

CAPÍTULO 4

A PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL EM AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL¹

Ana de Mello Côrtes

INTRODUÇÃO

No atual contexto político no Brasil, o Judiciário e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal têm se tornado espaço de grandes disputas pela concretização de direitos fundamentais. Embora não considerado o ideal, o Tribunal é visto muitas vezes por organizações de movimentos sociais como a única instituição capaz de garantir direitos contramajoritários em um país com um congresso conservador como o brasileiro. Nos últimos anos, de fato, o Supremo tem decidido casos de grande impacto nas vidas de minorias sociais como os relativos à alteração de nome para pessoas transgêneras, ao casamento homoafetivo, às cotas raciais, à violência contra a mulher e ao aborto de feto anencefálico.

Os objetivos da justiça constitucional podem explicar o enorme relevo que ela assume nos dias de hoje, estando entre eles, segundo o professor Fernando Alves Correia, a proteção das minorias e a garantia de observância dos direitos fundamentais (CORREIA, 2016, p. 42-46).

No entanto, o acesso aos debates na jurisdição constitucional não é simples para as entidades da sociedade civil. Existem entraves relacionados à seletividade social do STF, como a demora na divulgação da pauta, o traje necessário, a exigência de representação por advogado, entre outros, que afetam

¹ A versão preliminar deste artigo foi desenvolvida no âmbito do programa de Doutorado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC, por isso agradeço pela leitura e pelo acompanhamento, nessa ocasião, do Professor Fernando Alves Correia. As inquietações que levaram à exploração desse tema partiram da minha dissertação de mestrado no âmbito do Mestrado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento da Fundação Getúlio Vargas – FGV, de forma que agradeço a Marta Rodriguez de Assis Machado não só pela orientação no mestrado como também pelos comentários valiosos sobre este texto. Por fim, agradeço a todas as autoras deste volume pelo ambiente acadêmico de generosidade e sugestões engrandecedoras.

a possibilidade de participação de entidades que atuam com recursos humanos e financeiros limitados mesmo por meio de mecanismos considerados formas de abrir essa arena para a população, por exemplo, a participação como *amicus curiae*.

O foco proposto para este artigo, porém, é bem específico e diz respeito aos legitimados a propor ações de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. A Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 103 o rol taxativo de legitimados para propor ações nessa modalidade.

O rol de legitimados foi muito ampliado com relação ao que se observava anteriormente à atual Constituição brasileira. No entanto, embora apresente uma ampla gama de legitimados, pelo menos até junho de 2018, representava uma limitação à atuação de entidades da sociedade civil, ligada ao entendimento consolidado que o STF tinha do artigo, mais especificamente na interpretação do conceito de entidade de classe de âmbito nacional, limitada àquelas de caráter econômico e profissional.

Isto é, o artigo 103 estabelece em seu inciso IX que podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”, mas não há nesse artigo ou em quaisquer outros da Constituição uma definição sobre o que são entidades de classe. Sendo assim, a jurisprudência do STF interpretou o artigo e ao longo dos anos consolidou sua interpretação no sentido de que apenas entidades que representassem classes de caráter econômico ou profissional poderiam ser consideradas entidades de classe. Essa interpretação é restritiva por implicar uma limitação que não consta do texto constitucional e exclui a possibilidade de proposição por outros tipos de classe, ainda que cumpram os demais requisitos, por exemplo, uma entidade nacional representativa dos direitos das mulheres que busque a jurisdição constitucional em uma pauta relativa à violência doméstica.

Esse entendimento, qual seja, a interpretação que o STF dava ao artigo 103 da Constituição Federal, determinava os legitimados a propor as ações do controle concentrado de constitucionalidade e limitava a atuação das organizações da sociedade civil, que não poderiam atuar como proponentes de ações e, assim, buscavam estratégias de mobilização para lidar com essa questão, como buscar parcerias com atores legitimados, por exemplo, partidos políticos (nesse caso o fim é atingido mas a atuação da entidade não fica oficialmente registrada).

Em junho de 2018, contudo, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, em decisão monocrática, reviu e reverteu o entendimento até então consolidado de que “entidades de classe de âmbito nacional” seriam apenas aquelas ligadas a categorias econômicas

e profissionais, estabelecendo a defesa de que esse entendimento anterior servia para que apenas grupos que já possuem força política se utilizassem do controle de constitucionalidade, excluindo dessa forma de acesso à justiça os grupos que mais precisam dela. Assim, o ministro aceitou a proposição da Ação de Descumprimentos de Preceito Fundamental 527, que tem como tema o direito de pessoas transgêneras em estabelecimentos prisionais de estarem alocadas de acordo com seu gênero, pela ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos).

1. MOVIMENTO FORMAL DE ABERTURA DO DIREITO À PARTICIPAÇÃO

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS LEGITIMADOS ATIVOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

As primeiras normas de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil surgem na Constituição de 1934, com a chamada “representação interventiva”, voltada a leis de intervenção federal (KOERNER, 2010, p. 302). O controle judicial de constitucionalidade no país, contudo, ainda que tenha sofrido alterações, permaneceu seguindo um modelo difuso,² essencialmente como o estadunidense, até o golpe de Estado de 1964, a partir de quando surgiram mudanças institucionais relevantes no desenvolvimento de uma forma de controle com características de concentrado.

Em princípio, ministros foram aposentados compulsoriamente e a corte passou a ter 16 membros, garantindo ao regime a indicação de mais ministros. No início da ditadura militar, com a chamada “representação de inconstitucionalidade”, criada por Emenda Constitucional em 1965, surge o controle de constitucionalidade para leis federais, cuja iniciativa estava

2 É denominada assim a forma de controle de constitucionalidade cujo exercício é distribuído pelos componentes do Poder Judiciário, em oposição à forma concentrada, exercida por um órgão específico. Essa forma usualmente se dá por via incidental na apreciação de um caso concreto.

exclusivamente nas mãos do procurador-geral da República, nomeado pelo presidente da República (BRANDÃO; NUNES, 2018, p. 167). Dessa forma, o controle de constitucionalidade que antes existia no Brasil apenas na modalidade difusa passou a ter também uma nova faceta de controle concentrado, restrita, contudo, à iniciativa do procurador-geral da República.

No período em que o controle funcionava dessa forma, surgiu um debate acadêmico sobre se o PGR teria ou não discricionariedade de decidir o que levar ao STF para o controle de constitucionalidade: um embate entre os que acreditavam que caberia ao detentor do cargo decidir e os que defendiam que levar a questão ao STF era um dever. Esse debate surge porque qualquer cidadão poderia “representar” para o procurador-geral da República, solicitando que apresentasse uma representação de inconstitucionalidade ao STF. Porém, na prática, havia um filtro do próprio procurador (BRANDÃO; NUNES, 2018, p. 169). Isso servia, essencialmente, como um mecanismo de controle político, considerando que o cargo era de livre nomeação e exoneração.

No ano de 1967, foram criadas a avocação de casos pelo Supremo (que desapareceu em 1988) e a arguição de relevância, que exigia, como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, a relevância (algo parecido com o “*certiorary*” do direito estadunidense, que permite à Suprema Corte escolher os casos que ela quer decidir, sem necessidade de motivação). Esta foi a configuração observada até 1988, com o controle de constitucionalidade ainda majoritariamente difuso e submetido ao controle de agenda do Supremo.

Antes da Constituição Federal de 1988, o único legitimado ativo à provocação da jurisdição constitucional do STF era, pois, o procurador-geral da República. A partir de sua promulgação, contudo, o rol de legitimados ativos foi ampliado de maneira muito significativa (SILVA, 2016, p. 53).

Com a redemocratização, na década de 1980, os movimentos sociais se diversificaram e aumentou a presença da sociedade civil na política; isso se refletiu na participação em diversas etapas da Constituinte de 1987-1988 desde a mobilização pela instauração de uma Assembleia Nacional Constituinte (com cerca de 25 anteprojetos de variados setores) até emendas populares, passando por campanhas, caravanas e diferentes mobilizações (GOMES, 2020, p. 78-81).³

³ Ver também: BRANDÃO, 2012.

O artigo 103 da atual Constituição brasileira prevê os legitimados em nove incisos, incluindo: o presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o procurador-geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Quando a Constituição foi proclamada, no entanto, essa ampliação dos legitimados era aplicada somente à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Na sua instituição, a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) tinha seus legitimados definidos no § 4º do mesmo art. 103, revogado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Anteriormente, os legitimados eram o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o procurador-geral da República e, atualmente, após a referida Emenda Constitucional, são equiparados aos legitimados a propor a ADI (SILVA, 2016, p. 61).

Para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), embora não haja previsão expressa no art. 103, os legitimados são os mesmos das demais ações, conforme entendimento pacífico da jurisprudência do STF, da doutrina e da previsão da Lei n. 9.882/1999 (MASSON, 2018, p. 1338).

1.2. A ADPF 527 E A NOVA INTERPRETAÇÃO DO ART. 103 DADA PELO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO⁴

Como já foi mencionado, o art. 103 da Constituição Federal de 1988 estabelece o rol taxativo dos legitimados ativos nas ações do controle concentrado de constitucionalidade. No entanto, para além do que está expresso no artigo, o Supremo Tribunal Federal tem alguns entendimentos sobre essa questão.

De acordo com o entendimento do STF, o partido político com representação no congresso e a confederação ou entidade de classe de âmbito nacional não possuem capacidade postulatória, necessitando de representação por advogado, enquanto os demais legitimados possuem.

⁴ Esta seção se baseia no texto da decisão do ministro Luís Roberto Barroso, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527_liminar_26jun2019.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

Além disso, o STF construiu jurisprudencialmente, uma vez que não está prevista no texto constitucional, a divisão dos legitimados entre os chamados de legitimados universais⁵ e os chamados de legitimados especiais.⁶ Ao passo que aqueles possuem interesse de agir presumido, uma vez que têm entre suas atribuições defender a ordem constitucional objetiva e podem propor ações do controle concentrado independentemente de comprovação de pertinência temática, estes precisam cumprir o requisito da pertinência temática ou a ação pode não ser conhecida por ausência de legitimidade *ad causam* (MASSON, 2018, p. 1296).

O requisito da pertinência temática significa que o legitimado ativo deve comprovar a ligação entre seus objetivos estatutários ou finalidades institucionais e o conteúdo da norma discutido na ação proposta. A criação jurisprudencial desse requisito é criticada academicamente por parte da doutrina, uma vez que não só implica tratamento diferenciado de legitimados sem autorização constitucional como também de certa forma subverte a lógica do controle abstrato, no qual não há interesse de agir na forma do aplicado ao processo comum. Isto é, as partes o são em sentido formal, uma vez que não atuam em interesse próprio. Mesmo que haja críticas, o entendimento é consolidado no tribunal e ainda não houve qualquer mudança (MASSON, 2018, p. 1297).

O entendimento mais relevante para o escopo deste artigo, contudo, diz respeito ao que a corte entende como “entidade de classe de âmbito nacional”. Quanto ao âmbito nacional, o Tribunal consolidou, por analogia com a Lei n. 9.096/1995, que a entidade deve estar em ao menos nove estados da federação para ser assim considerada (podendo esse requisito ser afastado excepcionalmente devido à relevância nacional da entidade).

Quanto à definição de entidade de classe, o entendimento é que não podem ser assim caracterizadas entidades integradas por apenas um segmento da classe

5 O presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

6 A Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o governador do Estado ou do Distrito Federal e confederações sindicais ou entidades de classe do âmbito nacional.

que representam,⁷ as federações sindicais e os sindicatos nacionais (MASSON, 2018, p. 1299). Além disso, para a corte são consideradas entidades de classe apenas aquelas de caráter econômico ou profissional (GOMES, 2016a).

Essa interpretação, todavia, vem sendo questionada tanto na literatura, especialmente por acadêmicos do direito ligados à litigância estratégica,⁸ quanto na prática, quando organizações da sociedade civil, mesmo sabendo do entendimento consolidado, propõem a ação desejada afirmando sua legitimidade e questionando o entendimento no âmbito da própria ação. Foi o que fizeram, por exemplo, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) na proposição da ADI 5.422, sem sucesso, e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) na ação em pauta neste trabalho, na qual o ministro Luís Roberto Barroso atribuiu nova interpretação ao art. 103, inciso IX, da Constituição Federal.

A ADPF 527 foi proposta em junho de 2018 pela ABGLT e pede ao STF que determine a possibilidade do cumprimento de pena em unidades prisionais femininas para presas transexuais e travestis.⁹ No mesmo ano, o Supremo havia decidido em favor dos direitos das pessoas transgêneras ao assegurar seu direito à alteração do nome e do sexo no registro civil sem necessidade de cirurgia de transgenitalização ou quaisquer outros requisitos patologizantes.¹⁰ E, ainda, o ministro Luís Roberto Barroso havia decidido, em sede de *habeas corpus*, pela transferência de duas presas travestis para estabelecimentos prisionais femininos.¹¹

7 Ver ADI 4.751, na qual a Federação das Entidades dos Oficiais Militares Estaduais (Feneme) não foi considerada legitimada, entre outras fundamentações, porque a categoria dos policiais militares é formada por oficiais e por praças, sendo apenas os oficiais representados pela federação.

8 Conforme se vê na obra de Juliana Cesario Alvim Gomes, por exemplo nos artigos “O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso” (2006b) e “Um Supremo socialmente seletivo?” (2006a) e no livro *Por um constitucionalismo difuso* (2020), cuja segunda edição traz uma crítica ainda mais contundente nesse sentido (p. 162-176).

9 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=383132>. Acesso em: 26 out. 2020.

10 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 26 out. 2020.

11 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369997>. Acesso em: 26 out. 2020.

Na decisão sobre a admissão da ADPF 527 o ministro Barroso lista os três requisitos exigidos pela jurisprudência do STF para a legitimidade ativa de entidades de classe de âmbito nacional, quais sejam: comprovação de associados em ao menos nove Estados da federação, ligação entre os membros por integrarem a mesma categoria econômica ou profissional e pertinência temática. Entretanto, o ministro defende a superação desse entendimento, não quanto à questão da presença em nove Estados ou à pertinência temática, mas especificamente sobre o conceito de “entidade de classe”.

De todo modo, os demais requisitos não seriam problema para a admissão da ABGLT como legitimada ativa, mas o conceito de entidade de classe adotado sim, uma vez que, apesar de se declarar entidade de classe na petição inicial, pelo entendimento até então consolidado no STF a organização não poderia ser assim caracterizada, por não ser de âmbito profissional ou econômico. Nesse caso, os associados estão unidos pela busca pela igualdade e pelo combate à discriminação com motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

A nova interpretação proposta pelo ministro se fundamenta em três questões principais, sendo a primeira delas a superação das condições que justificaram a interpretação restritiva do conceito de classe.

Segundo Barroso, à época da ampliação do rol de legitimados na Constituição de 1988 houve resistência por parte de ministros do STF, uma vez que, com a legitimidade anterior concentrada nas mãos da Procuradoria-Geral da República, a possibilidade era exercida de forma muito mais controlada, uma vez que estava concentrada nas mãos de uma só pessoa cujo cargo era de livre nomeação e exoneração pelo presidente da República. Temia-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade se transformasse em uma nova ação popular, sobrecarregando o Tribunal, que, ainda em 1988, conservava sua formação do período autoritário – período no qual se observavam inúmeras violações de direitos fundamentais –, e que procurava exercer suas funções com bastante parcimônia na transição para o período democrático, com uma concepção mais conciliadora sobre o papel do Supremo.

De acordo com a fundamentação da decisão, todas essas circunstâncias se alteraram, uma vez que não só a democracia se consolidou ao longo de 30 anos de vigência da Constituição atual, sendo injustificada apreensão nesse sentido, como também as ações diretas propostas representam uma parcela irrelevante dos casos que chegam ao STF, correspondendo a menos de 1%

deles.¹² Sendo assim, o ministro não acredita que adotar um conceito de classe inclusivo para entidades protetoras de direitos fundamentais possa impactar o funcionamento da Corte.

O segundo motivo é relacionado à missão institucional do Supremo de proteção de direitos fundamentais e à interpretação teleológica da Constituição brasileira. A interpretação restritiva do conceito de “entidades de classe”, segundo Barroso, não faz sentido com a interpretação teleológica da ampliação de legitimados para ações do controle concentrado de constitucionalidade que se observa no art. 103 e especialmente da inclusão de confederações sindicais, entidades de classe e partidos políticos no rol do artigo.

A argumentação também caminha no sentido de que a restrição de entidades voltadas à proteção de direitos fundamentais não faz sentido com uma Constituição que se volta à proteção desses direitos, à proteção de grupos vulneráveis e à ampliação da participação da sociedade civil. A nova interpretação permitiria que entidades da sociedade civil voltadas à proteção de grupos vulneráveis provocassem a jurisdição do Supremo e, assim, possibilitaria ao Tribunal um mais efetivo exercício da sua função de defesa de direitos fundamentais.

Uma vez que se somente entidades de classe representativas de interesses profissionais e econômicos podem provocar a jurisdição, a maior parte das Ações Diretas de Inconstitucionalidade se volta a interesses corporativos de grupos que, muitas vezes, ao contrário das entidades voltadas à proteção de direitos, já possuem força política em outros espaços. Assim, boa parte dos direitos previstos na Constituição de 1988 fica de fora da apreciação do STF pela via do controle concentrado de constitucionalidade.

A terceira razão elencada é a violação do princípio da igualdade e o impacto desproporcional sobre grupos vulneráveis ou minoritários. A interpretação adotada pelo Supremo seria, de acordo com o ministro, um caso de discriminação indireta, uma vez que adotar uma postura aparentemente neutra (interpretação restritiva) gera impactos diferenciados

12 Observação baseada em estudos empíricos: FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>. Acesso em: 26 out. 2020.

e mais prejudiciais sobre um grupo, no caso, o grupo de entidades que se voltam à defesa de grupos vulneráveis.

Nesse caso, grupos que já possuem visibilidade e poder em outros contextos têm também livre acesso à proposição de ações do controle concentrado no STF, ao passo que entidades que enfrentam limitações na defesa de grupos minoritários, como as pessoas transgêneras defendidas na ADPF, ficam excluídas também da possibilidade de levar suas demandas à apreciação no controle concentrado de constitucionalidade pela interpretação restritiva.

Luís Roberto Barroso defende, ainda, que, assim como muitos acadêmicos do direito, outros ministros do STF, nomeadamente Luiz Fux e Marco Aurélio Mello, já se manifestaram no mesmo sentido de superação dessa interpretação em votos em Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Desta forma, o ministro altera o entendimento anterior e conhece da ação, afirmando na decisão que “entidades de classe de âmbito nacional” são aquelas que comprovem o caráter nacional e tenham membros unidos por vínculo de natureza econômica, profissional ou pela defesa de direitos de grupos minoritários e vulneráveis dos quais façam parte.

2. PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES DA SOCIEDADE CIVIL

2.1. BARREIRAS IMPOSTAS PELA INTERPRETAÇÃO ANTERIORMENTE ADOTADA PELO STF E OUTROS DESAFIOS A SUPERAR

As organizações da sociedade civil, com a interpretação tradicionalmente feita pelo STF do art. 103, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, não poderiam atuar como proponentes de ações do controle concentrado de constitucionalidade. Sendo assim, algumas dessas organizações, quando envolvidas na litigância estratégica e interessadas em levar temáticas de seu interesse à apreciação do Supremo, estabelecem estratégias de atuação para que isso seja possível. Ou seja, na ausência de oportunidades para atuar, essas entidades forjam essas oportunidades, podendo influenciar na configuração política (ANDERSEN, 2005, p. 8).

As organizações da sociedade civil possuem capacidade associativa para unir forças e buscar apoio nas mais diferentes formas, a fim de concretizar o objetivo de mobilização (GLOPPEN, 2006, p. 46-47).

Uma das estratégias mais comumente utilizadas nesse sentido é a articulação com organizações que se enquadrem nos requisitos do STF para serem consideradas “entidades de classe” ou partidos políticos favoráveis a suas causas que aceitem propor a ação elaborada por essas entidades ou em parceria com elas. Isso já foi feito, por exemplo, pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) em parceria com o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pela ABGLT em parceria com o Partido Popular Socialista (PPS) e pela ANIS – Instituto de Bioética em parceria com a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CÔRTEZ, 2018, p. 64-66).

Uma desvantagem da estratégia mencionada é que, nesse caso, a atuação da entidade não fica registrada oficialmente no processo, de forma que algumas dessas entidades optam por atuar também como *amici curiae* nos casos, registrando assim sua participação (CÔRTEZ, 2018). Além disso, a entidade não tem completo controle sobre o processo e pode ter que negociar com os interesses do aliado, uma vez que podem existir divergências.

A relevância social, política e econômica dos temas tratados nos STF faz com que seja muito importante a participação social e que, para isso, sejam criados mecanismos (MARONA; ROCHA, 2017). No Brasil, visando à transparência e à democratização do debate constitucional, surgiram os institutos das audiências públicas e do *amicus curiae* (GARGARELLA, 2017). Esses mecanismos, apesar de possibilitarem muitas vezes a participação de entidades da sociedade civil no processo constitucional, se diferenciam muito da possibilidade de propor uma ação do controle concentrado. São, cada um a seu modo, formas de posicionamento e participação no debate no âmbito de ações já existentes.

Audiências Públicas, previstas para o Judiciário na Lei n. 9.868/1999 e na Lei n. 9.882/1999, podem ser convocadas pelo presidente do Supremo Tribunal Federal ou pelo relator do processo e contam com a participação da sociedade civil com o objetivo de esclarecer a matéria ou circunstância de fato debatendo sobre temas de relevante interesse público (MARONA; ROCHA, 2017).

As mesmas leis mencionadas preveem a possibilidade de intervenção no processo para representantes da sociedade civil como *amici curiae*. Conforme a Lei n. 9.868/1999, os requisitos para admissão de *amici curiae* são a relevância da matéria e a legitimidade dos postulantes.

As regras para admissão de *amici curiae*, apesar de permitirem que o instituto simbolize a ampliação do número de atores que participam de alguma forma do processo constitucional, apresentam barreiras de acessibilidade

que afastam da atuação organizações da sociedade civil que funcionam com recursos humanos financeiros limitados. Algumas dessas barreiras, levantadas por Eloísa Machado de Almeida (2015, p. 139-141), são o custo, o prazo para manifestação e a necessidade de representação por advogado.

A atuação como *amicus curiae* nos casos relativos a pessoas trans que chegaram à pauta do STF pode ilustrar essas dificuldades.¹³ Nesses casos, todos os fatores levantados pela professora se revelaram determinantes, por vezes exigindo que as entidades criassem formas de articulação, para conseguir representação por advogado, por exemplo, e por outras chegando a afastá-las da atuação em um determinado processo por falta de conhecimento do funcionamento do Tribunal. Essa forma de apresentação que se exige dos *amici curiae*, nesses casos, não só dificultou a participação de determinadas organizações como também moldou suas manifestações a um formato essencialmente jurídico, menos plural do que poderia ser. Somam-se a essas barreiras alguns fatores da prática do STF, como a demora na divulgação da pauta, pedidos de vista e julgamentos adiados, todos presentes nesses casos e geradores de grandes custos para uma atuação limitada por recursos escassos.

As audiências públicas e o *amicus curiae*, chamados por Juliana Cesario Alvim Gomes de “mecanismos de permeabilidade social”, apesar de terem a si atribuída a função ou ao menos o potencial de pluralizar o processo constitucional, recebem críticas não só pelas dificuldades de acesso e admissibilidade enfrentadas pelos que pretendem atuar por essa forma, como também pela pouca importância prática atribuída pelos ministros aos argumentos levantados nessas oportunidades e, portanto, o peso reduzido em termos de influência nos resultados (GOMES, 2020, p. 87-88, 165).

Isso se deve, por exemplo, à pouca presença de ministros nas audiências públicas (VESTENA, 2012) e ao raro enfrentamento dos argumentos de manifestações escritas de *amici curiae*, somado ao fato de que as manifestações orais destes ocorrem no dia do julgamento, com votos já escritos e posicionamentos já determinados (GOMES, 2020, p. 88).

Conforme visto nas seções anteriores, esses mecanismos não são, contudo, a única forma de participação da sociedade civil no processo constitucional, ainda que o debate sobre esse tema esteja, em geral, neles

¹³ Ver mais em: CÔRTEZ (2018).

centrado. Na prática, se por um lado a ABGLT estabeleceu a estratégia de se articular a atores já considerados legitimados para atuar, por outro não deixou de tentar atuar como proponente de ações do controle concentrado, o que na ADPF 527 culminou, finalmente, na possibilidade de que um tema importante para um segmento vulnerável da sociedade fosse levado à apreciação do STF por uma entidade atuante na defesa dos direitos desse grupo.

2.2. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO E SIGNIFICADOS DA MUDANÇA PARA A MOBILIZAÇÃO DO DIREITO

Considerando quão recente é a decisão do ministro Luís Roberto Barroso, é difícil constatar empiricamente os impactos. Até mesmo porque, por ser uma decisão monocrática, não se pode afirmar que é um posicionamento do Tribunal de forma generalizada (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 141). Já se sabe, contudo, que foi bem recebida por organizações da sociedade civil e pessoas envolvidas em litigância estratégica que já vinham defendendo na prática do litígio ou na academia essa mudança de interpretação, em que pesem as inúmeras críticas que cabem ao processo decisório pouco deliberativo no Supremo Tribunal Federal brasileiro (MENDES, 2011) e especialmente a questões decididas no âmbito de decisões monocráticas.

No contexto decisório brasileiro, é conferido grande poder aos ministros do STF, que vai da definição de agenda à tomada de decisão, que, não raro, se dá de forma pouco deliberativa e conta com decisões monocráticas de mérito que perduram por longos períodos (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018). A decisão em pauta neste artigo, embora seja um exemplo de mudança em decisão monocrática de uma interpretação que anteriormente estava consolidada, é uma decisão de caráter formal de admissibilidade, tipicamente monocrática.

Trata-se, de todo modo, de um exemplo de como o Supremo, e mesmo ministros individualmente, têm o poder de estruturar as regras de funcionamento da própria arena de decisão em que atuam (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 124). É preciso pautar decisões do STF vistas como avanços com cautela, porque muitas vezes na deliberação por trás delas há a atribuição de um poder com poucas restrições, que poderia ser usado de forma contrária ou até mesmo argumentação discriminatória, que não é de fato favorável ao direito pleiteado (GOMES, 2016b, p. 672).

Ainda assim, consideradas as ressalvas, para as entidades da sociedade civil interessadas em atuar no controle concentrado de constitucionalidade e para os grupos vulneráveis que elas defendem, a decisão representa um

passo para lidar com o problema da dificuldade de acesso. Em um contexto de busca por direitos em condições desfavoráveis, entidades como essas não podem se dar ao luxo de desaproveitar ferramentas legais disponíveis (SANTOS, 2013, p. 56). Os avanços e retrocessos na seara jurídica podem, inclusive, moldar expectativas e estratégias de movimentos sociais, causando inspiração ou desestímulo (GOMES, 2020, p. 70).

Para o Tribunal, por sua vez, como afirmou o ministro, é improvável que isso aumente o número de casos ao ponto de impactar seu funcionamento. Mesmo que os números de casos levados à apreciação do STF sejam muito maiores que os levados a outras cortes constitucionais ao redor do mundo, a parcela desses casos que é proveniente do controle concentrado de constitucionalidade é extremamente reduzida, de forma que a sobrecarga tem outras causas e não é esperado que essa mudança de entendimento afete o funcionamento (BRANDÃO; NUNES, 2018, p. 186–187).

Uma forma possível de modificação da Constituição influenciada pela justiça constitucional é a substituição da relação de sentido anteriormente estabelecida, mantido o texto constitucional. Essa modificação de significado pode ser considerada legítima se o novo significado puder ser abarcado pelos limites da norma constitucional reinterpretada para se adequar a novas realidades políticas, econômicas ou sociais (CORREIA, 2016, p. 30). Parece ser esse o caso em pauta.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 não define “entidades de classe”, o entendimento cuja adoção pelo STF estava consolidada também foi, assim como o novo, uma interpretação jurisprudencialmente criada e reproduzida por todos esses anos. Contudo, esse entendimento representava limitações para a atuação de entidades que defendem interesses de grupos minoritários, de forma que o novo entendimento tem potencial de tornar mais efetiva a apreciação de temas de direitos fundamentais pela justiça constitucional. Em que pesem todas as críticas cabíveis ao processo decisório, a alteração jurisprudencial em pauta nada mais é que a mudança não no texto constitucional, mas sim na interpretação estabelecida pelo próprio STF.

Quando o significado da Constituição se altera sem que se altere seu texto, há uma mutação constitucional, um fenômeno informal influenciado por alterações na sociedade que permite que a Constituição articule rigidez e adaptabilidade (GOMES, 2020, p. 91–93). Nesse fenômeno, a participação de atores não institucionais é essencial; movimentos sociais têm o poder de provocar e evidenciar essas mutações sociais em sua busca de transformação social por meio do Direito (GOMES, 2020, p. 95–97). Na história da

mobilização do Direito no Brasil, exemplos dessa atuação podem ser vistos nos casos que afirmaram a constitucionalidade das ações afirmativas raciais e das uniões homoafetivas.¹⁴

Todas as mudanças dos últimos anos somadas à opinião doutrinária de acadêmicos e à pressão das organizações da sociedade civil que mantiveram a tentativa de propor ações no STF levaram à revisão que não é do rol taxativo da Constituição, mas sim da interpretação anteriormente criada jurisprudencialmente pelo próprio Tribunal, de forma a conduzir para a possibilidade de que suas funções sejam exercidas de forma mais efetiva.

A proteção de direitos fundamentais tem, aliás, sido destacada como uma das bases das funções atribuídas à justiça constitucional, preponderante entre elas, podendo a jurisdição constitucional ser caracterizada como verdadeira “jurisdição dos direitos fundamentais” (CORREIA, 2010, p. 35-43).

É necessário pontuar, contudo, que ser vista como entidade legitimada pelo STF não é a única barreira de acesso enfrentada por organizações da sociedade civil em sua atuação no processo constitucional. Embora na nova interpretação proposta uma das facetas da “seletividade social do Supremo”¹⁵ seja superada, para que exista o acesso são necessários muitos recursos expressos de muitas diferentes formas; as barreiras de acesso pontuadas como existentes com relação aos *amici curiae* na seção anterior se estendem também (talvez até de forma mais intensa) para a proposição de ações.

Existe uma ligação direta entre o acesso aos debates no Supremo e a disponibilidade de advogados e advogadas (especialmente com experiência em litigância estratégica e conhecimento do funcionamento do Tribunal), a forma como as organizações se estruturam e outros recursos, como financiamento (EPP, 1988, p. 18). A disponibilidade de recursos financeiros é, por si só, um fator determinante na mobilização do Direito, uma vez que são essenciais à atuação em uma arena de disputa que se revela custosa, que pode até mesmo ser moldada pelo acesso a esses recursos.

Partindo de fatores que definem a oportunidade política no âmbito da Teoria do Processo Político, Andersen estabelece fatores que definem a oportunidade jurídica, essencial à mobilização do Direito, quais sejam o acesso, a

¹⁴ Ver mais sobre como a atuação se deu nesses casos em: GOMES (2020).

¹⁵ Termo cunhado por Juliana Cesario Alvim Gomes (2016).

configuração do poder e a presença de sistemas de apoio e oposição (ANDERSEN, 2005, p. 9-12). Com a possibilidade da atuação de organizações de movimentos sociais e organizações da sociedade civil em geral enquanto legitimadas para propor ações no controle concentrado, existe a quebra de uma barreira em acesso, que diz respeito à possibilidade de litigar. Quanto aos outros fatores, sendo a configuração do poder ligada ao posicionamento dos juízes e os sistemas de apoio e oposição ligados à atuação de aliados ou oponentes no debate constitucional, podem vir a ser afetados por estratégias de articulação e, como consequência, de uma nova forma de levar pautas a esse âmbito.

Movimentos sociais e o Direito constitucional influenciam-se mutuamente, e a persuasão desses movimentos sobre sua compreensão da Constituição pode se dar por vias institucionais ou não, de acordo com as possibilidades e os incentivos de sua realidade, dependendo também das estratégias adotadas e dos demais sujeitos sociais (GOMES, 2020, p. 84).

Ainda que as oportunidades e o contexto político afetem diretamente a possibilidade de atuação, a quebra de quaisquer barreiras representa uma vantagem, pois os movimentos sociais também podem, por sua vez, forjar oportunidades com suas ações, estabelecendo estratégias e chegando a afetar a configuração política (ANDERSEN, 2005, p. 8). Segundo Siri Gløppen (2006, p. 46-47), para que haja transformação social por meio da mobilização das cortes, um dos fatores primordiais é a possibilidade de que grupos vulneráveis e suas demandas cheguem até elas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos mais fundamentais papéis da litigância estratégica para os sistemas modernos de justiça é criar uma forma de visibilidade para grupos marginalizados e estimular a busca pela concretização de seus direitos (CORAL-DÍAZ; LONDOÑO-TORO; MUÑOZ-AVILA, 2010). Tendo em vista esse papel e especialmente considerando a realidade brasileira, em que a justiça constitucional e as ações do controle concentrado de constitucionalidade têm se tornado palco de diversas disputas por direitos de grupos vulneráveis, é inestimável que organizações formadas e geridas por pessoas que pertencem a esses grupos sejam vistas como legítimas para ser parte dessas disputas e tenham a possibilidade de fazê-lo.

Em contextos de disputas por direitos em condições desfavoráveis, oportunidades de atuação não podem ser desperdiçadas, e, assim, o Direito vem sendo mobilizado, no Brasil, muitas vezes com pautas levadas à apreciação do STF, ainda que em geral não visto como a arena ideal para essa disputa. Em muitas organizações, movimentos, iniciativas e lutas o Direito é um dos recursos utilizados para fins emancipatórios por esses movimentos, que podem ser, em si, emancipatórios (SANTOS, 2013, p. 71).

Como apontam Balkin e Siegel (2006, p. 946), a importância das organizações de movimentos sociais no Direito é justamente fazer a ligação entre o direito e as pessoas comuns da sociedade civil. Assim, podem alterar o entendimento de normas constitucionais considerando seu papel constitutivo na ordem social, podem aplicar princípios a novos contextos, podem, por meio de sua contestação, fazer com que o Direito tenha significados que não tinha antes (SIEGEL; BALKIN, 2006, p. 949).

Isso aconteceu com a mudança de interpretação da qual este artigo trata (que deriva em grande parte do questionamento prático de organizações da sociedade civil que, cientes do posicionamento do STF, continuavam a propor ações), e, ainda que existam outros problemas de acesso que precisam ser superados e que a alteração não possa ser encarada de forma acrítica, o potencial existe para que passe a acontecer em outros casos envolvendo direitos fundamentais, levados à jurisdição constitucional, agora direta e oficialmente por entidades representativas das pessoas mais interessadas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Sociedade civil e democracia: a participação da sociedade civil como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica – PUC, São Paulo, 2006.
- ALMEIDA, Eloísa Machado de. “*Amicus curiae*” no *Supremo Tribunal Federal*. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets into the courts: legal opportunity structure and gay rights litigation*. Ann Labor: University of Michigan Press, 2005.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, 2015.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos – Cebrap*, São Paulo, 2018.
- BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices, and social movements. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 927, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004.

BRANDÃO, Lucas Coelho. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*. 2012. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196, 2018.

BRASIL. STF. *ADPF 527*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=314765393&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-AVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, Bogotá, n. 121, p. 49-76, jul./dic. 2010.

CORREIA, Fernando Alves. A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano VII, p. 35-43, 2010. Número especial.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016.

CÔRTEZ, Ana de Mello. *Em busca de diálogo e reconhecimento no STF: a atuação como amicus curiae nos casos relativos a pessoas trans*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

EPP, Charles R. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo. ARGUELHES, Diego Werneck. *Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo*. Disponível em: www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html. Acesso em: 26 out. 2020.

GARGARELLA, Roberto. ¿Por qué nos importa el diálogo? “la clausula del ‘no-obstante’”, “compromiso significativo” y audiencias públicas: un análisis empático pero crítico. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2017.

GLOPPEN, Siri. Courts and social transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Bodmin: MPG Books, 2006.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Um Supremo socialmente seletivo? *Jota*, 1 fev. 2016a. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/supra/um-supremo-socialmente-seletivo-01022016>. Acesso em: 26 out. 2020.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso/Brazilian Constitutional Court on a gendered perspective: decision, access and speech. *Revista Direito e Práxis*, [S. l.], v. 7, n. 3, p. 652-676, set. 2016b.