NUNES, D. C. **Minorias no Supremo Tribunal Federal. Op. Cit.**, p. 155)

⁸⁰ CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. **Op. Cit.**, p. 96.

Neste sentido, dando relevo às dinâmicas por trás da propositura das ações acerca do aborto de fetos anencefálicos e das uniões homoafetivas, Juliana Cesário Alvim Gomes destaca que:

Em ambos os casos, durante a elaboração das ações, estiveram envolvidas entidades representativas dos interesses em jogo — respectivamente, entidades LGBTQs e de mulheres. Entretanto, na hora de propor a ação, foi necessário mascarar a demanda com a indumentária institucional, acionando-se os legitimados à luz da jurisprudência restritiva do STF, sem que as entidades representativas das categorias em questão pudessem elas próprias veicular seus entendimentos constitucionais. A sujeição de seus interesses a intermediários, por sujeitarem-nas a ponderações externas e a todo tipo de barganha, frequentemente leva à perda de sua autonomia no processo.⁸¹

Por outro lado, Damares Medina relaciona o acesso limitado à jurisdição constitucional concentrada ao crescente alargamento da participação dos *amici curiae* junto ao STF, como forma de reduzir o déficit de legitimidade da corte⁸². A solução, entretanto, deixa a desejar, na medida em que os *amici curiae* não dispõem das mesmas capacidades processuais dos legitimados do art. 103, não podendo, por exemplo, deflagrar diretamente a jurisdição abstrata, somente participar de um processo já existente. Persistem, portanto, todas as problemáticas acima referidas⁸³.

Ressalta-se, ainda, que uma visão ingênua acerca da caracterização do controle abstrato como um processo objetivo pode ajudar a mascarar essas distorções. Isto porque, tradicionalmente, entende-se que este tipo de processo é voltado não à defesa de interesse subjetivo do requerente, e sim à análise em tese da constitucionalidade de uma norma, como forma de salvaguardar a supremacia da Constituição e a higidez do ordenamento⁸⁴. Embora não há que se falar em interesse subjetivo *jurídico* do legitimado em deflagrar o controle abstrato, esta pressupõe um interesse *político* em fazê-lo⁸⁵. Com efeito, as ações de controle são movidas pelos legitimados visando à retirada do ordenamento de uma norma que lhe é indesejável, de forma que “mover uma ADI é uma opção política, e não uma necessidade lógico-jurídica”⁸⁶. Em

⁸¹ GOMES, J. C. A. **Por um constitucionalismo difuso**. *Op. Cit.*, pp. 156-157.

⁸² MEDINA, D. **Amicus Curiae**. *Op. Cit.*, p. 30.

⁸³ Em igual sentido, SARMENTO, D. “Dar voz a quem não tem voz”. *Op. Cit.* pp. 86-88.

⁸⁴ BINENBOJM, G. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. *Op. Cit.*, p. 143. O autor destaca, não obstante, que o próprio STF mitiga esta lógica, por exemplo, por meio da categoria da *pertinência temática*, que pressupõe análise da situação subjetiva individual do requerente.

⁸⁵ Damares Medina demonstra certo desconforto com a categoria do controle *objetivo*, ao destacar que entre requerente e requerido nas ações de controle deste tipo existem interesses inversos no tocante à declaração de validade ou invalidade do ato impugnado, de forma que o mesmo objetivo, i.e. a preservação da integridade da ordem constitucional, é buscado de formas diametralmente opostas por cada um (MEDINA, D. **Amicus Curiae**. *Op. Cit.*, p. 89).

⁸⁶ COSTA, A. A.; BENVINDO, J. Z. (Coord.) **A Quem Interessa o Controle de Constitucionalidade**. *Op. Cit.*, p. 18. Segundo os autores, a existência de outros mecanismos mais eficientes que a jurisdição constitucional à

razão disto, a jurisdição abstrata pode ser entendida como um dentre outros mecanismos à disposição de alguns agentes políticos para buscar influenciar o ordenamento jurídico, o que envolve considerações estratégicas sobre que caminhos são melhores para a retirada do ordenamento de uma determinada norma, bem como os critérios de *seletividade* que importam na escolha de que demanda submeter à jurisdição abstrata em cada momento. Como visto, impossibilitados de acessar diretamente à jurisdição constitucional abstrata, os movimentos sociais ficam na dependência do resultado destas avaliações realizadas por terceiros legitimados.

Estudo desenvolvido na UnB, em que foram analisadas as ADIs distribuídas até o final de 2012, demonstrou o desacerto de uma visão de que o STF teria uma atuação profundamente destacada na defesa de direitos fundamentais. Com efeito, casos moralmente divisivos, como a possibilidade de abortos anencefálicos, cotas raciais e uniões homoafetivas, apesar de sua notoriedade, representam uma parcela reduzida de decisões num mar de discussões corporativas e administrativas⁸⁷. Assim, o maior cliente da jurisdição abstrata é o próprio Estado, e as discussões costumam revolver em torno de argumentos formais como separação dos poderes e federação⁸⁸. Mesmo no caso do acesso dos legitimados do inciso IX do art. 103, existe uma participação destacada – e exitosa – de entidades representativas de servidores públicos, juízes e membros do Ministério Público⁸⁹.

Diante deste quadro, Sarmento aponta um cenário de distorção e empobrecimento da agenda do STF, em que ainda é rara atuação na defesa de direitos fundamentais de minorias e proteção de interesses da coletividade. Para o autor, “instaura-se, com isso, um constrangedor hiato entre o discurso de legitimação da jurisdição constitucional – proteção de direitos fundamentais, defesa das minorias, garantia dos pressupostos da democracia etc. – e a sua prática institucional efetiva”.⁹⁰

Em razão de todos estes aspectos, esta jurisprudência altamente restritiva e sem apoio textual é objeto de intensa crítica doutrinária, que pugna por uma interpretação do inciso IX, do

sua disposição para a reforma do ordenamento jurídico ajudaria a explicar o número reduzido de ADIs ajuizadas por determinados legitimados, como o Presidente da República (*ibidem*, p. 19).

⁸⁷*Ibidem*, pp. 72-73.

⁸⁸*Ibidem*, pp. 77-78.

⁸⁹*Ibidem*, p. 77. Com efeito, pesquisa quantitativa realizada pela UNB aponta um grande crescimento das ADIs ajuizadas por entidades corporativas ligadas à magistratura e ao Ministério Público, que somam cerca de 25% das demandas desde o início do governo Lula, o que indica, ainda, uma convergência problemática entre os interesses de requerentes e julgadores (*Ibidem*, pp. 27-28).

⁹⁰ SARMENTO, D. “Dar voz a quem não tem voz”. *Op. Cit.*, p. 84. No mesmo sentido, “não é possível afirmar, de maneira coerente, que um dos elementos que justifica a chamada atuação ‘contramajoritária’ do Tribunal é a proteção de minorias, ao mesmo tempo que se cria barreiras intransponíveis para que tais minorias tenham acesso a uma das esferas da jurisdição da Corte. A jurisprudência atualmente vigente acerca do controle de constitucionalidade, portanto, age na contramão das próprias razões que são utilizadas para legitimar o papel exercido pelo Tribunal” (NUNES, D. C. Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. *Op. Cit.*, p. 212).

art. 103, da Constituição mais consentânea à democratização da jurisdição constitucional. A Corte, mais recentemente, tem dado sinais no sentido da revisão deste entendimento tradicional⁹¹. Assim, em decisão monocrática na ADI nº 5.291, proferida em 11.05.2015, o Ministro Marco Aurélio, que tinha ficado vencido no julgamento da legitimidade da UNE, reconheceu a legitimidade de determinada associação de defesa dos direitos dos consumidores, protestando expressamente pela superação do entendimento tradicional⁹². Entretanto, a efetiva reversão desta jurisprudência ainda é uma incógnita, na medida em que o assoberbamento da corte persiste como uma preocupação⁹³ e que os Ministros possuem grande liberdade para, em decisão monocrática, negar seguimento a ações diretas propostas em razão da ilegitimidade da requerente.

Por todo o exposto, é possível concluir que a revisão por parte do STF de sua interpretação em relação ao art. 103, IX da Constituição teria o condão de provocar de *lege lata* uma maior abertura do órgão à sociedade civil e aos movimentos sociais, com a consequente alteração do seu papel institucional⁹⁴. Por outro lado, é importante destacar também a existência de uma série de PECs que pretende alterar a redação dos incisos já existentes do art. 103 ou propor novos incisos, para incluir novos legitimados. A maioria segue o mesmo padrão de protagonismo de entes e agentes do próprio Estado, prevendo a legitimação de prefeitos

⁹¹ GUIMARÃES, A. L. N. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade. Op. Cit.**, pp. 9-11.

⁹² “Estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais. A jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania.” O pleito do Ministro encontra eco também em manifestações de alguns dos Ministros mais novos da Corte, como, por exemplo, o Ministro Fux, que em seu voto na ADI nº 4029, em que era relator, destacou que “A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada em vez de limitada, quanto mais quando a restrição decorre de construção jurisprudencial, à míngua de regramento legal”.

⁹³ Por outro lado, Binenbojm afirma que “o argumento *ad terrorem* da proliferação incontrolável de causas não pode servir como pretexto para frustrar o acesso de grupos organizados, de elevada representatividade social, à participação nos processos constitucionais sobre leis de grande relevância para seus destinos” (BINENBOJM, G. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Op. Cit.**, pp. 148-149).

⁹⁴ Assim, “a solução central para a questão da amplitude dos legitimados no acesso ao controle abstrato exigiria apenas uma mudança na jurisprudência do STF que foi apresentada. Por essa via, a solução seria superar a interpretação tradicional do artigo 103, IX, da Constituição, que determina que as ‘entidades de classe’ que são legitimadas para ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade são aquelas que defendem interesses econômicos ou profissionais. Na nova interpretação, estariam incluídas entidades que tivessem o propósito de tutelar direitos fundamentais. Essa mudança teria o importante papel de alterar o ‘cardápio’ de assuntos possíveis para a Corte, realizando um incremento quantitativo na direção dos casos envolvendo direitos fundamentais” (NUNES, D. C. **Minorias no Supremo Tribunal Federal. Op. Cit.**, p. 198)

municipais⁹⁵, câmaras municipais⁹⁶, entidade de representação de municípios de âmbito nacional⁹⁷, conselhos federais de fiscalização do exercício profissional⁹⁸ e o Defensor Público-Geral Federal⁹⁹.

Em sentido diverso, ganhou destaque recentemente a PEC nº 99/2011, de autoria do Deputado João Campos (PRB/GO)¹⁰⁰, que pretende incluir o inciso X no art. 103 da Constituição para prever a legitimidade para propositura de ação direta de “associações religiosas de âmbito nacional”¹⁰¹. A iniciativa representa em certa medida uma resposta das igrejas à percepção de que o STF não estaria dando a devida atenção às suas cosmovisões, pugnando pela possibilidade de intervirem diretamente junto ao Tribunal. Ademais, considerando que cada vez mais as questões definitivas da vida nacional são decididas pelo STF em detrimento do Congresso, o projeto retrata a busca de inserção também nesse espaço de poder pelas entidades religiosas.

A PEC foi objeto de críticas a partir da ideia de que conferir tal prerrogativa a grupos religiosos feriria a laicidade do Estado e a própria democracia. Por outro lado, deve-se considerar que quando uma instituição religiosa se manifesta em um processo judicial, o faz não com base em dogmas e argumentos religiosos, e sim com base no direito. Neste sentido, as manifestações da CNBB como *amicus curiae* na ADI nº 3510 (pesquisas e terapia com células tronco) e nas ADI nº 4277 e ADPF nº 132 (uniões homoafetivas) foram formuladas em termos jurídico-constitucionais, traduzindo suas cosmovisões religiosas em uma linguagem juridicamente aceitável. Como já destacado, ademais, tal circunstância sequer é peculiar às instituições religiosas, uma vez que todos os indivíduos e grupos sociais devem apresentar processualmente seus argumentos em uma linguagem específica, técnica e jurídica, dentro da qual, igualmente, os juízes deverão fundamentar suas decisões, o que inclusive, submete o tema a todas as críticas e limitações relativa a este discurso verificadas na seção anterior¹⁰².

⁹⁵ PEC nº 343/2013 da Câmara dos Deputados e PEC nº 65/2013 do Senado Federal.

⁹⁶ PECs nº 438/2005 e nº 469/2010 da Câmara dos Deputados.

⁹⁷ PECs nº 36/2009 e nº 73/2015 do Senado Federal.

⁹⁸ PEC nº 187/2003 da Câmara dos Deputados.

⁹⁹ PECs nº 487/2005, nº 144/2007 e nº 350/2013 da Câmara dos Deputados e PEC nº 31/2017 do Senado Federal.

¹⁰⁰ O deputado é um dos parlamentares mais atuantes da “Frente Parlamentar Evangélica”, tendo sido autor do Projeto de Decreto Legislativo nº 234, que visava sustar os dispositivos da Resolução nº 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia que impedem que estes profissionais ofertem tratamento destinado à alteração da orientação sexual dos pacientes, mais conhecido como projeto da “cura gay”.

¹⁰¹ Inteiro teor e justificativa disponíveis em: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=931483&filename=PEC+99/2011

¹⁰² Ademais, na eventualidade de a PEC vir a ser aprovada, é provável que o STF tome as associações religiosas como legitimados especiais que precisarão demonstrar “pertinência temática” em cada caso. Assim, caso o STF entenda que estas associações poderão acionar o controle abstrato apenas para debater questões relativas ao funcionamento das entidades religiosas (separação do Estado e religião, imunidade

Outra crítica feita à proposta diz respeito ao seu “direcionamento” cristão, em razão do requisito de que a associação religiosa possua “âmbito nacional”. Tal exigência, que também consta do inciso IX do art. 103 da Constituição, é objeto de uma restritiva e exigente interpretação pelo STF, conforme analisado anteriormente. Questiona-se, portanto, se a medida seria capaz de produzir o acesso ao STF de religiões minoritárias e estigmatizadas, como aquelas de matriz afro-brasileira, o que seria problemático do ponto de vista do princípio da isonomia. Assim, é razoável supor que somente entidades religiosas com um nível elevado de organização e força conseguiriam cumprir o requisito, de forma que o novo inciso franquearia o acesso basicamente às igrejas cristãs mais expressivas¹⁰³. Diante deste diagnóstico, indaga-se se a PEC nº 99/2011 produziria uma mudança concreta no tocante ao acesso ao STF, ou seja, se as entidades religiosas que seriam beneficiadas já não possuem condições de deflagrar a jurisdição constitucional abstrata. Com efeito, seus interesses encontram razoável guarida na atuação de legitimados *de lege lata*, como partidos políticos, uma vez que certas legendas possuem forte conotação religiosa cristã. Assim, por exemplo, a ADI nº 4966, que questiona a constitucionalidade de Resolução nº 175/2013, que reconheceu o casamento igualitário como decorrência do julgamento das uniões homoafetivas, foi proposta pelo Partido Social Cristão - PSC.

Neste sentido, a PEC parece realizar, na verdade, tão somente uma tímida ampliação do acesso à jurisdição abstrata, criticável pela limitação de seu escopo, por contemplar apenas uma parcela reduzida da sociedade civil, deixando de fora outros grupos e movimentos sociais, além de potencialmente parte relevante das próprias entidades religiosas.

3. Acesso ao Controle Concreto

O controle concreto no Brasil, via de regra, é exercido difusamente por qualquer juiz e tribunal, atuando o STF como instância recursal, por meio do recurso extraordinário, ou, ainda, por meio de reclamação constitucional. A alternativa do controle subjetivo mitiga as limitações existentes no controle objetivo em relação à possibilidade de algumas questões chegarem ao Tribunal.

tributária, etc.) e direitos fundamentais dos seus fiéis (liberdade de culto, vedação da discriminação religiosa, etc.), o argumento de lesão à laicidade ficaria sensivelmente enfraquecido.

¹⁰³ Com efeito, a justificativa da PEC traz como exemplos de eventuais futuros legitimados somente entidades cristãs: “Após bom debate, a Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional deliberou por apresentar proposta de Emenda à Constituição objetivando inserir Associações Religiosas de caráter nacional (exemplo: CGADB - Convenção Geral das Assembléias de Deus no Brasil, CONAMAD - Convenção Nacional das Assembléias de Deus no Brasil Ministério Madureira, CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil, Convenção Batista Nacional, Colégio Episcopal da Igreja Metodista, etc.) no rol do art. 103 da Constituição Federal e, para tanto, apresentamos a seguinte justificação.”

Neste sentido, além das barreiras construídas pelo próprio STF quanto ao seu acesso por meio das ações diretas, analisadas na seção anterior, deve ser destacado que o sistema de controle abstrato apresenta restrições que lhe são inerentes. Tradicionalmente, se entende que a função do controle objetivo é garantir a higidez do ordenamento jurídico¹⁰⁴, independentemente de um conflito intersubjetivo, isto é, de um “pano de fundo” fático. Significa dizer, o controle objetivo opera como um mecanismo de correção abstrata do ordenamento normativo. Tal circunstância pode dificultar que uma determinada questão seja levada ao conhecimento do tribunal quando não puder ser identificada com um ato normativo caracterizável como um objeto juridicamente viável para o controle abstrato¹⁰⁵ ou quando a violação a um direito fundamental derivar não de um ato normativo em si, mas antes da sua inobservância ou inefetividade.

Por outro lado, a ausência de discriminações e violações de direitos fundamentais no “mundo das normas” não importa necessariamente na sua inexistência no “mundo dos fatos”. Neste sentido, uma vantagem do processo subjetivo é a possibilidade de lidar com uma variedade maior de situações concretas de violação de direitos, que ocorrem independentemente da existência de um diploma normativo a embasar a conduta¹⁰⁶ e que possa servir de objeto a deflagrar o controle direto¹⁰⁷. Não por acaso, por exemplo, o tema do tratamento social das pessoas transexuais de acordo com o gênero de identificação, a partir do uso dos banheiros, questão que envolve uma situação de inconstitucionalidade caracterizada por um conjunto de condutas públicas e privadas, foi submetida ao STF em sede de controle concreto, por meio de recurso extraordinário (RE nº 845779).

¹⁰⁴ BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Op. Cit. pp. 153-154.

¹⁰⁵ A circunstância ganha ainda mais relevo diante do desenvolvimento pela jurisprudência do STF de novos filtros, como por exemplo, a ideia de “inconstitucionalidade reflexa”.

¹⁰⁶ A noção de diploma normativo discriminatório não deve se limitar, por outro lado, às situações em que a discriminação é proposital e objetivada pelo ato normativo, a chamada discriminação direta, mas abranger também as hipóteses de discriminação indireta, que ocorrem quando um ato normativo neutro produz um impacto diferenciado sobre um determinado grupo. Sobre o tema da discriminação direta e indireta vide: CORBO, Wallace de Almeida. **Discriminação Indireta**: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, 320p.

¹⁰⁷ Jane Reis e Gabriel Gonçalves argumentam que o fenômeno da inconstitucionalidade é tradicionalmente entendido a partir de um paradigma legiscêntrico que toma a inconstitucionalidade como um problema inter-normativo, i.e., como um conflito da norma infraconstitucional com a Constituição, ao passo que à violação constitucional, principalmente em países muito desiguais, ocorre muitas vezes de forma de multidimensional ou sistêmica (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. “Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição”. In: **Juris Poiesis**: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, nº 18, 2015, pp. 131-132). Visando a justamente combater este tipo de situação, o STF recentemente reconheceu na ADPF nº 347 a existência de um “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro. Esta ideia, originalmente desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, visa a lidar com uma situação de inconstitucionalidade estrutural que derive de um conjunto complexo de ações e omissões de diversos agentes públicos e privados que representem a violação de direitos de uma multiplicidade de sujeitos, não estando identificadas com um diploma normativo individualizado.

Outro problema inerente ao controle abstrato que o controle concreto ajuda a solucionar diz respeito à “limitação epistêmica” do Legislativo e do Judiciário. Significa dizer, o legislador, ao elaborar o ato normativo, e o juiz, ao analisar abstratamente a sua constitucionalidade, não são capazes de antever todas as diversas hipóteses de aplicação e consequências que aquele ato vai concretamente produzir no mundo real¹⁰⁸. O controle subjetivo permite que, uma vez ocorrendo uma situação concreta de inconstitucionalidade não antecipada, a mesma possa ser judicialmente questionada¹⁰⁹. Neste sentido, além da evidente limitação cognitiva humana, deve-se levar em conta que os juízes são membros da elite e, na maioria das vezes, pertencentes a grupos e identidades hegemônicos, o que aumenta o risco de que deixem de levar em consideração em sede de controle abstrato uma eventual consequência ou aplicação inconstitucional da norma em relação a um grupo estigmatizado. Neste sentido, o controle concreto pode “abrir-lhe os olhos” para uma situação não antevista¹¹⁰.

Por outro lado, o uso do controle concreto pelos movimentos sociais para a defesa e promoção de direitos fundamentais pressupõe a existência de ações e mecanismos processuais adequados e eficientes para a sua tutela. A Constituição de 1988 previu uma série de ações, tradicionalmente denominadas de remédios constitucionais, para lidar com as situações de violação dos direitos nela previstos. Todavia, estas ações apresentam escopo limitado e se submetem a uma série de requisitos e condicionantes que diminuem o seu impacto¹¹¹. Assim, segundo Jane Reis:

Nesse cenário, o detalhado sistema processual brasileiro, supostamente reformado e modernizado, ainda consagra uma série de ações e procedimentos especiais com as mais variadas finalidades, mas não contempla uma ação especial de tutela de direitos

¹⁰⁸ Ademais, as instâncias políticas, guiadas pelo princípio majoritário, podem simplesmente não dar atenção suficiente durante o processo de produção das normas jurídicas ao impacto e eventuais consequências negativas que estas possam ter sobre um determinado grupo minoritário.

¹⁰⁹ Por outro lado, uma contracrítica que poderia ser apresentada, usualmente levantada no tema do controle judicial de políticas públicas e alocações orçamentárias, é a de que em processos subjetivos, especialmente de índole individual, os juízes realizam a chamada “micro-justiça”, com foco exclusivamente naquele caso concreto (“visão de túnel”), sem que se dê atenção adequada às consequências daquela decisão específica ou aos efeitos sistêmicos que a multiplicação de decisões idênticas pode produzir. O controle abstrato, por outro lado, teria por vantagem estar relacionado à “macro-justiça”, na medida em que os impactos da decisão sobre o sistema jurídico seriam considerados de forma ampla. Sobre o assunto, vide: BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. In: *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 3, 2006, pp. 17-54.

¹¹⁰ Esta mesma função pode ser exercida também no controle abstrato por meio da pluralização do debate promovida pelos *amici curiae* e audiências públicas. Na prática, entretanto, estes mecanismos apresentam uma série de limitações e deficiências, conforme será explorado no seguimento.

¹¹¹ Assim, o remédio constitucional mais simplificado e acessível, o *habeas corpus* é voltado somente para a tutela de um direito específico, a liberdade ambulatorial, enquanto o remédio com objeto mais amplo, o mandado de segurança, se submete a uma série de limitações, como, por exemplo, pré-constituição da prova e um prazo curto para sua impetração.

fundamentais de perfil simplificado. A teia processual brasileira e o conjunto de requisitos impostos para litigar encerra, em última análise, uma escolha política em desfavor dos direitos fundamentais existenciais.¹¹²

Não por acaso, em que pese dominarem largamente a pauta do STF¹¹³, os recursos extraordinários não são caracterizados em sua maioria por tratarem de questões relacionadas a direitos e liberdades fundamentais. A agenda decisória do STF em sede de controle concreto sofre do mesmo descolamento observado no controle abstrato entre o argumento legitimador de defesa dos interesses e direitos das minorias e a atuação prática em que esses casos são residuais. A atuação do órgão em sede recursal é praticamente monopolizada pelo Estado e entes públicos¹¹⁴, o que denota uma prevalência de discussões fazendárias, previdenciárias e estatutárias, por vezes comezinhas, muito distantes das “grandes questões constitucionais” que marcam os seus julgamentos mais famosos.

Evidentemente, outros fatores ajudam a explicar essa agenda decisória relativamente empobrecida. Assim, Evorah Cardoso destaca a baixa presença de entidades e grupos da sociedade civil voltados especificamente para a defesa judicial de uma agenda de direitos¹¹⁵. Fatores como o custo do litígio estratégico e a própria desmobilização e desorganização interna destes grupos tornam muito difícil para a sociedade civil atuar diretamente na defesa dos seus interesses. Considerando esta atuação especificamente no tocante ao controle concreto junto ao STF, Jane Reis dá destaque aos vários requisitos formais para a correta formulação de um Recurso Extraordinário passível de ser conhecido, bem como a dificuldade que envolve acompanhar a sua tramitação e julgamento em Brasília, o que pode envolver, por exemplo, custos com viagens impeditivos para a maioria dos grupos e associações¹¹⁶.

¹¹² PEREIRA, J. R. G. “O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais”. *Op. Cit.*, p. 145.

¹¹³ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Número: O Múltiplo Supremo**. FGV Rio, 2011, p. 21; ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. “Criatura e/ou Criador”. *Op. Cit.*, p. 416.

¹¹⁴ FALCÃO, J.; CERDEIRA, P. C.; ARGUELHES, D. W. **I Relatório Supremo em Número**. *Op. Cit.*, pp. 66 et seq.

¹¹⁵ CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 24.

¹¹⁶ PEREIRA, J. R. G. “O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais”. *Op. Cit.*, p. 143. No mesmo sentido, Juliana Cesário descreve um Supremo “socialmente seletivo”, em razão da dificuldade por que passam minorias e grupos socialmente vulneráveis para defender diretamente junto ao tribunal seus direitos, considerando os obstáculos para marcar audiências e acessar os Ministros, que grupos representados por advogados de elite costumam ter mais facilidade em conseguir; a baixa antecedência na divulgação da pauta, possibilidade a sua alteração de véspera ou mesmo o seu não atendimento, o que pode obrigar viagens repentinas e por vezes inúteis a Brasília, comprometendo a participação destes grupos nas sessões de julgamento; e mesmos restrições no tocante, por exemplo, a vestimenta altamente formal necessária à participação na liturgia do tribunal (GOMES, Juliana Cesário Alvim. “Um Supremo socialmente seletivo”. *Jota*. Supra, publicado em 01.02.2016. Disponível em <http://jota.info/um-supremo-socialmente-seletivo>). Embora a Ministra Cármen Lúcia, na qualidade de presidente, venha buscando tentar melhorar um pouco a situação de “obscuridade” da agenda do STF por meio da divulgação antecipada da pauta mensal de julgamentos, muitos dos problemas atinentes à incerteza de quando efetivamente os casos serão julgados permanecem (ESTEVEZ, Luiz Fernando Gomes. “O que os números dizem sobre a pauta do STF de

Diante deste cenário, a promoção e defesa no Brasil dos direitos fundamentais têm sido feitas em grande medida pelo próprio Estado, por meio da Defensoria Pública e, principalmente, do Ministério Público¹¹⁷. Com efeito, o Ministério Público foi um dos principais beneficiados pela Constituição de 1988, em que foi positivado como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado” (art. 127)¹¹⁸. Este papel destacado se reflete na previsão de amplas atribuições e poderes, além de garantias para a instituição e os membros individuais, tendo a nova ordem constitucional conferido ao Ministério Público a natureza de órgão constitucional autônomo, “quase erigindo-o a um quarto Poder”¹¹⁹.

A Constituição de 1988 previu ser mister do Ministério Público “a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127) e a “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, II). O Ministério Público foi pensado, portanto, como um órgão para a defesa e promoção dos direitos constitucionais, dentro da ideia geral da Constituição de garantir a sua própria efetividade e concretização. Desta forma, mesmo diante de eventual dificuldade da sociedade civil e de grupos específicos em fazerem respeitar os seus próprios direitos, o cumprimento da Constituição estaria garantido¹²⁰. Segundo Dalmo de Abreu Dallari:

Cármen?”. *Jota*. Supra, publicado em 12.09.2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/dados/rui/o-que-os-numeros-dizem-sobre-a-pauta-do-stf-de-carmen-12092017>>).

¹¹⁷ CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. **Op. Cit.**, pp. 28 e 48. Assim, Vianna *et al* destacam como, na ausência de uma cultura cívica de associativismo, a “judicialização das relações sociais” assumiu um papel central na luta social (VIANNA, Luiz Werneck *et al*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, pp. 149 *et seq*)

¹¹⁸ A bem da verdade, a mudança do papel institucional do Ministério Público iniciou-se antes do processo constituinte por meio, por exemplo, da edição das Leis nº 6.938/81 (“Política Nacional do Meio Ambiente”) e nº 7.347/85 (“Lei da ACP”), que lhe incumbiram da defesa de direitos e interesses coletivos. A Constituição de 1988, entretanto, representa o ápice e o aprofundamento desta transformação (CARVALHO, E.; LEITÃO, N. “O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política”. *Op. Cit.*, pp. 402-403; DA ROS, Luciano. “Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo: em busca de um padrão de interação”. In: **Revista Política Hoje**, v. 18, n. 1, 2009, pp. 32 *et seq*).

¹¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigri. **Manual do Promotor de Justiça**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 39. Assim, segundo Carvalho e Leitão: “Dentre tais instituições, a que mais sofreu modificações significativas pela Constituinte de 1987/88 foi o Ministério Público. Isto porque, anteriormente ligado ao Executivo, a instituição adquiriu autonomia funcional, passando a ser independente de todos os Poderes do Estado e a deter atribuições bastante reforçadas de representante da sociedade. Sem dúvida, essa mudança de status fez com que o Ministério Público fosse capaz de atuar como um relevante ator político”. (CARVALHO, E.; LEITÃO, N. “O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política”. **Op. Cit.**, p. 400)

¹²⁰ O argumento de “hipossuficiência da sociedade brasileira” para defender os seus próprios direitos e interesses foi utilizado pelo *lobby* do Ministério Público junto à constituinte para garantir a transformação do papel da instituição na nova carta (*Ibidem*, p. 405). Assim: “neste sentido, é lícito afirmar que os grupos cuja titularidade de proteção jurisdicional pertence ao Ministério Público são tipicamente grupos detentores do que se poderia chamar de “direitos especiais”, isto é, grupos cujas situações envolvem o reconhecimento pelos outros indivíduos da necessidade de tratamento diferenciado. A defesa jurisdicional dos interesses de portadores de deficiência, de crianças, de adolescentes, de idosos e de minorias étnicas são exemplos claros

Considerou-se também a necessidade de atribuir competência ao Ministério Público para a proteção e promoção dos direitos que fossem de todo o povo, além dos direitos assegurados a pessoas e grupos sociais mais frágeis, com impossibilidade ou grande dificuldade para cuidar dos seus próprios direitos.¹²¹

Por outro lado, a sua atuação do Ministério Pública na defesa dos direitos individuais de grupos oprimidos tem sido errática e inconstante, dependendo muitas vezes das visões individuais dos membros acerca do tema¹²². Tal situação que, como visto, se observa no âmbito

dessa tendência àquilo que se poderia designar ser uma “*tutela ao reconhecimento*” (DA ROS, L. “Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo”. **Op. Cit.** p. 37).

¹²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. “Ministério Público: advogado do povo”. In: LIVIANU, Roberto (Coord.). **Justiça, Cidadania e Democracia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 84.

¹²² Deve-se destacar que uma das garantias institucionais do Ministério Público é justamente a independência funcional dos seus membros, o que permite uma atuação livre de pressões externas ou internas, como forma de garantir a defesa da Constituição. Esta independência, por outro lado, pode representar riscos em relação à *accountability* na atuação concreta dos membros e à missão institucional do órgão de defesa dos direitos de grupos socialmente vulneráveis. Ernani e Leitão entendem que: “essas duas características, a falta de uma estrutura hierárquica e independência funcional dos promotores, criam uma barreira à formação de políticas institucionais uniformes. Por um lado, existe alguma vantagem, já que os promotores e procuradores têm mais liberdade para se adaptar às realidades específicas, podendo tomar medidas inovadoras que seriam dificultadas se fosse necessário esperar uma ordem da cúpula do Ministério Público [...]. Por outro lado, esse desenho diminui a garantia de que todos os cidadãos devem ter seus direitos defendidos de forma isônoma” (CARVALHO, E.; LEITÃO, N. “O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política”. **Op. Cit.**, p. 403). Os autores apresentam um retrato bastante crítico da falta de *accountability* em relação à atuação dos membros individuais, aos quais seria garantida uma alta dose de discricionariedade a despeito da falta de legitimação democrática formal, o que levantaria o paradoxo de uma instituição voltada precipuamente ao controle de outros agentes e poderes não ter mecanismos eficientes para o seu próprio controle (*Ibidem*, pp. 408-414). Em sentido semelhante: “não obstante a criação de mecanismos formais de controle interno e externo, a outorga dessa ampla autonomia e de amplos poderes ao MP resultou numa espécie de ‘cheque em branco’, que tende a ser preenchido de acordo com inclinações e posicionamentos ideológicos ou idiossincráticos dos membros da instituição. O que as poucas pesquisas existentes têm mostrado e a do CESeC, como se verá, confirma é que aos imensos recursos postos à disposição do MP não correspondem padrões institucionais de atuação nas diferentes áreas de que o órgão está incumbido. Há, sem dúvida, promotores e procuradores que enxergam o MP como poderoso garantidor de direitos e instrumento de justiça para as camadas desfavorecidas da população, mas boa parte tende a restringir-se às funções tradicionais, dependendo as diferenças mais de características individuais – como trajetória ou orientação política – do que dos recursos de atuação com que o órgão pode contar” (LEMGRUBER, Julita, *et al.* **Ministério Público: guardião da democracia brasileira?**. Rio de Janeiro: CESeC, Universidade Cândido Mendes, 2016, p. 14). Em sentido ainda mais intenso, alguns autores inclusive apontam o crescimento de uma postura conservadora e avessa aos direitos humanos e às demandas de movimentos sociais dentro da instituição, em franco descompasso com o mister conferido pelo constituinte ao órgão: “esta postura, empreendida às claras, viabiliza o silenciamento e o distanciamento de grupos que o Ministério Público deveria ladear, transformando a instituição, parceira histórica na realização de direitos, em inimigo que confere um verniz técnico e oficial a um discurso discriminatório, legitimando a leitura da Constituição à luz de memes obscurantistas de redes sociais e ignorando os desafios e violações de direitos vividos diariamente por minorias. É comum, por exemplo, a tentativa discursiva de inverter posições, como se pobres, negros, indígenas, mulheres e a população LGBT estivessem em uma situação confortável para ditar os rumos das relações sociais no país. Negam-se o racismo, a violência e as desigualdades em nome de uma suposta meritocracia e de uma sociedade em que deve prevalecer a liberdade de opressão, para enxergar em todos os cantos riscos de ‘ditaduras gayzistas’, ‘feminazis’ e ‘racismos reversos’. Nesse contexto, inclusive em áreas relacionadas à segurança pública, surge como brocardo a própria antítese aos direitos humanos, a ideia de ‘direitos

do controle abstrato, a depender de quem ocupa circunstancialmente a cadeira de PGR, ocorre também no bojo do controle concreto, e com maior intensidade, na medida em que envolve a atuação pulverizada de promotores e procuradores por todo o Brasil¹²³. Alguns autores apontam, ainda, neste cenário, um certo desprestígio institucional da atuação na proteção de direitos de minorias e do meio ambiente/patrimônio histórico em comparação a outras áreas de atuação do Ministério Público, como o combate à corrupção e a perseguição criminal¹²⁴.

humanos para humanos direitos', partindo da crítica permanente ao Estado e seu papel constitucional no combate às desigualdades – principalmente sociais e identitárias. Sob o pretexto de combater uma atuação supostamente ideológica, promove-se abertamente um projeto ideológico que não tem acolhida na ordem constitucional. Esta realidade já é notada na instituição, mas não vem recebendo a devida atenção. Trata-se, é verdade, de tema delicado, pois pressupõe debater eventuais limites da independência funcional dos membros do Ministério Público em contraposição à efetividade das atribuições institucionais, principalmente no que se refere aos compromissos na defesa de direitos humanos no campo jurídico nacional e internacional. Contudo, é necessário perguntar em voz alta: será que os órgãos de defesa de direitos humanos do Ministério Público Federal podem atuar em completo desacordo com pautas históricas contidas em tratados internacionais, na Constituição, na legislação nacional e em deliberações da instituição?" (ARAUJO JUNIOR, Julio José; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. "O Ministério Público dos Direitos Humanos". *Jota*. Publicado em 04.10.2017. Disponível em <https://www.jota.info/artigos/o-ministerio-publico-dos-humanos-direitos-04102017>).

¹²³ Neste sentido, Evorah Cardoso entende que muitas vezes no Brasil a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil ocorre de forma complementar ao Estado; por exemplo, por meio da uma representação ao Ministério Público para que este então aja na defesa judicial de um determinado interesse. Tal situação faz com que estas entidades devam ter, além de uma agenda de direitos, uma agenda de reforma institucional, que vise tornae estes órgãos mais democráticos, transparentes e receptivos às suas demandas (CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 30). Em sentido oposto, por outro lado, a supracitada pesquisa realizada pelo CESeC observou uma série de práticas que tendem a afastar as pessoas do órgão e impulsionar um trabalho exclusivamente "de gabinete" dos membros, como, por exemplo, as dificuldades para se entrar em contato com os promotores e a opulência e forte esquema de segurança que cerca os prédios da instituição (LENGRUBER, J., *et al. Ministério Público. Op. Cit.* p. 60).

¹²⁴ Neste sentido, "há algum tempo o órgão enfatiza o combate à corrupção, com acentuado desequilíbrio no exercício de suas atribuições institucionais. Isso se reflete na mentalidade da instituição e na disponibilização de recursos materiais e humanos. Há, por exemplo, uma tendência em tratar as atuações criminais e de combate à improbidade administrativa como obrigatórias – quando não prioritárias ou mais importantes -, ao passo que o papel de concretizador de direitos fundamentais, em atuação proativa, não teria o mesmo caráter, o que interfere na apreciação qualitativa e quantitativa da atuação em políticas públicas e na posição institucional quanto à defesa de grupos vulneráveis perante o Estado e outros atores. Grupos sociais vulneráveis e movimentos organizados têm tido dificuldades para dialogar com membros e se fazerem ouvir pela instituição. As políticas públicas são frequentemente analisadas sob a ótica da irregularidade, e não da expansão e efetividade, ocasionando muitas vezes um cenário de terra arrasada, em que o acesso ao direito que se procura proteger fica em segundo plano, em nome de um controle que se fecha em si mesmo. Reduzem-se assim os direitos fundamentais a mera folha de papel, que devem ceder ante um interesse público genérico, abstrato. Combater desmandos passa a significar apenas prender e sancionar os malfetores, e não assegurar justiça social: os debates sobre a pobreza, igualdade e identidades ficam distantes, sendo tratados como perfumaria ou diletantismo." (ARAUJO JUNIOR, Julio José; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. "O Ministério Público monocular". *Jota*. Publicado em 05.02.2017. Disponível em <https://www.jota.info/artigos/o-ministerio-publico-monocular-05022017>). Igualmente, durante a supracitada pesquisa do CESeC foram realizadas entrevistas com promotores e procuradores acerca das áreas de atuação prioritárias da instituição, tendo a maioria dos entrevistados elencado o "combate à corrupção" e "a investigação criminal" como as mais importantes. Mesmo no campo específico dos direitos e demandas coletivas, o tema dos direitos LGBT está longe de ser encarado como primordial: "se acreditarmos que as percepções dos entrevistados correspondem razoavelmente ao trabalho que a instituição privilegia na prática, o gráfico parece confirmar a concentração desse trabalho em algumas áreas,

Um exemplo dessa falta de atuação do Ministério Público envolve o tema dos direitos de pessoas trans. Assim, por exemplo, o já citado RE nº 845.779, teve origem em ação individual movida por uma mulher transexual, representada por escritório modelo de atendimento jurídico de uma faculdade de direito, e não na atuação do Ministério Público, em que pese a situação de maciço desrespeito dos direitos de pessoas trans.

A deficiência da sociedade civil na defesa dos seus direitos, e consequente transferência de tal encargo a uma instituição estatal, submete a consideração quanto à atuação ou não em torno de uma questão à análise de oportunidade e interesse de um agente externo. As consequências deletérias que esta circunstância pode produzir já foram objeto de consideração na seção anterior, cabendo todas as reflexões já esposadas sobre perda do protagonismo do movimento social e as barganhas e cálculos políticos envolvidos.

4. *Amici Curiae* e Audiências Públicas

Além do acesso ao STF por meio da propositura de ações, existem outras formas de os movimentos sociais se fazerem ouvir junto ao tribunal. Dentro desta lógica, há um crescente interesse acadêmico acerca da interpretação constitucional feita “fora das Cortes”, produzida no âmago da sociedade civil e dos movimentos sociais de maneira geral¹²⁵. Assim, a partir desta concepção, a abertura do Judiciário não se esgota apenas na previsão de canais para a deflagração da sua jurisdição, mas requer a criação de outros mecanismos institucionais e procedimentais que permitam à sociedade de maneira geral expor suas próprias visões constitucionais num determinado processo.

Uma referência essencial neste tema é a obra de Peter Häberle acerca da chamada “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”¹²⁶. O autor entende que a interpretação constitucional não é feita somente pelos operadores do direito, intérpretes “autorizados”, mas pelos cidadãos de maneira geral¹²⁷. Com efeito, a interpretação constitucional em uma democracia não se extingue na sua “delegação” formal a um órgão estatal autoritativo, sendo um

não obstante as atribuições muito mais amplas definidas pela Carta de 1988. Ainda assim, cabe destacar as menções a atividades de proteção e defesa de direitos entre as prioridades do órgão, com mais ênfase nas áreas de *criança e adolescente, meio ambiente, serviços de relevância pública, mulheres vítimas de violência doméstica e consumidor*, e com percentuais bem mais baixos para outras áreas como *relações de trabalho, idosos, portadores de deficiências, patrimônio histórico e cultural, minorias étnicas, LGBT e reforma agrária*. (LEMGRUBER, J., et al. **Ministério Público**. Op. Cit. p. 31)

¹²⁵ Neste sentido, por exemplo, o trabalho de GOMES, J. C. A. **Por um constitucionalismo difuso**. Op. Cit.

¹²⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 14-15.

processo realizado por toda a sociedade, cuja visão sobre o significado das normas constitucionais deve ser considerada pelas decisões da Corte Constitucional¹²⁸.

Dentro desta lógica, o STF deve contar com mecanismos de abertura procedimental como forma de viabilizar a penetração dessas outras visões constitucionais, dispersas na sociedade, em seu processo deliberativo e decisório. Neste sentido, “a jurisdição constitucional deve buscar aproximar-se da sociedade, que é destinatária e intérprete última da Constituição, oferecendo soluções alternativas para a inclusão de novos atores sociais, até então excluídos”¹²⁹. Conforme já foi exposto, a própria ideia de legitimidade da jurisdição constitucional, a partir de um intenso processo de judicialização da política, em que os rumos da sociedade são cada vez mais definidos de forma pretensamente definitiva pelo Judiciário, requer do mesmo canais de abertura para a exposição por parte dos agentes sociais de suas visões constitucionais. Assim:

Para que o projeto constitucional brasileiro se aperfeiçoe no sentido de uma leitura emancipatória e voltada para a proteção dos direitos fundamentais, é necessário que o processo de definição do significado de nossa Constituição esteja aberto às pessoas comuns, suas experiências concretas e visões de mundo – sobretudo as minoritárias, cuja participação garanta um sentido de Constituição abrangente, plural e inclusivo¹³⁰.

Além desta função de legitimação e democratização, Felipe Fonte destaca que a porosidade da jurisdição às visões e interpretações constitucionais construídas no corpo social tem também uma vantagem cognitiva, a partir da noção de um “estoque de ideias”. Assim, quanto maior o acervo de argumentos e pontos de vistas à disposição dos julgadores, mais embasada será a produção da decisão e mais qualificado será o exercício jurisdicional¹³¹. Com efeito, a abertura da discussão judicial aos influxos da sociedade tem relevância especial no caso de discussões que extrapolem o conhecimento estritamente jurídico.

Dentro desta ordem de ideias, a atuação dos *amici curiae* e a convocação de audiências públicas, institutos previstos no âmbito das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, são tradicionalmente

¹²⁸ *Ibidem*, p. 36.

¹²⁹ MEDINA, D. *Amicus Curiae*. Op. Cit, p. 34.

¹³⁰ GOMES, J. C. A. *Por um constitucionalismo difuso*. Op. Cit. p. 157.

¹³¹ Segundo o autor, “se o conhecimento da constituição requer, por parte dos órgãos responsáveis pela interpretação oficial do seu texto, um exercício dialético entre a normatividade abstrata e a realidade concreta – exigência da abertura constitucional –, então é natural imaginar que o conhecimento disperso na sociedade tenha grande relevância nesta atividade intelectual. [...] Produzir e ter acesso a este conhecimento – o ‘estoque de ideias’ sobre os sentidos da constituição – poder ser útil ao tribunal de duas maneiras: (i) reduzindo o esforço hermenêutico dos julgadores; e (ii) pela razoável probabilidade de que surjam pontos de vista que transcendam aqueles que as partes, seus advogados e os juízes seriam capazes de construir a partir do texto constitucional e de suas respectivas perspectivas pessoais [...] As audiências públicas e os *amici curiae* nos processos constitucionais, quando verdadeiramente atingem o propósito de criar um contexto plural, reduzem a necessidade de o magistrado se preocupar com argumentos e consequências imprevisíveis das possíveis soluções jurídicas para o caso” (FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular**: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 216-218).

apontadas pela doutrina e pela própria jurisprudência do STF como ferramentas de abertura e democratização da corte¹³², operando como “mecanismos de permeabilidade social”¹³³. Embora os dois institutos não se confundam, conforme será abordado, ambos serviriam ao mesmo objetivo: promoção de um “diálogo com a sociedade”, sendo instrumentos para um processo decisório mais democrático¹³⁴, dentro da ideia de uma “sociedade aberta de intérpretes constitucionais”¹³⁵. Assim, por meio de tais institutos, entidades da sociedade civil, que não podem acionar diretamente a jurisdição do STF, seja por falta de legitimidade processual, seja por fatores extrajurídicos, poderiam participar deste, deduzindo seus argumentos e visões constitucionais perante o STF, contribuindo para um ganho de legitimidade da decisão, principalmente em sede de controle objetivo¹³⁶.

A democratização promovida por tais institutos é frequentemente louvada pelos Ministros do STF nos casos em que há participação de *amici curiae*¹³⁷ ou tenha sido realizada uma audiência pública¹³⁸. Todavia, é importante examinar em que medida as loas a um Supremo aberto à participação social refletem uma situação real e positiva, ou, por outro lado, servem apenas como justificativa retórica e legitimação apriorística para a intervenção judicial.

Carina Leite adverte que para que os mecanismos promovam efetivamente um ganho de democratização, e não apenas um recurso retórico a ser manejado pelos Ministros para legitimar suas decisões, devem ser observados dois parâmetros: (i) se possibilitam o acesso de agentes e interesses novos, de forma igualitária entre os diferentes grupos e visões de mundo; e (ii) se as

¹³² LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF. Op. Cit.**, p. 10.

¹³³ GOMES, J. C. A. **Por um constitucionalismo difuso. Op. Cit.** p. 84.

¹³⁴ VALLE, Vanice Lírio do; *et al.* **Audiências Públicas e Ativismo: diálogo social no STF.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 60

¹³⁵ Com efeito, o pensamento de Peter Häberle foi inspiração direta para a elaboração da lei nº 9.868/1999, que positivou os mecanismos no procedimento das ações diretas de controle, devendo-se destacar que o Ministro Gilmar Mendes, notório germanófilo, foi responsável, na mesma época, pela tradução da obra para a publicação pela primeira vez no Brasil e pela elaboração da primeira minuta do anteprojeto da lei. (LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF. Op. Cit.**, pp. 23-24; NUNES, D. C. **Minorias no Supremo Tribunal Federal. Op. Cit.**, pp. 226-229).

¹³⁶ Sem prejuízo da possibilidade de convocação de audiências públicas e participação de *amici curiae* em outros tipos de processo, conforme já admitido pela jurisprudência do STF.

¹³⁷ Assim, por exemplo, no julgamento da ADI 2.321-7-MC, em 25.10.2000, o Ministro Celso de Mello caracterizou a intervenção do *amicus curiae* como “um fator de pluralização de legitimação do debate constitucional”. No mesmo sentido, o Ministro Ayres Britto, defendendo a possibilidade da intervenção de *amicus curiae* no curso do controle difuso, defendeu no RE 416.827-QQ, julgado em 21.09.2005, que o “instituto do amicus curie [sic] homenageia o princípio constitucional do pluralismo, e isso, sem dúvida, ampliando a participação de setores da sociedade nos nossos processos decisórios, legitima ainda mais as decisões emanadas nesta Corte.”

¹³⁸ Justificando a necessidade de convocar uma audiência pública para debater a lei de biossegurança na ADI 3.510, o Ministro Ayres Britto aduziu que tal medida “além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitara uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário”

considerações desses novos agentes, ainda que não sufragadas pela Corte, são levadas à sério na deliberação do STF¹³⁹.

Antes da análise mais detalhada de cada um dos dois mecanismos, cabe anotar que, apesar do tema da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” ser comumente trazido à baila pela doutrina constitucional brasileira somente quando se trata dos *amici curiae* e das audiências públicas, a ideia está longe de se esgotar nestes dois instrumentos. Seria, ademais, um contrassenso entender que a interpretação constitucional promovida por agentes sociais não institucionais se esgotaria na sua submissão a um intérprete formal e autoritativo¹⁴⁰. O que se pretende neste momento é tão somente a análise de dois mecanismos institucionais que têm o potencial de canalizar formalmente estas interpretações junto ao Judiciário, o que representa uma parcela diminuta da noção de leitura constitucional realizada por agentes sociais.

Passando à análise de cada um dos dois mecanismos, o *amicus curiae* (“amigo da corte”), embora não integre nenhum polo da demanda, contribui para a qualidade da deliberação em um determinado processo que trate de uma questão de relevância, podendo ser entendido como um “terceiro de natureza especial”¹⁴¹. As entidades e grupos sociais admitidos como *amici curiae* teriam o condão de pluralizar o debate, trazendo informações técnicas que normalmente não estariam ao alcance dos Ministros e contribuindo com suas visões constitucionais para um processo deliberativo mais democrático e representativo¹⁴². Tal atuação é feita por meio de petições escritas (“memoriais”) e, apesar de certa resistência inicial quanto a essa possibilidade, manifestação oral nas sessões de julgamento¹⁴³. A doutrina tradicionalmente tem festejado o instituto, reconhecendo nele um “potencial pluralizador do debate constitucional, em uma dimensão inclusivo-participativa”¹⁴⁴. O reconhecimento do valor do instituto, ademais, levou à previsão do seu cabimento em qualquer tipo de processo pelo CPC/15¹⁴⁵.

¹³⁹ LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF. Op. Cit.**, pp. 11-12.

¹⁴⁰ A maneira limitada pela qual o pensamento de Peter Häberle foi apreendido no Brasil é criticada por Gomes, identificando no caso um reflexo da “obsessão institucional” da doutrina nacional (GOMES, J. C. A. **Por um constitucionalismo difuso. Op. Cit.** p. 19).

¹⁴¹ RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional* (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 93. Segundo a lição de Damarens Medina: “o *amicus curiae* é um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucionalmente controversa, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão”. (MEDINA, D. **Amicus Curiae. Op. Cit.**, p. 17).

¹⁴² RAZABONI, O. F. **Amicus Curiae. Op. Cit.**, p. 99

¹⁴³ BINENBOJM, G. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Op. Cit.**, pp. 166-170.

¹⁴⁴ MEDINA, D. **Amicus Curiae. Op. Cit.**, p. 17

¹⁴⁵ “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa

Algumas circunstâncias, entretanto, apresentam-se como entraves que frustram em parte a potencialidade democratizadora do instituto. O primeiro deles diz respeito à consideração efetiva que os Ministros dão às contribuições dos *amici curiae*, uma vez que há pouco sentido em se facultar à sociedade civil a manifestação no processo e a exposição de suas visões constitucionais se estas não têm potencial real de afetar a deliberação. Neste sentido, a realidade indica que as manifestações orais são proferidas quando os votos já se encontram redigidos, e, considerando que na maioria das vezes os Ministros se atêm aos votos previamente elaborados, pode-se ter a impressão de que os *amici curiae* estão “falando com as paredes”¹⁴⁶. Ademais, a realidade dos trabalhos no STF, em que os Ministros têm pouco tempo para preparar seus votos e entrar em contato com as peças do processo, desestimula a consideração dos memoriais apresentados¹⁴⁷.

Alguns autores apontam, ainda, que enquanto os *amici curiae* representantes da sociedade civil são utilizados pelos Ministros para justificar a legitimidade e abertura do tribunal, os seus argumentos seriam levados em consideração na decisão final muito menos do que as contribuições dos *amici curiae* que representam entes do próprio Estado¹⁴⁸. Merece destaque, ainda, a circunstância de que dentre os *amici curiae*, uma parte significativa destes representa entes e instituições públicos ou são associações corporativas de carreiras jurídicas, o que novamente coloca em xeque o suposto acesso da sociedade civil ao tribunal promovido pelo instituto¹⁴⁹.

Outra problemática decorre da competência discricionária do relator, decorrente do seu “poder geral de instrução”, para admitir ou não os *amici curiae* que peçam ingresso no feito, com base na avaliação da *relevância* da matéria e da *representatividade* da postulante¹⁵⁰. Tal circunstância gera o risco de que o relator entenda pela inoportunidade de admitir um ou mais *amici curiae* que poderiam contribuir para a deliberação, o que pode frustrar o potencial

natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

¹⁴⁶ LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF. Op. Cit.**, pp. 154-155.

¹⁴⁷ **Ibidem**, p. 186.

¹⁴⁸ “Enquanto os representantes da sociedade civil – como a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil ou a Associação de Gays, Lésbicas e Transgêneros – têm a oportunidade de expor suas posições na vigiada vitrine democrática da Suprema Corte, os *amici* governamentais conseguem obter efetiva influência na decisão final” (FERREIRA, Débora Costa. “Amizade seletiva: análise estratégica das amizades do STF”. **Jota**. Publicado em 15.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opinio-e-analise/artigos/amizade-seletiva-analise-estrategica-das-amizades-do-stf-15032018>).

¹⁴⁹ LEAL, Fernando. “O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. **Jota**. Supra. Publicado em 08.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretes-da-constituicao-08032018>

¹⁵⁰ BINENBOJM, G. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Op. Cit.**, p. 164. Tal competência tem previsão no art. 7º, §2º da Lei 9.868/99: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

democratizante do instituto¹⁵¹. Tal circunstância abre espaço para que sejam admitidos somente os “amigos da corte” mais “amigáveis”, permitindo que determinados setores da sociedade participem do debate em detrimento de outros, o que pode provocar uma assimetria nas forças representadas nos debates.

Exemplo extremo dos riscos representados por tal prerrogativa ocorreu no julgamento da ADPF nº 54 (aborto de fetos anencefálicos), em que o relator, Ministro Marco Aurélio, negou ingresso a todas as entidades que requereram ingresso como *amicus curiae*¹⁵², por meio de uma decisão genérica, em que não foi abordada a relevância da matéria ou a representatividade das postulantes¹⁵³, e que teria sido motivada pelo receio de um tumulto processual decorrente do elevado número de pedidos de ingresso¹⁵⁴. Esta postura gerou polêmica dentro e fora do Tribunal, tendo sido explicitamente criticada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto¹⁵⁵. Visando contornar o fechamento da deliberação aos *amici curiae*, o relator convocou, então, audiência pública, “como uma espécie de compensação”¹⁵⁶.

Aline Guimarães critica essa visão de que permitir o ingresso de *amici curiae* prejudicaria o “bom funcionamento” da Corte. Segundo a autora:

A interpretação da participação social – no caso, por meio do *amicus curiae* – como um risco ao funcionamento “ordenado” do Supremo Tribunal Federal não é compatível com uma leitura plural da sociedade. Quando se reconhece que a sociedade é permeada por conflitos e contradições, não é mais possível compreendê-la como una e homogênea. Assim, as crises e “tumultos” são resultado da recepção dessa sociedade pelo Tribunal, cujas decisões devem refletir a dinâmica social.¹⁵⁷

Um exemplo mais recente em relação aos riscos dessa centralização de poderes na figura do relator para admitir ou deixar de admitir o ingresso de *amicus curiae* envolve o debate acerca do auxílio moradia de magistrados. O Ministro Luiz Fux, relator das diversas ações em tramitação sobre o tema (AO nº 1946, AO nº 1773, AO nº 1776, AO nº 1975, ACO nº 2511 e ADI nº 5645) indeferiu todos os pedidos de entidades que se posicionavam de maneira contrária ao

¹⁵¹ Sobre a discricionariedade do relator para decidir sobre os pedidos de ingresso dos *amici curiae*, Vanice do Valle aponta que “se de um lado se justifica pela natural posição privilegiada de quem preside a relação processual, de outro lado suscita relevantes questões no que toca à legitimidade das decisões no tema, particularmente aquelas que *indeferem* o ingresso ou a vinda de alguma contribuição argumentativa” (VALLE, V. L.; *et al.* **Audiências Públicas e Ativismo**. *Op. Cit.*, p. 55)

¹⁵² As entidades postulantes foram a Associação de Desenvolvimento da Família; a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); a Católicas pelo Direito de Decidir; a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, a Associação Médico-Espírita do Brasil; a Conectas Direitos Humanos; o Centro de Direitos Humanos e a Confederação Nacional das Entidades de Família.

¹⁵³ LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF**. *Op. Cit.*, p. 164.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 165.

¹⁵⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 141-144.

¹⁵⁶ LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF**. *Op. Cit.*, p. 165.

¹⁵⁷ GUIMARÃES, A. L. N. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade**. *Op. Cit.*, p. 110.

pagamento do auxílio, tendo admitido o ingresso no feito apenas de *amici curiae* favoráveis a sua manutenção, o que tem o condão de gerar uma deformação do debate¹⁵⁸.

Outro risco decorre do fato de o pedido de ingresso de *amici curiae* ser espontâneo, favorecendo grupos mais organizados e com maior *know-how* da prática jurídica, o que pode deformar a percepção dos Ministros acerca da prevalência das opiniões na sociedade sobre determinado tema. Neste sentido, a representatividade da abertura da deliberação poderia ficar comprometida¹⁵⁹.

Um exemplo loquaz dessa situação é a ADI nº 5.543, em que se discute a possibilidade de homens que tenham tido contato sexual com outro homem nos últimos doze meses doarem sangue. Em que pese o caso envolver evidente conteúdo que transborda do campo jurídico - protocolos e diretrizes hemoterápicos - é interessante notar que dentre as instituições e entidades que solicitaram ingresso como *amici curiae* nenhuma é ligada à área da saúde. Trata-se de órgãos estatais e associações ligadas ao universo jurídico e ou grupos de defesa dos direitos LGBT¹⁶⁰. Deve ser colocado em xeque, portanto, a efetiva capacidade de pluralização do debate por elas promovida, ao menos do ponto de vista do conhecimento técnico extrajurídico

¹⁵⁸ FALCÃO, Márcio. "Entidades: Fux só liberou associações a favor de auxílio-moradia em julgamento". *Jota*. Publicado em 02.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/entidades-fux-so-liberou-associacoes-favor-de-auxilio-moradia-em-julgamento-02032018>. Criticando a decisão do Ministro Fux, Fernando Leal assevera: "na discussão sobre o auxílio moradia, a recusa do ministro Fux em admitir os memoriais de *amici curiae* de entidades que não representem interesses corporativos parece um retrocesso na jurisprudência da corte. No discurso tradicional sintetizado no mantra da 'sociedade aberta', o Supremo sempre permitiu participação ativa da sociedade civil no debate constitucional, seja nas audiências públicas convocadas pelos ministros - apesar de sua baixa utilidade prática no processo decisório da corte -, seja pela admissão de entidades como amigos da corte. A negativa de Fux seria só uma exceção pontual. [...] Quando o tribunal pelo menos admite grupos sociais diferentes, a narrativa da permeabilidade da interpretação constitucional às suas visões pode ter algum significado potencial. No caso da negativa de Fux, porém, até esse possível efeito foi eliminado. O ministro impediu o tribunal de ouvir perspectivas diferentes sobre o tema e de enfrentar eventualmente o ônus de ter que dialogar com algumas delas. A abertura à sociedade, que costuma ser meramente simbólica, tornou-se aqui completamente inviável" (LEAL, Fernando. "O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição". *Jota*. Supra. Publicado em 08.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretres-da-constituicao-08032018>).

¹⁵⁹ LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF. Op. Cit.**, p. 189.

¹⁶⁰ Foram admitidas como *amici curiae* até o momento as seguintes entidades: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Dignidade - pela cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCIVIL; Defensoria Pública da União; Defensoria Pública do Estado da Bahia; Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas - ABRAFH, Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS; Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília - CADIR; Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR; Núcleo de Prática Jurídica da UFPR; e Conselho Federal da OAB. Cabe destacar, ainda, que, as Defensorias Públicas da União e do Estado da Bahia já vinham atuando na questão, tendo expedido em 15.02.2016 Recomendação Conjunta exortando o Ministério da Saúde a revogar a vedação temporária de doação por HSHs.

carreado¹⁶¹. Como visto, um dos papéis que os defensores do instituto costumam lhe imputar é justamente a capacidade de trazer um conhecimento técnico normalmente indisponível aos ministros e operadores do Direito de forma geral. Neste sentido, os principais argumentos contrários à mudança da regra atual envolvem discussões sobre janela imunológica, prevalência demográfica da sorologia positiva, segurança e confiabilidade das técnicas de testagem do sangue, etc., todos pontos que passam muito distante do campo do saber dos Ministros e dos *amici curiae*.

A presença de *amicus curiae*, outrossim, pode ser usada como mero recurso de legitimação decisória, sem ser objeto de consideração efetiva dos Ministros. Um bom exemplo dessa possibilidade foi o julgamento das ADPF nº 132 e ADI nº 4.277, acerca das uniões homoafetivas. O processo contou com a participação de nada menos do que quinze entidades como *amici curiae*, treze a favor do reconhecimento das famílias homoafetivas¹⁶², e duas contrárias¹⁶³⁻¹⁶⁴. Apesar do grande número de entidades participantes, o voto do Ministro Relator Ayres Britto fez referência à sua participação apenas no relatório¹⁶⁵, trazendo a baila alguns dos argumentos levantados pelos *amici curiae* favoráveis, sem fazer referência ao entendimento dos *amici curiae* contrários, e sem incluir na fundamentação qualquer menção a pronunciamento de *amicus curiae*.

Dos demais votos, apenas os dos Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello fazem referência à participação dos *amici curiae*, embora apenas este último faça referência a uma contribuição individualizada, colacionando um trecho do memorial do Grupo Arco Íris sobre a função contramajoritária do Judiciário. Os votos do Gilmar Mendes e do Ministro Celso de

¹⁶¹ Não por acaso, durante a primeira sessão de julgamento realizada para julgar o caso, em 26.10.2017, as premissas científicas em torno do assunto foi um dos pontos centrais de discussão no plenário, tendo a necessidade de maior análise dos dados extrajurídicos justificado inclusive o pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes.

¹⁶² Conectas Direitos Humanos; Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais – EDH; Grupo Gay da Bahia – GGB; Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – GEDI-UFMG; Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais – Centro de Referência GLBT; Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual – CELLOS; Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais – ASSTRAV; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; e Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo.

¹⁶³ Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; e Associação Eduardo Banks.

¹⁶⁴ O desfecho do caso no mesmo sentido do entendimento desproporcionalmente representado nas manifestações de *amici curiae* vai ao encontro da ideia defendida por Damares Medina de que existiria uma relação direta entre a chance de êxito de uma demanda e a presença de *amici curiae* apoiando-a. A autora atribui tal efeito ao “desequilíbrio informacional” decorrente desta circunstância (MEDINA, D. **Amicus Curiae**. Op. Cit., pp. 169-170).

¹⁶⁵ “Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 [sic] *amici curiae*. A sua maioria, em substanciais e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. [...]”

Mello, argumentam que as contribuições teriam o condão de legitimar e democratizar a atuação do STF. Neste sentido, o voto do decano da Corte:

Com a efetiva atuação das partes **e, ainda, com a intervenção** de diversas entidades e instituições *representativas* da sociedade civil, **pluralizou-se** o debate constitucional em torno da matéria ora em julgamento [...] **e permitiu-se** que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, **viabilizando-se, com tal abertura procedimental, a superação** da grave questão **pertinente** à *legitimidade democrática* das decisões **emanadas** desta Corte [...]

Este Supremo Tribunal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, qualifica-se – tal como salienta o eminente Ministro GILMAR MENDES [...] – **como “mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional”, em ordem a pluralizar, em abordagem** que deriva da abertura material da Constituição, **o próprio debate** em torno do litígio constitucional [...], **conferindo-se, desse modo, expressão** real **e** efetiva ao princípio democrático, **tudo** para que **não** se instaure, **no âmbito** do controle normativo abstrato, **um indesejável deficit** de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal **profere** no exercício, *em abstrato*, dos poderes **inerentes** à jurisdição constitucional.

É, portanto, nesse papel de intermediário **entre** as *diferentes* forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal **atua** neste julgamento, **considerando, de um lado, a transcendência** da questão constitucional suscitada neste processo (*bem assim* os valores essenciais **e** relevantes ora em exame), **e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador** da intervenção de representantes da sociedade civil, *a quem se ensejou, com especial destaque* para grupos minoritários, **a possibilidade** de, *eles próprios*, oferecerem *alternativas* para a interpretação constitucional **no que se refere** aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica. (grifos no original)

As audiências públicas, por sua vez, foram previstas legalmente como mecanismos para permitir que o STF ouvisse argumentos técnicos sobre o objeto de determinado julgamento, considerando a realidade fática sobre a qual a decisão judicial incide e a evidente limitação institucional decorrente do fato que os Ministros possuem conhecimento limitado ao Direito¹⁶⁶. O instrumento, todavia, foi logo reconhecido pelos Ministros e pela doutrina como uma forma de permitir que a Corte entrasse em contato com as interpretações constitucionais formuladas no corpo social, conferindo maior permeabilidade ao tribunal¹⁶⁷. As audiências públicas teriam, portanto, o condão de mitigar os questionamentos relativos à “dificuldade contramajoritária”, uma vez que os grupos sociais teriam a possibilidade de dialogar com o STF e ter seus pontos de vista levados em consideração¹⁶⁸. Um bom exemplo em relação ao potencial do instituto envolve convocação de audiência pública pela Ministra Rosa Weber, relatora da ADPF 442, em que se discute a constitucionalidade da criminalização do aborto, inegavelmente uma das mais

¹⁶⁶ Neste sentido, o art. 9º, §1º da Lei nº 9.868/99 prevê: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

¹⁶⁷ BINENBOJM, G. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Op. Cit.**, p. 179

¹⁶⁸ LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF. Op. Cit.**, p. 43.

polêmicas questões constitucionais da contemporaneidade, o que levou inclusive o caso a bater o recorde de pedidos de ingresso de *amici curiae*¹⁶⁹.

Este potencial democratizante, entretanto, é relativizado e balizado por algumas circunstâncias. Em primeiro lugar, pela ampla discricionariedade do Ministro para convocar, ou não, a audiência pública, determinar seus participantes e seu funcionamento¹⁷⁰. Assim, por exemplo, na inicial da ADI 4.277, que visava o reconhecimento das uniões homoafetivas, havia pedido expresso, “considerando a relevância do tema”, de convocação de audiência pública. Todavia, não apenas a audiência não foi convocada, como tal decisão sequer foi justificada pelo Ministro Ayres Britto¹⁷¹. Caso semelhante ocorreu na ADI nº 3239 (direitos das populações quilombolas) e ADPF nº 153 (revisão da Lei de Anistia), em que pedidos formulados por entidades da sociedade civil para realização de audiências públicas não foram acolhidos¹⁷². A convocação ou não da audiência pública, neste sentido, pode estar mais atrelada ao entusiasmo pelo instituto e disposição pessoal de um Ministro do que à relevância social da questão discutida¹⁷³. Neste

¹⁶⁹ POMPEU, Ana. “ADPF que discute criminalização do aborto bate recorde de *amici curiae* no Supremo”. **Consultor Jurídico**. Publicado em 20.03.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/adpf-discute-aborto-bate-recorde-amici-curiae-supremo>

¹⁷⁰ Sobre o tema, o Regimento Interno do STF prevê: “Art. 154. Parágrafo único: A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;

V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;

VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;

VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.”

¹⁷¹ É possível indagar se a não convocação da audiência pública pelo relator teria sido uma decisão estratégica para evitar atrair atenção ao processo previamente ao julgamento, o que poderia gerar uma forte reação por parte dos grupos contrários à posição perfilhada pelo relator e aumentar a pressão sobre o STF. Dentro desta lógica, deve ser considerada ainda a forma como ocorre a divulgação da pauta de julgamentos da corte, com baixíssima antecedência. Embora a realização do julgamento quase que inesperadamente, sem que tenha havido todo um debate público e prévio junto ao órgão judicial sobre o tema, possa de alguma maneira ter facilitado uma decisão favorável ao pleito, devem ser questionadas as implicações normativas desta postura. Assim, faz sentido que o STF evite “lançar luzes” sobre um caso polêmico que venha a julgar, como forma de facilitar a adoção de uma determinada decisão, mormente considerando o quanto o órgão se vangloria de um perfil aberto e democrático? Por outro lado, a realização de uma audiência pública, com a possibilidade de gerar debate mais amplo sobre o tema na sociedade, não poderia ter efeitos indiretos positivos para a transformação de mentes e corações quanto ao tema?

¹⁷² VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou Formalismo?: o impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal**. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010, pp. 85-86.

¹⁷³ Assim, por exemplo, até o final de 2017 foram realizadas 22 audiências públicas no STF, seis das quais foram convocadas pelo Ministro Fux, que assumiu em 2011. Por outro lado, alguns ministros, incluindo o decano Celso de Mello, jamais realizaram uma audiência pública.

sentido, “não há ainda critérios consolidados sobre quando convocar audiências públicas, como elas devem funcionar e para que servem”¹⁷⁴.

Ademais, o Relator detém ampla discricionariedade para, uma vez convocada a audiência, determinar os participantes, convidando determinadas entidades e aceitando ou negando pedidos para o ingresso. Exemplo de uma situação questionável decorrente da ampla liberdade para determinar os participantes ocorreu no caso da audiência sobre a Lei de Biossegurança, convocada no bojo da ADI nº 3.510, que envolvia o debate sobre células-tronco, em que o Ministro Ayres Britto franqueou participação somente às instituições e pontos de vista médico-científicos, barrando as visões constitucionais baseadas na religião, o que demonstra uma limitação e enviesamento do debate¹⁷⁵. Neste sentido, a previsão legal de que nas audiências públicas serão ouvidas “pessoas com experiência e autoridade na matéria” deve ser interpretada *cum grano salis* de forma a evitar que apenas entidades e pessoas com conhecimento científico formal possam se manifestar, o que resultaria na exclusão de movimentos sociais representativos e outras visões constitucionais, correndo o risco de produzir um debate elitista e excludente.

Um fator citado frequentemente pela doutrina que contribuiria para a pouca importância das audiências públicas é a baixa participação dos Ministros. Assim, além do relator que a preside, normalmente apenas um ou outro Ministro assiste à audiência e, normalmente, apenas parcialmente¹⁷⁶. Obviamente, esta circunstância decorre, dentre outros fatores, da carga de trabalho dos Ministros. Por outro lado, tal circunstância é atenuada pelas previsões regimentais de que os trabalhos da audiência serão registrados e juntados aos autos¹⁷⁷ e transmitidos pela TV Justiça, além da possibilidade de Ministros enviarem assessores para acompanhar as audiências, o que permitiria tomar contato com as discussões independentemente da presença física.

Vanice do Valle aponta, ainda, o caráter pouco dinâmico das audiências, em que os convidados apenas expõem seus pontos de vista, sem haver uma interação ou debate com os Ministros e demais participantes. Neste sentido, na audiência pública convocada no bojo da ADPF nº 186, acerca das cotas para acesso à universidade, alguns dos participantes admitidos sequer foram ao evento, tendo enviado arrazoados que foram lidos por um representante¹⁷⁸.

Por outro lado, cabe questionar se e como as discussões travadas na audiência pública aparecem nos votos dos Ministros, isto é, se a participação da sociedade civil e os argumentos e leituras constitucionais desta são objeto de consideração séria pelos Ministros, ainda que para refutá-los. Carolina Vestena destaca não apenas a pouca referência nos votos aos debates

¹⁷⁴ CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 104.

¹⁷⁵ GUIMARÃES, A. L. N. *Participação Social no Controle de Constitucionalidade*. *Op. Cit.*, p. 125-127.

¹⁷⁶ VESTENA, C. A. *Participação ou Formalismo?*. *Op. Cit.*, pp. 92-93; LEITE, C. L. N. S. *Os Diálogos Sociais no STF*. *Op. Cit.*, pp. 93-94.

¹⁷⁷ Carina Leite, entretanto, destaca que esta regra não é rigidamente observada (*Ibidem*, p. 94).

¹⁷⁸ VALLE, V. L.; *et al.* *Audiências Públicas e Ativismo*. *Op. Cit.*, p. 49.

travados na audiência pública, mas também o seu uso como mero reforço da linha argumentativa escolhida pelo Ministro, colhendo-se apenas as falas no mesmo sentido da posição defendida¹⁷⁹. Neste sentido, não faz sentido falar em “incremento da legitimidade democrática das decisões” se os votos passam ao largo dos debates, utilizando a audiência pública como mero recurso retórico de legitimação do tribunal¹⁸⁰.

Todos esses fatores contribuiriam para a possibilidade de que as audiências públicas sejam usadas como um mero “procedimento formal”, destinado a “consolidar uma imagem democrática diante da necessidade de legitimação e consentimento social”¹⁸¹. Assim, ao apontar a realização de audiências públicas – ou a participação de *amici curiae* – como legitimadora da decisão judicial, sem, todavia, dar real importância a tal circunstância nos processos deliberativo e decisório, o STF acaba incorrendo em uma mera “representação pacificadora”, que não traz ganhos reais para a democratização de sua atuação¹⁸². Em última análise, tais instrumentos, na forma como vêm se operacionalizando na prática, ainda deixam muito a desejar como mecanismos de incremento da participação e acesso de movimentos sociais ao STF.

Conclusão

O STF, para o bem ou para o mal, tem desempenhado um papel de enorme importância, quando não de verdadeira centralidade, em quase todas as questões de relevo político ou social nos últimos anos, tendo suas decisões e posições ocupado não apenas os colóquios jurídicos e controvérsias judiciais, mas também o noticiário, as redes sociais, os almoços de domingo e as conversas de bar. O processo de *judicialização da política* tem aumentado a pressão em torno do órgão, a partir das preocupações tradicionais da legitimidade democrática dos juízes. Esta atuação do Judiciário é usualmente justificada do ponto de vista normativo pela doutrina constitucional com base na potencialidade do exercício de uma função contramajoritária protetora dos direitos constitucionais e das minorias sociais. A circunstância de que as cortes têm sido cada vez mais buscadas pelos movimentos sociais para fazer avançar suas bandeiras políticas, ao lado das instâncias e formas de fazer política tradicionais, parece, num primeiro momento, demonstrar a efetiva capacidade do judiciário e do STF desempenharem esse mister constitucional, estando a jurisdição constitucional aberta e permeável às demandas de toda a sociedade, inclusive seus grupos e interesses mais estigmatizados.

¹⁷⁹ VESTENA, C. A. **Participação ou Formalismo?**. Op. Cit., p. 99.

¹⁸⁰ LEITE, C. L. N. S. **Os Diálogos Sociais no STF**. Op. Cit., p. 130.

¹⁸¹ VESTENA, C. A. **Participação ou Formalismo?**. Op. Cit., p. 76.

¹⁸² VALLE, V. L.; et al. **Audiências Públicas e Ativismo**. Op. Cit., p. 50.

Com efeito, o discurso jurídico mais corrente, e acompanhado pela jurisprudência do STF, em algum nível de maneira autointeressada, parece ter se constituído em torno do que Alonso Freire chama de *mito da jurisdição constitucional democrática*¹⁸³. De acordo com esta ideia, a ampliação do rol de legitimados a deflagrar o controle concentrado, as possibilidades de participação decorrentes das figuras da audiência pública e do *amicus curiae*, bem como o televisionamento das sessões de julgamento¹⁸⁴, teriam produzido uma jurisdição constitucional efetivamente democrática e aberta a toda sociedade¹⁸⁵.

O objetivo do presente artigo, na linha de uma crescente produção acadêmica mais crítica e mais embasada em observações empíricas, foi apresentar alguns fatores que jogam “um balde de água fria” neste relato afável, revelando que o mesmo é em certa medida ilusório. Se não se pode negar que houve uma relativa abertura e democratização do STF com a Constituição de 1988 e que novos mecanismos permitem a um número maior de agentes sociais vocalizarem suas demandas e interpretações constitucionais junto ao órgão, tais avanços devem ser colocados sob perspectiva. A conclusão, na linha exposta por Alonso Freire, é que “o acesso à jurisdição constitucional do Tribunal encontra-se bloqueado ao cidadão comum e à sociedade civil em geral”¹⁸⁶.

Neste sentido, devem ser denunciadas as fórmulas esotéricas de legitimação formal apriorística que podem mascarar uma jurisdição cerrada à participação cidadã. À afirmação de que a atuação do STF é democrática e representativa deve se seguir o questionamento de quem a acessou, qual foi o objeto da discussão, quais visões constitucionais chegaram à corte, trazidas por quem, e em que medida tais visões foram objeto de consideração dos Ministros na deliberação e produção da decisão. A resposta dada a essas questões tem o potencial de colocar em xeque a própria afirmação. Neste sentido, Sarmento afirma que:

uma corte só pode ser vista como autêntica instância de representação argumentativa da sociedade se os diferentes atores sociais tiverem como participar efetivamente dos processos constitucionais que nela se desenvolvem, como *agentes* e não como meros *espectadores*. O processo constitucional democrático é aquele em que a decisão não é vista como o resultado das reflexões ilustradas dos sábios de toga, mas como o produto de uma interação discursiva real, que deve ser a mais inclusiva possível¹⁸⁷

¹⁸³ FREIRE, Alonso. “Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direito?”. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p 624.

¹⁸⁴ Sobre o tema do televisionamento das sessões de julgamento do STF, vide FONTE, F. M. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular**. Op. Cit., p. 33.

¹⁸⁵ MEDINA, D. **Amicus Curiae**. Op. Cit., p. 33.

¹⁸⁶ FREIRE, A. “Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF”. Op. Cit., p. 635.

¹⁸⁷ SARMENTO, D. “Dar voz a quem não tem voz”. Op. Cit. p. 83.

Por outro lado, a crítica e a denúncia não devem, elas mesmas, ser vazias. O objetivo pretendido no presente estudo, portanto, era, ao lançar luzes sobre algumas das limitações existentes para o acesso dos movimentos sociais ao STF¹⁸⁸, primeiro, desmistificar a ideia de que Judiciário tem uma capacidade ilimitada de agir na promoção de uma agenda social emancipatória; segundo, contribuir para a mudanças de práxis institucionais e interpretativas e reformas normativas que deem conta da solução dos problemas apontados, a partir da ideia de que a solução de um problema passa, em primeiro lugar, pelo seu diagnóstico correto.

Referências

- ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, Porto Alegre, 2015, pp. 41-54.
- ALEXY, Robert. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, Porto Alegre, 2015, pp. 155-166.
- ARAUJO JUNIOR, Julio José; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. “O Ministério Público monocular”. **Jota**. Publicado em 05.02.2017. Disponível em <https://www.jota.info/artigos/o-ministerio-publico-monocular-05022017>.
- ARAUJO JUNIOR, Julio José; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. “O Ministério Público dos Direitos Humanos”. **Jota**. Publicado em 04.10.2017. Disponível em <https://www.jota.info/artigos/o-ministerio-publico-dos-humanos-direitos-04102017>.
- ARGUELHES, Diego Werneck. “Poder não é querer: preferências restritivas e desenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização”. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 211-241.

¹⁸⁸ Ainda outras limitações poderiam ser elencadas, de ordem jurídica ou extrajurídica. Assim, a solenidade e a formalidade da liturgia judicial podem produzir um distanciamento e verdadeiro “temor reverencial” em relação aos indivíduos comuns (FONTE, F. M. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular**. **Op. Cit.** p. 15), circunstância que ganha ainda mais destaque diante do protocolo e cerimonialidade específicos e reforçados do STF, que incluem, por exemplo, um rigoroso código de vestimenta e conduta (LEWANDOWSKI, A. **O direito em última instância**. **Op. Cit.** p. 10; GOMES, J. C. A. “Um Supremo socialmente seletivo”. *Op. Cit.*). Outro problema, já apontado na nota de nº 116, diz respeito à formação da agenda decisória do tribunal, que é marcada por uma série de gargalos, como a liberação para julgamento pelo relator, a inclusão em pauta pela presidência, eventual pedido de vista, etc. que podem fazer com que uma dada questão, já tendo conseguido romper as barreiras de acesso à jurisdição do tribunal, demore muito para ser efetivamente decidida, mesmo após o início do julgamento e eventual formação de maioria. Um bom exemplo dessa é o RE nº 845.779, que versa sobre o tratamento social de pessoas trans de acordo o gênero de autoidentificação (“caso do banheiro”), cuja primeira sessão de julgamento em 19.11.2015 foi interrompida após o voto favorável do Ministro Relator Barroso e do Ministro Fachin, por pedido de vista do Ministro Fux, não tendo o feito sido liberado ainda para a inclusão em pauta. Para um exame propositivo do tema, vide: NUNES, D. C. **Minorias no Supremo Tribunal Federal**. **Op. Cit.**, pp. 214-222.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988”. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, 2016, pp. 405-440.

BALKIN, Jack M. “How social movements change (or fail to change) the Constitution: the case of the New Departure”. In: **Suffolk University Law Review**, v. 39, 2005, pp. 27-65.

BALKIN, Jack M. **Constitutional Redemption**: political faith in an unjust world. Cambridge: Harvard University Press, 2011, 304p.

BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. In: **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 3, 2006, pp. 17-54.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 388p.

BARROSO, Luís Roberto. “A Constituição Brasileira de 1988: vinte e cinco anos de vida”. In: **A CONSTITUIÇÃO de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013, pp. 215-230.

BARROSO, Luís Roberto. “A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?”. In: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil”. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp.57-97.

BARROSO, Luís Roberto. “Anencefalia: o direito à interrupção da gestação de fetos inviáveis”. In: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil”. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp.331-367.

BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”. In: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil”. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp.237-283.

BARROSO, Luís Roberto. “União Homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo”. In: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil”. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp.421-445.

BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 3-34.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the bar of politics. 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1986, 303p.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos e realização. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 319p.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, 351p.

BRANDÃO, Rodrigo. "A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro". In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, 2013, pp. 175-220.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina**: Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia (Tese de Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, 134p.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. "O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política". In: **Revista Direito GV**. v. 6, n. 2, 2010, pp. 399-422.

CORBO, Wallace de Almeida. **Discriminação Indireta**: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, 320p.

CITTADINO, Gisele. "Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia". In: **ALCEU**, v. 5, n. 9, 2004, pp. 105-113.

COSTA, Alexandre Araújo da; BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) **A Quem Interessa o Controle de Constitucionalidade?**: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília financiada pelo CNPQ, 2014, 82p.

DA ROS, Luciano. "Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo: em busca de um padrão de interação". In: **Revista Política Hoje**, v. 18, n. 1, 2009, pp. 29-53

DALLARI, Dalmo de Abreu. "Ministério Público: advogado do povo". In: LIVIANU, Roberto (Coord.). **Justiça, Cidadania e Democracia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, pp. 81-85.

ESKRIDGE, William N. Jr. "Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law". **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 150, 2001, pp. 420-525.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. "O que os números dizem sobre a pauta do STF de Cármen?". **Jota**. Supra, publicado em 12.09.2017. Disponível em: <https://www.jota.info/dados/rui/o-que-os-numeros-dizem-sobre-a-pauta-do-stf-de-carmen-12092017>

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Número**: O Múltiplo Supremo. FGV Rio, 2011, 70p.

FALCÃO, Márcio. "Entidades: Fux só liberou associações a favor de auxílio-moradia em julgamento". **Jota**. Publicado em 02.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/entidades-fux-so-liberou-associacoes-favor-de-auxilio-moradia-em-julgamento-02032018>.

FERREIRA, Débora Costa. "Amizade seletiva: análise estratégica das amizades do STF". **Jota**. Publicado em 15.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/amizade-seletiva-analise-estrategica-das-amizades-do-stf-15032018>

FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular**: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, 360p.

FREIRE, Alonso. “Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direito?”. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 591-640.

GOHN, Maria da Glória. “Movimentos sociais na contemporaneidade”. In: **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 16 n. 47, 2011, pp. 333-361.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. Salvador: Juspodium, 2016, 224p.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. “Um Supremo socialmente seletivo”. **Jota**. Supra, publicado em 01.02.2016. Disponível em <http://jota.info/um-supremo-socialmente-seletivo>

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade**: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2009, 160p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, 55p.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007, 286p.

KLARMAN, Michael J. “Courts, Congress and Civil Rights”. In: DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith E. (Eds.). **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005, pp. 173-198.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. “O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo”. In: **Lua Nova**, 88, 2013, pp. 141-184.

LEAL, Fernando. “O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. **Jota**. Supra. Publicado em 08.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretes-da-constituicao-08032018>.

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. **Os Diálogos Sociais no STF**: as audiências públicas, o amicus curiae e a democratização da jurisdição constitucional brasileira.. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, 229p.

LEMGRUBER, Julita, et al. **Ministério Público**: guardião da democracia brasileira?. Rio de Janeiro: CESeC, Universidade Cândido Mendes, 2016, 73p.

LEWANDOWSKI, Andressa. **O direito em última instância**: uma etnografia no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, 256p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da Ditadura à Democracia”. In: GREEN, James Naylor; QUINALHA, Renan. (org.). **Ditadura e Homossexualidades**: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFScar, 2014, pp. 273-299.

- LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Por uma história constitucional brasileira: crítica pontual à doutrina da efetividade”. In: **Direito & Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, pp. 974-1007
- MAZZILLI, Hugo Nigri. **Manual do Promotor de Justiça**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991, 663p.
- MEDINA, Damares. **Amicus Curiae**: amigo da corte ou amigo da parte?. São Paulo: Saraiva, 2010, 202p.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 399p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 1696p.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6a Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 526p.
- NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal**: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, 296p.
- OLIVEIRA, Eduardo Santos de. “O Sistema Político Brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática”. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, nº 33, 2013, p. 206-246.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão”. In: **Juris Poiesis**: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, nº 17, 2014, pp. 343-359.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades”. In: **Revista da Faculdade de Direito – RFD – UERJ**, nº 29, 2016, pp. 127-157.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. “Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição”. In: **Juris Poiesis**: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, n. 18, 2015, pp. 130-159.
- PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, 356p.
- POMPEU, Ana. “ADPF que discute criminalização do aborto bate recorde de amici curiae no Supremo”. **Consultor Jurídico**. Publicado em 20.03.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/adpf-discute-aborto-bate-recorde-amici-curiae-supremo>.
- RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus Curiae**: democratização da jurisdição constitucional (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, 155p.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, 250p.
- ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope**: can courts bring about social change?. 2ª Ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, 525p.

SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 113-146.

SARMENTO, Daniel. "Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição". In: SARMENTO, Daniel. **Direito, Democracia e República**: escritos e direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 79-90.

SILVA, Virgílio Afonso. "O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública". In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, 2009, pp. 197-227

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte, Fórum, 2012, 631p.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, 352p.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Press, 1995, 556p

VALLE, Vanice Lírio do; et al. **Audiências Públicas e Ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 142p.

VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou Formalismo?**: o impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010, 111p.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. "Dezessete anos de judicialização da política". In: **Tempo Social**, revista de sociologia da USP., v. 19, n. 2, 2007, pp. 39-85.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, 272p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "Supremocracia". **Revista Direito GV**. São Paulo, 4(2), 2008, pp. 441-464.

Enviado em: 23.12.2017

Aprovado em: 07.05.2018