

ADIN 4275: apontamentos críticos da atuação do *amicus curiae* e a análise democrática da formação participada do mérito processual

Fabricao Veiga Costa¹
Tatianny Kariny Veloso Gomes²

RESUMO: A presente pesquisa objetiva investigar a atuação do *amicus curiae* na formação participada do mérito processual na ADIN 4275. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, análises críticas e método dedutivo, foram demonstrados os fundamentos teórico-legislativos do *amicus curiae* no direito brasileiro e, em seguida, realizadas análises dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal que participaram do julgamento do mérito da demanda. A escolha do tema justifica-se em razão da relevância social e jurídica da democraticidade do provimento jurisdicional de mérito, reflexo da formação participada pelos seus interessados, bem como o direito de pessoas trans retificarem seu nome e gênero no registro civil de nascimento, independentemente da realização da cirurgia de redesignação sexual. Embora não se vislumbre, em nenhum dos votos, uma expressa menção aos argumentos trazidos pelos *amici curiae* que atuaram no processo, conclui-se ter havido reflexos de tais alegações trazidas pelos *amici curiae* na formação dialógica, participada e democrática do mérito processual.

Palavras Chaves: *Amicus Curiae*; Diálogo Social; Intérpretes da Constituição; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275; Mérito Participado.

ABSTRACT: The present research aims to investigate the *amicus curiae*'s role in the participatory formation of procedural merit in ADIN 4275. Through bibliographic and documentary research, critical analysis and deductive method, the theoretical-legislative foundations of *amicus curiae* in Brazilian law have been demonstrated. followed by analyzes of the votes of the ministers of the Federal Supreme Court who participated in the merits judgment. The choice of theme is justified by the social and legal relevance of the merit of the merits, reflecting the training of its stakeholders, as well as the right of trans persons to rectify their name and gender in the civil registry of birth, regardless of sexual reassignment surgery. Although no express mention is made of the arguments brought by the *amici curiae* who acted in the process, it is possible to conclude that there have been reflections of such allegations brought by *amici curiae* in the dialogical, participatory and democratic formation of procedural merit.

Keywords: *Amicus Curiae*; Social Dialogue; Interpreters of the Constitution; Direct Action of Unconstitutionality n. 4.275; Participated Merit.

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é analisar criticamente a participação do *amicus curiae* e a democraticidade do provimento final, especialmente no que tange à formação participada do mérito processual na ADIN 4275, que teve como objeto o debate da

¹ Pós-doutorado em Educação. UFMG. E-mail: fvzufu@uol.com.br

² Oficial Registradora do Registro Civil das Pessoas Naturais de Ouro Fino/MG. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros-Unimontes. Especialista em Registros Públicos pela Rede de Ensino LFG. Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG.

constitucionalidade das pretensões de redesignação jurídica a homens e mulheres trans no Brasil. O foco específico da presente ADIN foi o debate da retificação do registro civil de nascimento de pessoas trans, adequação jurídica do gênero e a problemática envolvendo a dispensabilidade da realização de cirurgia de redesignação sexual. A escolha do tema proposto se justifica em razão de sua relevância jurídica, política, social e econômica, delimitando-se o entendimento apresentado no âmbito do princípio da não-discriminação, direito fundamental à igualdade e à liberdade de gênero.

Visando construir uma abordagem sistemático-comparativa da temática proposta, inicialmente foi desenvolvido um estudo dos fundamentos teórico-legislativos utilizados como parâmetro para o desenvolvimento e a efetividade do sistema de controle concentrado de constitucionalidade. O estudo crítico sobre o *amicus curiae* foi de significativa relevância para entender se o referido instituto constitui ou não um meio de assegurar a formação participada do mérito processual e, assim, garantir a democraticidade do provimento final. O estudo e a análise específica dos votos dos Ministros do STF, que participaram do julgamento do mérito da ADIN 4275, decorreu de uma pesquisa documental considerada pontual para o debate da problemática científica levantada, que consiste na compreensão dos reflexos que a participação de cada *amicus curiae* trouxe na formação do mérito, procurando-se identificar o nível de democraticidade do provimento jurisdicional a partir dos desdobramentos que a manifestação de cada *amicus curiae* trouxe para a formação do mérito processual.

O processo judicial de controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal visa à declaração da adequação ou não de determinada norma aos parâmetros constitucionais estabelecidos. O objeto da ação é o juízo de inconstitucionalidade e a decisão do Supremo, e nesse âmbito, produz efeitos vinculantes e *erga omnes*, ou seja, pela via concentrada de controle é possível alcançar decisões judiciais que extirpam leis do ordenamento jurídico e produzem efeitos geral e abstrato que refletem na esfera jurídica de cidadãos, sem que tenha ocorrida sua efetiva participação na tomada da decisão. É certo que o exercício da atividade jurisdicional, cujo resultado é um provimento com efeitos vinculantes e *erga omnes*, reclama por mecanismos processuais de democratização e legitimação que propiciem a participação da sociedade na tomada de decisões. O cenário do processo judicial no Brasil foi substancialmente alterado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na medida

em que estabeleceu princípios processuais mínimos cuja finalidade, dentre outras, é criar um processo judicial mais democrático.

Neste ponto, merece destaque a intervenção do *amicus curiae*, que se realiza, aprioristicamente, com o intuito de contribuir para a formação participada do mérito processual, mediante a participação das mais diversas entidades e pessoas, aproximando a fiscalização da constitucionalidade à realidade fática e evitando, dessa maneira, decisões meramente intuitivas. A hermenêutica jurídica constitucional não é um evento exclusivo do Estado, esclarecendo-se que ao limitar a interpretação da norma jurídica a procedimentos fechados e executados somente pelos julgadores, torna a sociedade fechada e os julgamentos singulares, ao contrário do que propõe o texto constitucional quanto à pluralização que se verifica ao permitir um diálogo entre sociedade, destinatários do provimento final e julgador.

Nesse cenário, as intervenções dos *amici curiae*, admitidos em âmbito de controle concentrado, podem conferir um alargamento da discussão constitucional, na medida em que grupos representativos da sociedade civil intervêm no debate constitucional, afastando, desse modo, o monopólio da atividade interpretativa. O estudo a ser realizado tem como objetivo analisar as decisões proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº: 4.275³ (BRASIL, STF). Como objetivo específico busca-se averiguar se as manifestações dos *amici curae* admitidos foram consideradas pelos julgadores, de modo a promover uma abertura pluralista ao processo brasileiro de interpretação constitucional, viabilizando, em âmbito do controle de constitucionalidade instaurado por meio da ADIN em estudo, uma tomada de decisão mais participativa. A pesquisa a ser realizada delimita-se na seguinte pergunta problema: as intervenções dos *amici curae* admitidos influenciaram nas decisões dos ministros, tornando-as plural, legítimas e democráticas, além de viabilizar a formação participada do mérito processual na ADIN 4275?

Busca-se, com a pesquisa em tela, uma melhor compreensão da garantia da democracia na atuação da jurisdição constitucional, por meio da participação de grupos e entidades representativas de direito dos cidadãos envolvidos. Desse modo, serão discutidas se as manifestações dos *amici curae* na ADIN 4.275 foram consideradas pelos julgadores

³ A ADIN nº. 4.275 foi proposta com intuito de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei 6015/73, de modo a permitir a mudança de nome e sexo da pessoa transexual perante o registro civil das pessoas naturais, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

em uma medida capaz de viabilizar o diálogo social que pluraliza as decisões e promove o exercício da democracia em âmbito do judiciário. Nesse contexto propositivo demonstra-se a necessidade de ampliação do círculo de intérpretes do texto constitucional, abarcando não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra vivenciam a realidade constitucional. Quanto à metodologia, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, mediante consulta a livros, artigos científicos, análise dos votos dos ministros do STF no âmbito do julgamento da ADIN 4275. As análises temáticas, teóricas, interpretativas, comparativas e qualitativas tornaram viável o entendimento crítico do objeto pesquisado. Por meio do método dedutivo, partiu-se de uma abordagem macroanalítica, qual seja, o estudo das ações direta de inconstitucionalidade, delimitando-se o foco de abordagem no estudo da ADIN 4275 e a atuação do *amicus curiae* no que diz respeito especificamente à formação participada do mérito processual.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A compreensão teórica do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, especificamente a ação direta de inconstitucionalidade, é de suma importância para a análise do objeto da pesquisa em tela. O mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade, também chamado de controle concentrado, tem origem na EC 16/1965 que, dando nova redação ao art. 101, I, k⁴ da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), atribui ao STF competência para “processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. A partir da constituição brasileira de 1988, em face da significativa ampliação do rol de legitimados ativos, a ação direta de inconstitucionalidade assume uma nova e importante dimensão. Somente depois de uma sólida e madura jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é que essa ação foi regulamentada por meio da Lei 9868/99 (BRASIL, 1999) que dispõe sobre o processo e

⁴ Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; (Redação dada pela Emenda Constitucional n^o 16, de 1965) (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) . Acesso em 17 dez. 2018.

juízo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo judiciário. A atuação do Estado na interpretação e aplicação da constituição constitui o que se denomina jurisdição constitucional. “É atividade que não se restringe ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida apenas pelo Supremo.” (BUENO, 2017, p. 312). Ela congrega todos os órgãos do judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e efetividade das normas constitucionais. É inegável que o Supremo Tribunal Federal tem papel de destaque na jurisdição constitucional, pois a ele compete, precipuamente, a guarda da constituição.

Embora o exercício da jurisdição constitucional consista em fiscalizar o cumprimento da força normativa da constituição por meio do poder judiciário, oportuno que se especifique que, neste estudo, tratar-se-á da atuação do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade proposta com intuito de averiguar a inconstitucionalidade de lei. Sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade é importante destacar que na referida ação não se figuram partes no sentido estrito do processo, tendo em vista que os legitimados ativos atuam no sentido de viabilizar a integridade e efetividade normativa dos preceitos constitucionais e democráticos. Nesse contexto, ressalta-se orientação firmada e reafirmada pelo STF:

o controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo constitucional tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via de controle difuso de constitucionalidade que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (BRASIL, STF, ADI. 1434-0)

A natureza objetiva do processo e sua finalidade de tutelar a ordem jurídica abstratamente considerada determina consequências procedimentais significativas que afastam a aplicação, mesmo que em caráter supletivo, das normas de processo de índole subjetiva, além de gerar decisões com eficácia que alcança todos os cidadãos. Nesse contexto, ressalta-se aspecto relevante para o desenvolver do presente estudo, que versa

sobre os efeitos da decisão de procedência da ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que referido provimento opera eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

A decisão definitiva de mérito proferida em ação de controle concentrado irradia efeitos para todos os possíveis destinatários da norma e à força dessa declaração submetem-se, obrigatoriamente, as autoridades que têm por atribuição aplicar a norma questionada, vale dizer, os órgãos do poder judiciário e da administração pública. Relativamente a eles a sentença tem efeito vinculante. É o que está expresso nos arts. 102, § 2º⁵, da CF/1988 (BRASIL, 1988) e 28, parágrafo único⁶ da Lei 9868/1999 (BRASIL, 1999). Ademais, a procedência da ação direta de inconstitucionalidade opera declaração de nulidade da norma inconstitucional, com a sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico (ZAVASCKI, 2017). Sobre a atuação do poder judiciário, recorre-se, mais uma vez, ao entendimento do Supremo que já assentou entendimento no sentido de que:

a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao STF, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai sua autoridade da própria Carta Política – converte o STF em verdadeiro legislador negativo (BRASIL, STF, ADI 652-5)

Considerando esse “legislar negativo” do Supremo, bem como a eficácia decorrente dessas decisões, é que se avalia o caráter democrático da atuação do judiciário. A vontade popular não intervém na nomeação daqueles que, por meio de uma interpretação constitucional, fiscalizam a adequação ou não de determinada norma, que se considerada inconstitucional será banida do ordenamento jurídico. Em que pese este fato,

⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 dez. 2018.

⁶ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm . Acesso em 18 dez. 2018.

eventualmente o Supremo é instado a exercer funções típicas do poder legislativo, como se verifica no âmbito do julgamento de mandado de injunção fundado na teoria concretista. A atuação derivada do controle concentrado de constitucionalidade extirpa, do sistema jurídico, leis que foram editadas por pessoas escolhidas pela maioria dos cidadãos em um processo eleitoral democrático, diferentemente dos membros do poder judiciário cujos cargos são ocupados com ausência da intervenção popular. Tais apontamentos crítico-propositivos tornam-se relevantes no contexto da pesquisa para evidenciar a relevância de se garantir o direito de os destinatários do provimento jurisdicional final de mérito terem o direito de serem seus coautores.

Se para fazer com que uma lei integre o ordenamento jurídico, necessário se faz a sua edição por representantes do povo, coerente seria a adoção de mecanismos procedimentais que propiciem um caráter democrático às tomadas de decisões consistentes em eliminar o texto normativo do ordenamento jurídico ou conferir-lhe interpretação conforme a constituição. Sob esta ótica, traz-se à baila a teoria do constitucionalista Peter Häberle, que defende a necessidade de consolidação da ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição. Segundo essa concepção, “os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade, já que quem vive a norma acaba por interpretá-la, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Portanto, é impensável uma hermenêutica jurídica sem o cidadão ativo” . (HÄBERLE, 1997, p.13 e 14). A abertura pluralista ao processo brasileiro de interpretação, no sentido referido por Häberle, faz-se possível por meio da atuação do *amicus curiae*, na medida em que as manifestações desse terceiro, em âmbito de controle concentrado de constitucionalidade, pode viabilizar a abertura da discussão constitucional para os diversos grupos da sociedade civil.

A PROMOÇÃO DO DIÁLOGO SOCIAL POR MEIO DA ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

O propósito deste tópico é tecer considerações acerca dos contornos da figura do *amicus curiae*, situando-o em nosso ordenamento jurídico por meio da indicação de suas referências no direito brasileiro, especificamente, na jurisdição constitucional exercida pelo Supremo quando do julgamento das ações de controle concentrado. A expressão *amicus curiae*, antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, era referida na

Resolução 390⁷ do CNJF -, mesmo assim e muito antes da edição da citada resolução, é essa a expressão que se encontra em diversos trabalhos científicos e em julgados dos nossos tribunais que se ocuparam do assunto. Recorre-se ao dicionário latino-português para definir a palavra “*curiae*” como “divisão do povo romano, de ordem política e religiosa”, como “templo em que se reunia a cúria para celebrar o culto”, como “sala onde se reunia o senado, assembleia do senado” ou, ainda, como “sala das sessões (de qualquer assembleia)” e “*amicus*” substantivo, por sua vez, correspondente, em português, a “amigo”. (FARIA, 2003,p.69 e 269). Tratando da matéria, Cassio Scarpinella Bueno, pontua:

A figura, com esse nome, encontra-se estampada em diversos dispositivos legais do direito norte-americano, tanto no âmbito estadual como no federal. Afirmamos o mesmo, com absoluta tranquilidade, em relação a todas as outras fontes de direito estrangeiro que, sobre o tema, localizamos. E, não temos dúvida, é por isso que ela encontrou espaço na literatura jurídica pátria (BUENO, 2012, p.06).

No âmbito de jurisdição constitucional, a figura o *amicus curiae* inaugura a sua atuação a propósito da interpretação e aplicação do art. 7º, §2º⁸ da Lei 9868/99 que trata da ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL, 1999). Em 2015, com o advento do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), a intervenção do instituto passa a ser regulamentada com expressa previsão no artigo 138⁹, que consagra, no direito brasileiro, a expressão latina *amicus curiae* como modalidade de intervenção de terceiro. Referido

⁷ Refere-se à Resolução n.390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho Nacional da Justiça Federal., que dispõe sobre o regimento interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Art. 23, §1º, permite que eventuais interessados, entidade de classe, associações, organizações não-governamentais “ na função de *amicus curiae*” apresentem memoriais e façam sustentação oral nos julgamentos perante aquele órgão. Disponível em :<http://jef.trf5.jus.br/resolucoes/PDFsNormas/resolucoes/CJF/>) Acesso em: 10 dez. 2018.

⁸ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º: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.

⁹ 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 natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas

dispositivo impõe três condições alternativas para justificar o ingresso de terceiro como *amicus curiae* no processo: a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto demanda e a repercussão social da controvérsia. Pertinente o posicionamento doutrinário no sentido de que: “todas as matérias versadas em sede de ações de controle concentrado de inconstitucionalidade são relevantes, de forma que com a mera existência de demanda judicial a matéria nela veiculada *ipso facto* passa a ser relevante também” (BUENO,2012,p.203) . Sobre a natureza da manifestação:

É preciso reconhecer que o *amicus curiae* contribui com a qualidade da decisão dando sua versão a respeito da matéria discutida, de forma que ao menos o interesse para a solução da demanda no sentido de sua manifestação sempre existirá. Ainda que tenha muito a contribuir em razão de seu notório conhecimento a respeito da matéria, não é comum que as manifestações do *amicus curiae* sejam absolutamente neutras (NEVES, 2017, p. 372).

Há que se mencionar, principalmente no âmbito do presente estudo, que a existência do *amicus curiae* no sistema constitucional brasileiro, e é o que se verificará da análise dos pareceres constantes da ADIN nº. 4275, promove a pluralização do debate no controle de constitucionalidade, proporcionando um diálogo social legitimador das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo, pois, mecanismo de participação social nas ações de controle, permitindo a participação no controle de interessados afetados pela decisão. Na opinião de Gilmar Ferreira Mendes:

O instituto em questão (*amicus curiae*), de longa tradição no direito americano, visa um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira (MENDES, 2014, p. 276).

A motivação das decisões de admissão de *amicus curiae* proferidas pelo Supremo, no âmbito da ADIN 4.275, revela que a conveniência em admiti-lo consiste na relevância da matéria e representatividade dos postulantes, além do conhecimento técnico a ser agregado pelas intervenções, já que esses são os argumentos externados nas decisões. Nelson Nery e Rosa Nery (2016, p.1599-1600) prelecionam que “a intervenção é possível desde que o postulante tenha representatividade para opinar sobre a matéria” e, como visto, esse é um dos requisitos exigidos pelo citado art. 138 do Código de Processo Civil

(BRASIL, 2015). O Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento no sentido de que a atuação do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado consiste em relevante fator de participação da sociedade civil na construção do participada do mérito processual. A seguir, julgado transcrito a constatar essa assertiva:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO. No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. - A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. (BRASIL, STF, ADInMC nº 2130-3/SC)

Tanto a legislação, quanto a doutrina e a jurisprudência pátrias admitem a manifestação da sociedade civil por meio de instituições que, efetivamente, expressem valores essenciais, relevantes e que possam oferecer subsídios para o julgamento das ações cujo objetivo é democratizar o controle concentrado da constitucionalidade de leis federais. Viabiliza-se o diálogo social a ser instaurado no âmbito do Supremo quando do julgamento das ações de controle de constitucionalidade, e, por conseguinte, a democratização das decisões proferidas, harmonizando-se com a teoria de Häberle, ao propor o alargamento do círculo de intérpretes da lei fundamental. A manifestação de instituições representativas dos interesses da coletividade viabiliza esse alargamento idealizado por Häberle, democratizando o legislar negativo do Supremo e reduzindo a tensão entre os poderes legislativo e judiciário. Admitir e reconhecer como relevante a participação do *amicus curiae* no âmbito do julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade constitui um meio legítimo de democratizar a construção dialógico-participada do

provimento final pelos seus destinatários. Nesse sentido, Fabrício Veiga Costa afirma que o *amicus curiae* “é considerado uma parte convidada pelo julgador a integrar a relação processual, com interesse na boa solução da causa”, ressaltando-se que “sua admissão se pauta [...] na necessidade de o juiz buscar maior precisão e legitimidade no ato de decidir, em virtude da relevância social e do alto grau de expressividade da pretensão coletiva” (COSTA, 2012, p. 243). É nesse contexto propositivo que se problematiza a atuação do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, como sujeito que legitima democraticamente a formação participada do mérito processual, relativizando-se a discricionariedade e o protagonismo judicial.

AMICUS CURIAE ADMITIDOS NA ADIN 4.275

A ADIN n. 4.275 foi ajuizada pelo Procurador Geral da República com o intuito de conferir ao artigo 58¹⁰ da Lei 6015/73 uma interpretação conforme a Constituição, reconhecendo aos transexuais, independente da realização de cirurgia de transgenitalização, o direito à mudança de prenome e sexo no registro civil das pessoas naturais. Constata-se de seu teor que dos seis pedidos formulados por grupos representativos dos interesses das pessoas transexuais e transgêneros, 05 foram admitidos como *amicus curiae*., quais sejam, o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS; Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; Grupo de Dignidade pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Trans; Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos – CLAM e Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos – LIDIS.

A análise das decisões monocráticas de admissão dos *amici curiae*, revela-nos que o Ministro relator Marco Aurélio considera as intervenções convenientes em razão da relevância da matéria e representatividade dos postulantes, além de reconhecer a ampliação dos elementos de informação a serem subsidiados pelos terceiros intervenientes. Os *amici curiae* admitidos são associações, entidades e instituições que promovem estudos, pesquisas e discussões envolvendo questões existenciais e jurídicas das

¹⁰ Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998) (Vide ADIN Nº 4.275). Acesso em 18 dez.2018.

pessoas transexuais. Atuam especificamente com temáticas afeta às pessoas transexuais o GADVS, ABGLT e o Grupo Dignidade; já o IBDFAM, embora não esteja envolvido, especificamente com o tema, possui, em sua estruturação interna, uma comissão de direito homoafetivo que se desenvolveu para atuar em casos relacionados a direitos LGBT, sendo, pois, pertinente às pessoas transexuais.

Em algumas hipóteses, a participação foi viabilizada em razão da parceria entre instituições acadêmicas do direito com entidades que atuam na promoção de debates e discussões sobre transexualidade, conferindo às entidades em questão um suporte jurídico para elaboração da intervenção perante o Supremo. Atuam dessa maneira os *amici curiae* CLAM e LIDIS com o apoio jurídico da Clínica de Direitos Humanos da UERJ. Nesse contexto propositivo é relevante esclarecer que a ação direta de inconstitucionalidade é vista como uma modalidade de ação coletiva, tendo em vista que seus efeitos jurídicos são *erga omnes* e vincula todos os destinatários da norma jurídica objeto da apreciação judicial. Em razão disso, a legitimidade democrática do provimento final de mérito se condiciona à formação participada do mérito processual, de modo a permitir que todos os sujeitos afetados pelo conteúdo decisório sejam coautores do referido provimento final. Assim, as ações coletivas vistas como ações temáticas devem permitir que o mérito processual seja construído “dentro de um espaço processualizado que oportuniza o debate amplo da pretensão pelos interessados e também num determinado período de tempo fixado na lei” (COSTA, 2012, p. 226), por que, dessa forma, permitem-se “a todos os legitimados comparecerem em juízo para formularem seus pedidos ou para apresentarem seus temas correlatos àquilo que foi inicialmente alegado pelo autor da ação” (COSTA, 2012, p. 226).

A INFLUÊNCIA DAS MANIFESTAÇÕES DOS *AMICI CURIAE* NOS VOTOS PROFERIDOS PELOS MINISTROS EM ÂMBITO DA ADIN 4.275

Na ADIN 4.275 não há manifestações de *amicus curiae* que postulem contra os direitos de pessoas trans. Existem apenas intervenções favoráveis a interpretar o texto normativo em um sentido que reconheça o direito fundamental à identidade de gênero, bem como os instrumentos hábeis a concretizar as garantias daí decorrentes. Há apenas sistemas de apoio e nenhum sistema de oposição, em outras palavras, aqueles que se

opõem aos direitos de pessoas trans não se articularam para a atuação como *amicus curiae*, no caso em questão.

O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Importante pontuar que todas as manifestações, tanto as escritas quanto as orais, defendem o reconhecimento e o respeito de acordo com a identidade de gênero, direito fundamental que decorre da dignidade da pessoa humana. A argumentação que se constrói é no sentido de que não reconhecer à população transexual o direito a ser respeitada de acordo com a identidade de gênero significa perpetuar uma realidade hostil, marginalizante, mantendo o transexual na obscura invisibilidade, o que não é compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa ordem constitucional- art. 1º, III¹¹, CF/88 (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, há argumentos no sentido de que a transexualidade deve ser abordada de forma não patologizante, mas sim como uma experiência identitária. Manter o entendimento que preconiza pela patologização das pessoas trans constitui um meio de retroalimentar o sistema e exclusão desses sujeitos em razão de sua identidade de gênero, além de contrariar princípios e direitos fundamentais, como é o caso do princípio da não-discriminação, direito fundamental à igualdade e liberdade quanto à construção da identidade de gênero a partir da subjetividade situada de cada indivíduo. “No Manual de Diagnóstico de Doenças Mentais e no Código Internacional de Doenças, a transexualidade é ainda descrita como uma patologia” (DIAS, 2016, p.55-56), fato esse que determina uma visão preconceituosa, marginalizante e universalizada de um modelo de transexual, com sintomas e características semelhantes. O respectivo manual de diagnóstico é considerado um instrumento cuja utilização se dá com o propósito de classificar corpos e excluir as pessoas trans pelo fato de não se enquadrarem na moldura binária produto de uma heteronormatividade compulsória que enaltece os cisgêneros como meio de excluir e

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

segregar os transgêneros. Nos subtópicos seguintes serão analisados os votos dos ministros que, de algum modo, se reportaram às manifestações dos *amici curiae*, quando da tomada de decisão. No afã de identificar a influência dos argumentos trazidos pelos *amici curiae* no julgamento do caso, torna-se essencial o estudo pontual dos argumentos utilizados no voto de cada ministro do STF que participou do julgamento do mérito da respectiva ADIN.

VOTO DO MINISTRO RELATOR MARCO AURÉLIO

No voto do Ministro relator não se vislumbra, de forma direta, a menção a nenhum *amicus curiae*, contudo utiliza argumentos que, em muito, se aproxima dos utilizados e apresentados no debate oral do objeto da pretensão deduzida em juízo. No momento em que se verifica que o respectivo ministro ignora e deixa de se manifestar sobre as questões trazidas por cada *amicus curiae*, fica claro o protagonismo e a discricionariedade judicial, características típicas do que se denomina jurisdição autocrática. A legitimidade democrática do provimento final exige não apenas a participação formal do *amicus curiae*, mas, sim, a obrigatoriedade de o julgador se manifestar racionalmente sobre cada questão suscitada, de modo a justificar porque acolheu ou deixou de acolher cada ponto controverso da demanda. O contraditório é um princípio que assegura a dialeticidade dos pontos controversos da demanda, ressaltando-se que sua efetividade se dá no momento em que o julgador, observando-se o devido processo legal, se manifesta de forma fundamentada justificando porque acolheu ou não cada um dos temas e questões suscitadas em juízo por cada *amicus curiae*. Não é isso que se verifica no voto do ministro Marco Aurélio, já que o *amicus curiae* é visto como um pseudo instrumento da participação popular no processo judicial, uma vez que “não se efetivará a construção democrática e participada do provimento estatal se os julgamentos forem realizados de forma unilateral, e centrado na onisciência do julgador” (COSTA, 2012, p. 257).

As colocações construídas acerca do fundamento da dispensa de cirurgia de transgenitalização para a mudança de nome e sexo perante o registro civil demonstra identidade com os argumentos trazidos pelas instituições representativas admitidas. O Ministro julga parcialmente procedente o pedido para assentar, como interpretação do artigo 58 da Lei 6015/73 compatível com a Constituição Federal, a possibilidade de mudança de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, dispensando, para tanto, a cirurgia de transgenitalização. Na construção de sua decisão,

recorreu veladamente aos ensinamentos da vice-presidente do IBDFAM, associação civil que atua como *amicus curiae*. Maria Berenice Dias, subscritora da intervenção apresentada e citada, mais de uma vez, para subsidiar a formação do raciocínio jurídico do Ministro. São citados, *ipse litteris*, trechos da obra da autora, não restando dúvida de sua contribuição para a formação do mérito processual. O IBDFAM, em suas manifestações, esclarece sobre as terminologias utilizadas para diferenciar expressões e vocábulos, muitas das vezes, utilizados como sinônimos, tais como, transexualidade, homossexualidade e travestis. O Ministro considera importantes as diferenciações apontadas, já que, a partir delas, é que se torna possível identificar quem será o sujeito dos direitos reconhecidos.

A crítica que se faz a democraticidade do provimento final da ADIN 4275 se refere ao fato de o ministro Marco Aurélio restringir o seu voto a apenas um dos cinco *amicus curiae* que participaram dos debates das questões trazidas em juízo. Não houve, assim, o exaurimento na análise das questões trazidas aos autos, o que denota uma limitação do espaço processual de debate, tendo em vista que os demais argumentos foram ignorados no momento em que houve a formação do mérito processual. Importante esclarecer que o Ministro Marco Aurélio foi vencido no tocante à exigência de requisitos patologizantes¹² para a almejada alteração. No que se refere à desnecessidade de cirurgia transgenitalização houve unanimidade, verificando, em seu voto, alusão à argumentos desenvolvidos pelos *amici curiae*, principalmente no que se refere à diferenciação entre os vocábulos: transexualidade, homossexualismo e travesti. O fundamento da decisão do Ministro decorre da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana para reconhecer o direito fundamental à identidade de gênero, postulado verificado nas manifestações de todos os *amici curiae* admitidos a intervir. Observa-se que no voto do ministro Marco Aurélio não há qualquer menção específica que diz respeito à participação de algum *amicus curiae*, deixando evidente, assim, a existência de uma pseudoparticipação, já que a efetividade dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal ocorre quando o julgador se manifesta racionalmente no sentido de justificar porque acolheu ou deixou de acolher cada um dos pontos controversos suscitados no âmbito processual.

¹² O Ministro entende ser necessário a apresentação de diagnóstico médico de transexualismo por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente.

VOTO DO MINISTRO DO MINISTRO EDSON FACHIN

O voto do Ministro, ao julgar procedente o pedido formulado, assenta-se no direito constitucional à dignidade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica e à liberdade pessoal. Apoia-se na doutrina e em precedentes jurisprudenciais do STF. A construção de sua decisão no que tange ao reconhecimento do direito fundamental à identidade de gênero e, conseqüente, na admissão da redesignação jurídica do transexual, baseia-se, entre outros postulados legais, nos Princípios de Yogyakarta¹³, documento que consiste no cerne da manifestação apresentada pelo Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos – CLAM e o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos – LIDIS ao invocarem precedentes do próprio STF para demonstrar que a Suprema Corte reconhece e aplica em seus julgados os princípios de Yogyakarta. Assim como se verifica nas manifestações do CLAM e do LIDIS, o voto em estudo faz menção à ADPF 54¹⁴(BRASIL, STF) e ao RE nº653.659¹⁵ (BRASIL, STF), ambos precedentes lembrados pelos citados *amici curiae* para posicionar a autonomia privada como parte integrante da dignidade humana. O teor da recente opinião consultiva nº 24¹⁶ da Corte Interamericana de Direitos Humanos, citada na manifestação do GADvS e ABGLT, levou para a ação de controle o entendimento da Corte acerca do direito fundamental à identidade de gênero, informações que foram detectadas na fundamentação da tomada de decisão do Ministro.

Sob essa óptica, constata-se, mais uma vez, a harmonia entre os argumentos apresentados pelos *amici curiae* e utilizados na construção do voto do Ministro. Vale

¹³ Documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa sobre aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. (BRASIL, STF, ADIM Nº 4.275)

¹⁴ A ADPF 54 garantiu, no Brasil, a possibilidade de interrupção da gestação de feto anencefálico.

¹⁵ RE nº 635.659 discute a tipificação do porte de drogas para uso pessoal, até o momento apenas três dos onze ministros votaram. O relator, ministro Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas. Os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso restringiram a descriminalização ao porte da maconha.

¹⁶ Opinião consultiva nº 24 trata do tema identidade de gênero e não iscriminação de casais do mesmo sexo. O documento atende solicitação feita pelo Governo da Costa Rica para que a Corte interpretasse as garantias estabelecidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos no que se refere ao reconhecimento da mudança de nome de acordo com a identidade de gênero e também sobre o reconhecimento dos direitos econômicos derivados de união homiafetiva. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/corte-interamericana-de-direitos-humanos-divulga-opinio-consultiva-sobre-identidade-de-genero-e-nao-discriminacao>. Acesso em 17 dez. 2018.

destacar a especificidade dessa argumentação, em outras palavras, não se trata de um argumento amplo e comum, aqui se recorre à documentos específicos de origem internacional para tomada de decisão, documentos estes que foram amplamente citados pelos *amici curiae*. Sob o ponto de vista crítico, verifica-se que no voto do Ministro Edson Fachin houve maior amplitude na dialogicidade entre os argumentos utilizados na decisão judicial de mérito e os fundamentos trazidos por cada *amicus curiae* quando da realização das audiências públicas. O referido ministro foi pontual ao mencionar em seu voto a influência de cada argumento suscitado, privilegiando a exauriência argumentativa e, assim, assegurando maior democraticidade ao provimento final de mérito, reflexo de uma construção dialógico-participada que efetivamente ocorreu no respectivo caso concreto.

VOTO DOS MINISTROS DIAS TOFOLLI E GILMAR MENDES

Os votos dos Ministros foram agrupados em um só subitem em razão da comunhão entre os argumentos arguidos por um e outro. Com base nos princípios da igualdade, da liberdade, de autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de orientação sexual ou de identificação de gênero foram construídas as decisões em comento, direitos amplamente invocados nas manifestações dos *amici curiae*. Além dos direitos constitucionais mencionados, os Ministros recorrem ao teor do art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabelece que toda pessoa tem o direito ao respeito à vida privada e familiar, de seu domicílio e da sua correspondência. O países signatários da Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹⁷ posicionam-se no sentido de que o não acolhimento do pedido de adequação de sexo e prenome no registro civil é uma transgressão ao referido artigo. Foi a partir dessa linha argumentativa que os ministros supracitados construíram separadamente seus votos no julgamento de mérito da ADIN 4275.

Levando-se em consideração as proposições suscitadas, verifica-se que o *amicus curiae* IBDFAM manifestou-se com fundamento no direito internacional, com maior ênfase na citada Convenção e relembra que, no direito pátrio, há dispositivo que corresponde à garantia estampada no art. 8º da Convenção, como é o caso do inciso X¹⁸ do

¹⁷ Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_pdf. Acesso em 17 dez. 2018.

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

art. 5º da Constituição Federal. Os Ministro Gilmar Mendes e Dias Tofolli entenderam pela necessidade de ordem judicial para a redesignação jurídica do transexual perante o registro civil. Os seus votos não coadunam com a opinião da maioria dos Ministros que dispensam a ordem judicial, tampouco com as argumentações desenvolvidas pelos *amici curiae*. Todavia, os argumentos trazidos para o reconhecimento do direito fundamental à identidade de gênero e à desnecessidade da cirurgia de transgenitalização são os mesmos verificados nas manifestações dos *amici curiae* e, mais especificamente, no teor da intervenção do IBDFAM, o que revela uma harmonia entre as fundamentações construídas.

Mesmo diante de todos esses apontamentos apresentados verifica-se a partir dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Dias Tofolli que não houve a exauriência processual argumentativa, requisito essencial para assegurar a democraticidade do provimento final de mérito. Tal constatação decorre do fato de que os respectivos ministros não se debruçaram especificamente na análise de cada argumento trazido pelos *amici curiae*, limitando-se a construir uma argumentação genérica e centrada no protagonismo e na discricionariedade judicial. Dessa forma, restou comprometida a implementação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processual legal, haja vista que a formação participada do mérito não se tornou viável a partir desses votos, que privilegiaram o entendimento de cada julgador e não priorizou a análise pontual, racional e jurídica dos pontos controversos suscitados por cada *amicus curiae*.

VOTO DOS MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI E CELSO DE MELLO

Dada semelhança das argumentações, segue análise conjunta dos votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Os ministros julgaram procedente o pedido para conferir interpretação conforme ao art. 58 da Lei 6015/73, de modo a permitir a modificação de prenome e sexo perante o registro civil das pessoas naturais, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou qualquer outro procedimento médico ou diagnóstico. Na construção dos votos, fundamentam suas decisões nos

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Princípios de Yogyakarta, dentre eles, faz referência, especificamente, ao princípio 3 denominado: “Direito ao Reconhecimento Perante a Lei”, segundo o qual:

[...] a orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade, e nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero”. (BRASIL, STF, ADIN 4.275)

No mesmo sentido é o raciocínio construído pelo *amicus curiae* “Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros” ao invocar os Princípios de Yogyakarta para garantir o direito à redesignação jurídica da pessoa transexual perante o registro civil das pessoas naturais. A seguir transcrição de trecho da manifestação do *amicus curiae* “Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros”:

Deve-se frisar a inconsistência das decisões judiciais em submeter o reconhecimento da identidade de gênero à chancela dos diagnósticos das ciências *psi*, mormente porque se trata de direito adstrito à autodeterminação individual, a qual é promovida e tutelada pelos Princípios de Yogyakarta, tratado internacional de direitos humanos que veda a discriminação por gênero e sexualidade, da qual, inclusive, o Brasil é país signatário. (BRASIL, STF, ADIN 4.275).

Os votos revelam uma coincidência entre as argumentações construídas, e embora não haja uma expressa menção à manifestação do *amicus curiae*, nos votos em análise, é possível afirmar, neste tocante, que chegaram ao STF as vozes das pessoas que, de forma direta, sofreram os efeitos da decisão em comento, o que foi possível por meio das intervenções das instituições representativas dos interesses dessas pessoas, mais especificamente, o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, refletindo uma considerável medida de influência na tomada de decisão. Sob o ponto de vista da processualidade democrática, verifica-se que os votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, embora tenham reconhecido a pretensão inicial, não podem ser considerados legítimos sob o ponto de vista democrático. Tal afirmação decorre do fato de que a formação participada do mérito processual deve ser reflexo da exauriência argumentativa. Por isso, exige-se que as questões suscitadas por cada *amicus curiae* sejam pontualmente analisadas no âmbito da racionalidade crítica, devendo cada julgador justificar de forma juridicamente fundamentada porque acolheu ou deixou de acolher cada

um dos argumentos suscitados no âmbito processual, fato esse que não se verifica nos respectivos votos.

CONCLUSÃO

O estudo crítico da democraticidade do provimento final de mérito da ADIN 4275 passa diretamente pela possibilidade efetiva dos destinatários do conteúdo decisório terem a oportunidade de serem seus coautores. Para isso, torna-se relevante a exauriência argumentativa, referencial para a formação participada do mérito, que deve ser reflexo da observância dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Dessa forma, é necessário relativizar o protagonismo e a discricionariedade judicial, devendo o julgador analisar racionalmente cada ponto controverso suscitado pelos interessados, justificando de forma jurídica as razões de seu acolhimento ou não. O *amicus curiae* (amigo da corte) é um instituto que viabiliza a interlocução com os destinatários do provimento final, oportunizando-lhes o direito de participarem da formação do mérito processual. Tal participação somente se efetivará quando o julgador se debruçar na análise fundamentada de cada questão suscitada pelo *amicus curiae*, justificando seu acolhimento ou não no âmbito processual.

A teoria de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, proposta por Häberle, idealiza um processo aberto que permite a atuação não só dos poderes estatais e órgãos públicos, mas também dos cidadãos e dos grupos sociais. Desse modo, não há um elenco *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Em outras palavras, não é a hermenêutica constitucional um evento apenas e puramente estatal, pois todos os interessados podem potencialmente interpretar a Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal caminha no sentido de ampliar o âmbito de atuação dos que ingressam na condição de *amicus curiae*. Reconhece-se que a pluralidade de visões sobre o mesmo tema enriquece o debate e qualifica, necessariamente, a decisão judicial, promovendo a democracia e o diálogo social entre o Supremo e a coletividade. Na ADIN 4.275, dos seis pedidos de admissão, cinco foram deferidos, o que demonstra a abertura da Corte para democratização de debates. Embora não tenha havido uma expressa menção a esta ou àquela instituição representativa admitida a atuar como *amicus curiae*, constata-se do teor das manifestações uma receptividade às argumentações desenvolvidas e informações agregadas por meio das manifestações.

Importa salientar que a interlocução propiciada por meio das admissões dos *amici curiae* é característica de um constitucionalismo comprometido com a efetivação do Estado Democrático de Direito. A recente regulamentação do instituto pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) prevê o *amicus curiae* como o terceiro que, espontaneamente, a pedido da parte ou por provocação do órgão jurisdicional, intervém no processo para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão. No texto legal não se verifica disciplinamento no sentido de tornar obrigatória a manifestação do julgador acerca de eventual intervenção do *amicus curiae* no processo, embora a exauriência argumentativa é pressuposto da legitimidade democrática do provimento jurisdicional de mérito. Se os julgadores ignoram ou analisam superficialmente as alegações dos *amici curiae* há uma pseudoparticipação na formação do mérito processual. A garantia efetiva de democraticidade do provimento final exige que os julgadores se manifestem racionalmente sobre cada questão suscitada pelos *amici curiae*, justificando seu acolhimento ou não no âmbito processual.

A omissão legislativa no que tange a obrigatoriedade do julgador se manifestar sobre as alegações do *amicus curiae* dá azo a decisões autocráticas, fundadas na discricionariedade e no protagonismo judicial, visto que os *amici curiae* são utilizados para conferir uma aparente democraticidade, comprometida em virtude da ausência de dialogicidade construída a partir da exauriência argumentativa. Especificamente no caso da ADIN 4275 verifica-se que há uma coincidência de argumentação entre a manifestação dos *amici curiae* e a decisão contida em cada voto, mas, em nenhum momento, há ponderações do julgador acerca da contribuição levada ao processo pelo *amicus curiae*. Ou seja, de todos os votos analisados ao longo da presente pesquisa nenhum ministro se debruçou detidamente sobre cada ponto controverso alegado pelos *amici curiae*, limitando-se a uma abordagem genérica e apriorística. A formação pluralista do processo, e aqui se refere ao âmbito de controle concentrado de constitucionalidade, assim como proposto por Harbele, aperfeiçoa-se a partir de uma adequada regulamentação do procedimento a ser seguido pelo julgador ante a manifestação do *amicus curiae*, -poderoso instrumento para democratização do debate – mas deve ter os seus pareceres racionalmente analisados pelo julgador.

O caso em análise permite concluir que os *amici curiae*, admitidos a intervir no feito, agregaram conhecimento especializado, informações sobre direito internacional, dados históricos, estatísticos, apontamentos doutrinários e jurisprudenciais que, em

muito, contribuíram para construção dos votos dos ministros. Estavam alinhados com a argumentação no sentido de conferir uma interpretação conforme a constituição ao art. 58 da Lei 6015/73, de modo a permitir a redesignação jurídica da pessoa transexual, independente de cirurgia de transgenitalização. A decisão de mérito foi pela procedência do pedido inicial e, embora, não haja citação direta das manifestações dos *amici curiae*, foi possível detectar, nos votos dos ministros, eco das argumentações desenvolvidas pelas instituições intervenientes, muita das vezes de forma bastante evidente, como foi o caso das citações de organismos legais de origem estrangeira, tais como Princípio de Yogyakarta e a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Referidas constatações permitem verificar que as informações e conhecimentos agregados ao feito pelos *amici curiae* foram manejados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal como canais de comunicação com a sociedade e formação participada do mérito processual, vistas ao enriquecimento e exauriência argumentativa. A participação do *amicus curiae* no debate do mérito da ação direta de inconstitucionalidade é visto como um caminho viável para a democratização do debate acerca das questões levadas ao Supremo, uma vez que a legitimidade para o ajuizamento das ações de controle é muito limitado, haja vista o rol taxativo previsto no artigo 103 da Constituição Federal. A admissão do *amicus curiae* permite uma abertura dialógica no âmbito da jurisdição constitucional, democratizando o debate por meio da manifestação das diversas classes representativas, enriquecendo os argumentos, fornecendo subsídios para o aprimoramento das decisões.

Contudo, o sistema jurídico pátrio carece de uma integração normativa específica à legislação procedimental no tocante a atuação dos *amici curiae* e da postura a ser adotada pelos julgadores ante as argumentações por eles desenvolvidas, quer sejam escritas ou em tribuna. A presente pesquisa propõe a obrigatoriedade de os julgadores se manifestarem racionalmente sobre cada ponto suscitado pelo *amicus curiae*, de modo a tornar viável a formação participada do mérito processual, no âmbito da legitimidade democrática do provimento final. Dessa forma, valoriza-se todo o conhecimento científico e específico sobre a demanda, que ultrapassa a esfera de conhecimento e atuação dos juristas, já que são necessários para o aprimoramento das decisões no Estado Democrático de Direito. Por meio de pesquisas bibliográficas e documentais, construção de análises críticas, temáticas, teóricas e interpretativas conclui-se que as manifestações dos *amici curiae* no âmbito da ADIN 4275 influenciaram diretamente na decisão de mérito dos ministros, embora os

mesmos não tenham se debruçado quanto à análise racional de cada argumento suscitado em juízo. Mesmo assim, o provimento final de mérito foi construído de forma plural, legitimamente democrático, além de tornar viável a formação participada do mérito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Um Outro País Transformações no Direito, na Ética e na Agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4.275**. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe nº 45. 09 de marc. de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asptipoPesquisaDJAP&classe>. Acesso: 12 dez. 2018.

BRASIL. **Lei 9868 de 10 de novembro de 1999**. Disponível:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso: 12 dez. 2018.

BRASIL. **Lei 6015/73 de 31 de dezembro de 1973**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015..htm. Acesso: 12 dez. 2018.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.aspxservicoleislacaoRegimentoInterno>. Acesso: 12 jun. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. **MÉRITO PROCESSUAL – A formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19.ed. Salvador: JusPodivim, 2017.

DIRLEY JÚNIOR da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. 9. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Jus Podivim, 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae**: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NELSON, Nery Jr.; ABOUD Georges. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo ; Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

OMMATI, José Emilio Medauar. **Teoria da Constituição**. 7. ed. : Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4.ed.: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.