

DECISÃO-ÁLIBI: PROPOSTA TEÓRICA DE CONFIGURAÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL COMO MEIO SIMBÓLICO DE DEMONSTRAÇÃO DA CAPACIDADE DE AÇÃO DO ESTADO

Thiago Soares Pinheiro*

Álison José Maia Melo**

RESUMO: As Constituições, como instrumentos de reflexividade do próprio sistema jurídico, devem ser compreendidas como os principais filtros entre o subsistema jurídico os demais subsistemas sociais, numa relação nem sempre amistosa entre eles. O risco de colonização do sistema jurídico pelos demais gera situações de garantias de privilégios, e nesse processo prejudicial à construção da modernidade os agentes estatais são peças importantes, em especial os membros do Poder Judiciário. Diante de um cenário político-jurídico brasileiro no qual se intensificam as relações comunicativas entre Direito e Política, com destaque especial para a consagrada atuação do Poder Judiciário na solução de problemas políticos, discute-se a presença, como decorrência da própria constitucionalização simbólica inerente à Constituição de 1988, de decisões judiciais que seriam dotadas de forte teor simbólico e baixa força normativa. Trata-se de pesquisa dedutiva, adotando-se como referencial teórico as investigações de Canotilho (1994) e Neves (2016). Conclui-se pela possibilidade teórica de enquadramento de decisões judiciais como legislação simbólica em sentido puro, com função de álibi, ou seja, uma forma simbólica de demonstração da capacidade de ação do Estado, proferidas no âmbito do Judiciário pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Constitucionalização simbólica. Direito e política. Poder Judiciário. Decisão-álibi.

ALIBI DECISION: THEORETICAL PROPOSAL FOR THE CONFIGURATION OF THE JURISDICTIONAL PROVISION AS A SYMBOLIC MEANS OF DEMONSTRATION OF THE CAPACITY OF STATE ACTION

ABSTRACT: The Constitutions, as instruments of reflexivity of the legal system itself, must be understood as the main filters between the legal subsystem and the other social subsystems, in a relationship not always friendly between them. The risk of colonization of the legal system by the others generates situations of guarantees of privileges, and in this process prejudicial to the construction of modernity the state agents are important parts, especially the members of the Judiciary. In view of a Brazilian political-juridical scenario in which the communicative relations between Law and Politics are intensified, with particular emphasis on the established role of the Judiciary in solving political problems, the presence of the symbolic constitutionalisation inherent in Constitution of 1988, of judicial decisions that would be endowed with a strong symbolic content and low normative force. It is a deductive research, adopting as theoretical

129

* Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro. Pós Graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: thiagoosaresadv@outlook.com.br

** Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade 7 de Setembro (Fa7). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Analista de Regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (Arce). Professor universitário.

reference the investigations of Canotilho (1994) and Neves (2016). It concludes by the theoretical possibility of framing judicial decisions as purely symbolic legislation, with the function of alibi, that is, a symbolic form of demonstration of the state's capacity for action, rendered within the scope of the country's judiciary.

KEYWORDS: Constitutional Law. Symbolic constitution. Law and politics. Judicial power. Alibi decision.

1 INTRODUÇÃO

Vive-se em tempos nos quais o Poder Judiciário assume, cada vez mais, o protagonismo institucional no atual Estado Democrático de Direito. Questões fundamentais da sociedade, antes debatidas e decididas no âmbito dos Poderes Políticos do Estado — Executivo e Legislativo — passaram a ser decididas nos tribunais e, em muitas oportunidades, a discussão desses temas, mesmo ocorrendo no âmbito do Judiciário, acaba não perdendo o viés político.

Membros do Poder Judiciário passaram a ter sua atuação amplamente divulgada nos meios de comunicação, sendo, em alguns casos, tratados como verdadeiras celebridades. Figuras como Joaquim Barbosa e Sérgio Moro transcenderam sua posição de magistrados e passaram a representar, para muitos, a personificação da ética e do combate à corrupção, tornando-se verdadeiros formadores de opinião, mesmo que de maneira indireta. Ministros do STF são chamados à mídia não só para tratar de assuntos jurídicos, mas também para debater sobre política ou, até mesmo, para simplesmente serem os ilustres convidados de estreia de um novo *talk show*.

A ascensão institucional do Judiciário é um fato incontestado, mas certamente não é percebida de maneira uniforme pelos mais diversos segmentos da nossa sociedade, especialmente pelo meio jurídico. Há os que vangloriam esse fenômeno e há quem o condene. Correntes filosóficas se formaram em torno da questão, e o tema se tornou recorrente nos debates acadêmicos. Tais fatos falam por si: a atual conjuntura de centralidade do Poder Judiciário justifica o presente trabalho, que se propõe a colocar em discussão aspectos de parte das decisões judiciais proferidas nesse contexto.

O trabalho que se segue não busca avaliar os “prós e contras” da conjuntura posta. A questão a ser discutida é se seria possível afirmar que o Judiciário, diante de sua ascensão institucional e todas as decorrências desse fenômeno, acabou se utilizando, em certos momentos, de um viés simbólico em suas decisões. Esse é o objetivo geral do trabalho, certamente é seu cerne.

Para tal desiderato, analisa-se a teoria da constitucionalização simbólica proposta por Marcelo Neves (2016), de forma direcionada ao tema do estudo

que se inicia e desenvolver substratos teóricos à conceituação de uma decisão-álibi. A metodologia adotada é a dedutiva, através de pesquisa exploratória baseada em dados secundários e de natureza aplicada. Quanto aos procedimentos, adota-se precipuamente a pesquisa bibliográfica e documental.

Inicialmente analisa-se, com base na teoria do dirigismo constitucional desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho (1994), como um texto constitucional pode se afirmar como um instrumento de concretização do ideal do Estado Social, e como se dá a interação dessa teoria com nossa atual Constituição. Em seguida o simbolismo ascende ao debate. Num primeiro momento, a teoria da constitucionalização simbólica, formulada por Marcelo Neves, é sucintamente apresentada, dando-se destaque à função de álibi exercida pelos textos legais e constitucionais, bem como suas consequências práticas.

Num segundo momento, busca-se demonstrar a “viabilidade teórica” do trabalho: são expostos os fundamentos que permitem a identificação de uma decisão judicial simbólica com função de álibi, a qual se denomina decisão-álibi. Para isso, o velho debate acerca da interação entre direito e política é retomado, dando-se ênfase aos fatores jurídicos e extrajurídicos que potencializam a simbiose entre ambos, em especial a influência da opinião pública, que tendencialmente acaba por exercer maior pressão nos membros de nossa corte máxima em virtude dos critérios de ingresso de seus membros. Em arremate, são assentadas as circunstâncias de fato que possibilitariam a produção de uma decisão-álibi, bem como suas características essenciais.

131

2 A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DO ESTADO E O PARADOXO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição se apresenta, na atualidade, não só como fonte normativa máxima de um Estado, hierarquicamente superior às demais, mas também como instrumento de atuação desse mesmo Estado. A atual Constituição contempla um plano de ação estatal, em um roteiro para a concretização de um determinado projeto de Estado Social. Nossa atual constituição é grandemente influenciada pela teoria da constituição dirigente desenvolvida por Canotilho¹, especialmente no que tange à presença das chamadas normas constitucionais

¹ O jurista lusitano não só reconhece sua influência, como também demonstra sentir muito orgulho da incorporação de sua teoria à nossa atual constituição. É o que extrai do relato inicial contido no Texto 02 da Parte Primeira de sua obra (CANOTILHO, 2008).

programáticas, que como sua denominação dá a entender, são normas que traçam verdadeiros programas, delineando caminhos a serem seguidos pelos agentes condutores do Estado no exercício de suas funções.

Canotilho (1994, p. 477-478) buscou desenvolver uma teoria que legitimasse as bases da vinculação do legislador às finalidades expressas no texto constitucional, enveredando esforços para a superação do antigo dogma da plena discricionariedade do legislador. Propôs o conceito de constituição dirigente, que nada mais seria do que uma constituição que, entre suas normas, contivesse programas para o desenvolvimento da sociedade, afirmando não somente sua identidade e seus valores mais caros, mas principalmente traçando objetivos e apresentando a direção a ser seguida na condução do Estado e da Sociedade.

132 | Todo esse arcabouço de normas e programas seria oponível a todos, inclusive aos legisladores, que, através da edição das leis, deveriam criar os subtratados para sua concretização. Após estabelecer as premissas da investigação, ele afirma a necessidade de concepção de uma Teoria da Constituição constitucionalmente adequada, que não tenha seu objeto de estudo — qual seja, as relações entre o texto constitucional e a realidade que a cerca — tratado como algo fixo, inerte, sem dinamicidade (CANOTILHO, 1994, p. 154).

É justamente em sentido contrário que, segundo Canotilho (1994, p. 155-156), deve-se proceder à elaboração de uma Teoria da Constituição: devem ser consideradas todas as particularidades existentes — tempo, lugar, estrutura social, desenvolvimento econômico etc. — para que se possa conceber uma teoria da constituição constitucionalmente adequada:

[A] compreensão da constituição só ganha sentido teórico-prático quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país; [...] A destilação teórica de um arquétipo ahistórico, renovando o pensamento de uma constituição ideal, defronta-se inevitavelmente com os desvios resultantes da colocação do texto constitucional na lógica de situação. [...] Se a realidade não é uma ordem fixa e fechada, estabelecida uma vez por todas, também uma constituição democrático-republicana não se compadece com reduções unidimensionalmente integracionistas, antes se abre à polaridade do social (Schindler) e às contradições e antagonismos que determinam, na substância e no processo, a realidade ideal e material.

Nesse sentido e tendo em vista o fato de que as demandas do Estado Social têm condicionado a criação e reforma da grande maioria dos textos constitucionais nas últimas décadas, Canotilho (1994, p. 156), no decorrer de sua obra, afirma que “uma teoria da constituição constitucionalmente adequada tem de

corresponder às modernas exigências promocionais do direito, captando a lei constitucional na sua dimensão de instrumento de direção social”.

Em outras palavras, uma constituição não deve se resumir a regulação do processo legislativo, limitando-se a impor regras procedimentais à conversão dos resultados das deliberações políticas em comandos normativos voltados para a coletividade, mas também condicionar, materialmente, todo esse processo. Sendo assim, uma constituição, para que fosse reconhecida como legítima, deveria necessariamente prever no bojo dos seus dispositivos, além de limitações ao poder de ingerência do Estado sobre a vida dos cidadãos, imposições de deveres relacionados à prestação de serviços públicos que garantissem aos indivíduos a concretização do mínimo existencial, disponibilizando, ainda, mecanismos através dos quais os cidadãos pudessem, em face de eventuais violações a esses direitos, persegui-los administrativa e judicialmente. Na precisa lição de Streck (2014, p. 84), “Há uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do indivíduo”.

A constituição dirigente se apresenta como instrumento hábil a concretizar a ideologia do Estado Social. Ela transforma-se em programa normativo do Estado e da Sociedade, ampliando o rol de tarefas daquele perante a coletividade e incorporando fins econômico-sociais ao seu desenvolvimento. Houve, com a construção da ideia de um Estado do Bem-Estar Social, uma alteração substancial no papel desempenhado pelas constituições. Isso porque ao eleger um leque de direitos como integrantes de um núcleo essencial, e ao determinar sua concretização através de ações positivas do Estado, o constituinte originário acaba, reflexamente, por estabelecer também os rumos da sociedade, elegendo programas de governo que deverão nortear a condução do Estado pelos governantes, bem como acaba por fixar as diretrizes para o convívio social entre os cidadãos.

Nessa toada, passa-se da visão de constituição como garantia do *status quo* econômico e social para a visão de constituição como conjunto de normas que expressam a identidade de uma ordem político-social e do seu processo de realização². Tem-se, assim, a defesa da supremacia qualificada da Constituição, pois agora localizada numa posição de superioridade em relação aos três

²Canotilho (1994, p. 102), ao desenvolver a teoria de Richard Baulim, sintetiza a ideia nos seguintes termos: “A constituição, hoje, concebe-se ao serviço da democratização do Estado e da sociedade, devendo ser entendida como uma ordem fundamental e um programa de ação através da qual a sociedade se constitui em unidade socioeconômica e política. Concretamente, a constituição: (1) formula

Poderes do Estado, e não somente às leis, representando, assim, além de limitações ao exercício daqueles Poderes, a direção a ser seguida na condução da sociedade.

Canotilho (1994, p. 171) alerta ainda que, além do programa, também os fins econômico-sociais devem ser submetidos à análise de compatibilidade perante o texto constitucional. A elaboração desse programa normativo, nesse sentido, estaria fora do âmbito de competência do legislador ordinário, sendo a constituição o parâmetro de validade a ser adotado:

[...] compreende-se que seja indiscutido o requisito da conformidade constitucional dos fins do plano, quer no que respeita à definição dos seus fins e objetivos (subordinação do plano às normas-fim e normas-tarefas dirigentes estabelecidas na lei fundamental) quer no que se relaciona com a observância e concretização dos direitos fundamentais (conformidade do plano com os direitos fundamentais). Isto pretende tornar claro que a medida jurídico-constitucional para a actividade planificante é incompatível com a ideia de planificação concebida como actividade de governo ou como acto de direcção política, livre da constituição.

134 | Todavia, a repercussão do conceito de constituição dirigente em muitos diplomas constitucionais não livrou a teoria de críticas, especialmente sob o aspecto da eficácia das normas programáticas de uma constituição dirigente, bem como da centralidade dada ao texto constitucional no estabelecimento dos programas do Estado e da sociedade em detrimento das outras modalidades de conformação social. Há, porém, outras críticas à Teoria da Constituição Dirigente de Canotilho e, especialmente para o Direito brasileiro, críticos do dirigismo constitucional afirmam que a proposta teórica, ao não dar a devida importância à eficácia das normas programáticas de uma constituição dirigente, acabou por ignorar a coexistência, no interior do Estado, de uma constituição formal — promulgada ou outorgada — e uma constituição real, que seria aquela efetivamente reconhecida e aplicada no meio social.

As críticas procedem em parte. Canotilho (1994, p. 204-205) reconhece a existência de situações nas quais os ditames constitucionais não são cumpridos, desenvolvendo a ideia de “situação constitucional imperfeita”. Essa ideia se assemelharia a uma “omissão legislativa de grau médio”, que, não obstante negue à constituição plena eficácia, não se apresenta como uma omissão in-

os fins sociais globais mais significativos; (2) fixa determinados limites às tarefas da comunidade; (3) ordena os princípios fundamentais das determinações processuais para o processo de vida política (direito organizatório).”.

constitucional. Em suas palavras, “[t]endo como assente a liberdade de conformação do legislador, a demora deste em actualizar a constituição pode originar, primeiro, uma situação constitucional imperfeita e, posteriormente, uma verdadeira inconstitucionalidade por omissão”.

Contudo, há de se reconhecer que a abordagem ao tema, nessa obra em específico, se dá de forma bem sucinta, sem grande aprofundamento, fato esse que se justifica pelo seu direcionamento, pois busca-se precipuamente estabelecer parâmetros de atuação para o legislador ordinário. Também não é possível extrair dessa obra, em específico, qualquer referência à dualidade de regimes jurídicos no interior de um Estado.

Mas há outros estudiosos que se debruçaram sobre a temática, contribuindo para sua compreensão, entre os quais merece destaque a análise feita por Comparato (2013). Ao analisar a República e a Democracia vivenciadas no Brasil, após apresentar um histórico dessas forma e regime de governo, ele conclui pela coexistência, já desde a outorga de constituição de 1824, de um ordenamento jurídico oficial e um “não-oficial”, fenômeno ao qual nomeou de “o Direito e o Averso”. Ao tratar da duplicidade dos regimes jurídicos nacionais, Comparato faz alusão ao conto *O Espelho*, de Machado de Assis, no qual o interlocutor defende a existência de duas almas em cada ser humano: uma que olha de dentro pra fora, e outra que olha de fora pra dentro.

Em posse dessa ideia de duplicidade, ele afirma que “[...] em cada país há um direito oficial publicado, e há também um direito não oficial, encoberto aos olhares do exterior, e que regula os fatos atinentes à vida por assim dizer íntima da nação.” (COMPARATO, 2013, p. 354). O Brasil, como é de se intuir, não seria exceção à regra. De acordo com sua análise, já no início de nossa história como país independente, houve a existência concomitante de uma ordem jurídica oficial e outra real. A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 seria um exemplo dessa dualidade, já que, não obstante houvesse em nossas terras um regime de trabalho escravo, previa em seu art. 179, inciso XIII, que “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um” (BRASIL, 1824, online).

Outros exemplos históricos são elencados pelo autor, e a ideia de dualidade permanece. Sua tese para o surgimento desse fenômeno seria a origem heterônoma das nossas primeiras legislações, que foram transplantadas de Portugal, ou seja, não foram resultado do processo político local. Naturalmente, sendo tais ordenações elaboradas por portugueses e voltadas à regulação da

sociedade portuguesa, havia muitos pontos de incompatibilidade quando sua aplicação era direcionada à sociedade colonial brasileira. Nesse contexto, as Ordenações do Reino sofriam, ao “adentrar” em território nacional, um processo de adaptação *sui generis*, no qual os próprios aplicadores condicionavam sua aplicação às particularidades — e interesses — locais, mesmo estando subordinados ao comando da coroa portuguesa.

Comparato (2013, p. 357), sintetizando esse fenômeno, afirma ter prevalecido no Brasil a “máxima difundida em toda a Hispanoamérica: *las Ordenanzas del Rey Nuestro Señor se acátan pero no se cúmplen*”. Essa dualidade de regimes jurídicos estaria presente em nossa sociedade até os dias de hoje, na vigência da constituição cidadã de 1988, e sobre esse ponto as palavras do autor são duras:

Se lançarmos os olhos para o Brasil, haveremos de reconhecer, sem maior esforço de análise, que as Constituições aqui promulgadas apresentam-se, invariavelmente, quando vistas pela alma exterior de que falava o narrador de ‘O Espelho’, como indumentárias de gala, exibidas com orgulho aos estrangeiros em comprovação de nosso caráter civilizado. São vestes litúrgicas, envergadas por doutores e magistrados nas cerimônias do culto oficial. Para o dia a dia doméstico, contudo, preferimos, como é natural, usar trajes mais simples e cômodos. (COMPARATO, 2013, p. 355).

Por tudo isso, conclui o jurista pela coexistência, no interior das sociedades atuais, de uma constituição formal e de uma constituição real, havendo entre elas uma constante e ininterrupta relação dialética, na qual nenhuma consegue anular a outra, havendo, todavia, sempre a prevalência de uma. A Constituição formal seria nada mais do que o documento que elenca as normas fundamentais de uma Sociedade, produto da vontade política inauguradora de uma nova ordem jurídica — poder constituinte originário — que contém os valores elevados à categoria de essenciais e também as direções a serem seguidas na condução do Estado. “A constituição formal volta-se para o futuro e pretende sempre inaugurar uma nova ordem política” (COMPARATO, 2013, p. 248).

Já a constituição real se referiria não a um programa para o futuro, mas ao reflexo de uma realidade, composta pela tradição, pelos costumes, pela forma através da qual se organizam e se estruturam as relações de poder numa sociedade. Corresponde não aos valores elevados à categoria de essenciais, mas aos valores efetivamente observados nas mais diversas relações desenvolvidas no âmbito social. Na lição de Comparato (2013, p. 248), “A constituição real funda-se no passado e opõe resistência a toda a mudança”.

Essa dualidade entre direito oficial e direito não oficial, e a relação dialética existente entre as constituições formais e reais, serve de pano de fundo ao desenvolvimento da ideia de simbolismo no âmbito do ordenamento jurídico³ de um país.

3 O SIMBOLISMO NO ÂMBITO DAS LEIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

A ideia de simbolismo aplicada às leis e constituições é fruto da contribuição teórica de Marcelo Neves, que obteve o mérito de aprofundar a análise da coexistência, no interior de uma sociedade, de uma constituição formalmente reconhecida como diploma político-normativo superior, e um processo de concretização de suas normas que, muitas vezes, se mostra falacioso⁴.

Neves (2016, p. 23), antes de desenvolver a teoria da constitucionalização simbólica, buscou estabelecer suas premissas básicas, cuidando, para tanto, de fixar desde logo o sentido semântico da expressão “simbólico”, que viria a ser utilizada posteriormente para se referir ao simbolismo no âmbito da legislação e da constituição:

[...] quando se afirma que um plexo de ação tem a função simbólica, instrumental ou expressiva, quer-se referir à predominância de uma dessas variáveis, nunca de sua exclusividade. Assim, ‘legislação simbólica’ aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental. (NEVES, 2016, p. 23)

137

Percebe-se então que o simbolismo de uma lei ou de uma constituição seria representado pela predominância da função político-instrumental sobre sua função jurídico-normativa. Há, contudo, outros aspectos a serem observados. Ao estabelecer a utilização do termo “simbólico” em sua teoria, Neves acaba por reforçar uma das mais recorrentes críticas ao positivismo jurídico, qual seja, a de que a análise dos textos legais e constitucionais, quando feita exclusivamente sob os prismas da instrumentalidade ou da normatividade, não seria meio hábil à compreensão da totalidade do fenômeno jurídico. Um texto normativo nem sempre desempenhará, unicamente, as funções regulatórias ou de estabilização das expectativas, e fatores políticos e sociológicos devem ser

³ Será desenvolvida, adiante, a ideia de que o simbolismo não possui repercussões apenas no âmbito do ordenamento jurídico, mas também nas decisões judiciais.

⁴ Importa destacar nesse ponto que a adjetivação ora exposta não é feita de forma expressa por Marcelo Neves, que não se utiliza de tais artifícios para simplificar sua teoria. A responsabilidade pela utilização dessa expressão é exclusivamente nossa.

considerados ao se proceder a análise do direito e, especificamente, da legislação vigente numa sociedade. Nesse sentido, conclui:

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, à finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (NEVES, 2016, p. 30).

Com o conceito de legislação simbólica acima, Neves estabelece então a diferenciação entre as funções desempenhadas pelas legislações simbólicas: confirmação de valores sociais, demonstração da capacidade de ação do Estado e postergação da solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios. Destaca-se entre elas a função de *álibi*, de demonstração da capacidade de ação do Estado. A legislação *álibi* seria um meio através do qual o Estado, por intermédio do poder legislativo, demonstraria à população sua sensibilidade em relação às contingências sociais mais prementes, buscando, através da edição de novos diplomas legais, dar uma satisfação à sociedade, manifestando sua capacidade de ação em prol do atendimento dessas demandas.

138 Tais diplomas legais, todavia, não se prestam à concretização de seus comandos. Na verdade, o que Neves (2016, p. 39) observa é que sua finalidade última não é a incidência de suas normas no meio social, ou seja, não se busca, através desses diplomas, a satisfação das expectativas dos indivíduos componentes da sociedade ou a resolução das contingências então postas. Trata-se de mecanismo de apaziguamento dos ânimos, uma forma de dar à coletividade a sensação de que o Estado está atuando em seu favor, muito embora sua atuação não repercuta de forma efetiva na realidade:

A legislação-*álibi* decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. [...] A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto [...] a resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas.

Neves (2016, p. 40) não atribui a existência de legislações-*álibi* necessariamente à má-fé do legislador. Pelo contrário, entende o jurista que, diante da velocidade das transformações do mundo atual, “ilusão e auto ilusão tornam-se indiferenciáveis, de tal maneira que líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas”. Todavia, reconhece

que a produção de legislações-álibi possui efeitos favoráveis aos líderes políticos quando utilizadas com certa moderação, pois, como já afirmado, acabam por apaziguar, pelo menos em parte, os ânimos da coletividade. Mas em contextos nos quais há elevada utilização de diplomas legais dessa natureza, a tendência, segundo o autor, é de que haja um descrédito no sistema jurídico como um todo, deixando o direito de exercer sua função de garantidor das expectativas normativas.

O que se percebe é que, no processo de produção de tais diplomas legais, a análise sobre sua aptidão em efetivamente contribuir para a resolução da problemática posta é relegada ao segundo plano. Em um primeiro momento, Neves tratou do simbolismo no âmbito das legislações infraconstitucionais. Assentadas as bases de sua teoria, passa-se à sua aplicação no âmbito das constituições, para o desenvolvimento da teoria da constitucionalização simbólica, que possui um sentido positivo e um negativo. No entanto, faz-se necessário discutir o processo de concretização das normas constitucionais, considerando tanto os aspectos linguísticos do texto como também os dados reais observados no âmbito de sua incidência.

Com base na metódica estruturante de Friedrich Müller, Neves (2016, p. 84) elucida que os aspectos linguísticos compõem o **programa normativo**, ao passo que os dados reais compõem o **âmbito normativo**. Somente em posse dos dados do programa e do âmbito normativo é que seria possível identificar com clareza a estrutura da norma que se pretende concretizar no meio social. Ao revés, caso se pretenda dar concretude a uma norma constitucional submetendo-a apenas a um processo de interpretação de seu texto — que levaria em consideração apenas seu programa normativo — tal empreitada seria fadada ao fracasso. “[A] concretização da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à ‘interpretação aplicadora’ do texto normativo”.

Esse entendimento é reforçado diante do fato de que, mesmo quando considerado somente o aspecto da interpretação do seu texto, atuam em concomitância diversos agentes, grupos e órgãos estatais (NEVES, 2016, p. 85). A pluralidade de intérpretes representaria justamente a multiplicidade de interesses existentes no âmbito de incidência da Constituição, que nas palavras do autor, constituiria a “esfera pública pluralística”:

Quanto maior é a complexidade social, tornam-se mais intensas as divergências entre as expectativas em torno do texto constitucional e varia mais amplamente o seu significado no âmbito da interpretação e aplicação. (NEVES, 2016, p. 90).

Dessa forma, para que o processo de concretização de uma norma constitucional possa ser exitoso, é fundamental que, juntamente ao programa normativo, considere-se a atuação de todos os que compõem a esfera pública pluralística, especialmente no que se refere ao processo interpretativo. Ao programa normativo acresce-se o âmbito normativo para que se possa proceder com êxito à concretização das normas constitucionais. Nesse sentido, assevera Neves (2016, p. 87):

Somente sob as condições de uma unidade de interesse e concepção do mundo, as questões constitucionais perderiam sua relevância semântico-pragmática, para se tornarem primariamente questões sintáticas, orientadas pelas regras da dedução lógica e subsunção. Mas tal situação é seguramente incompatível com a complexidade da sociedade moderna.

Além disso, Neves (2016, p. 89-90) sustenta a relativização da supremacia hierárquica da Constituição em relação às demais fontes normativas, fundamentando-se na relação entre linguagem e metalinguagem existente no âmbito de uma Constituição:

[...] embora o texto constitucional atue como metalinguagem em relação à ‘concretização constitucional’, as decisões interpretativas da Constituição representam metalinguagem com respeito ao texto constitucional (linguagem-objeto). Se se atenta para a característica do texto constitucional de ser simultaneamente metalinguagem e linguagem-objeto com relação à linguagem concretizadora, então se pode, sob o ponto de vista semiótico, compreender [...] a insustentabilidade da concepção tradicional da supremacia hierárquica da Constituição.

A advertência tem por finalidade a afirmação de que “o procedimento constituinte é apenas um dos processos de filtragem para a vigência jurídica das expectativas normativo-constitucionais” (NEVES, 2016, p. 90). Em outras palavras, o constituinte — originário ou derivado — não é o único responsável por incorporar, ao processo de concretização da Constituição, as expectativas existentes no meio social. Diante da complexidade da sociedade atual, nem todas as expectativas são abraçadas pelo texto constitucional, nem por isso elas devam ser ignoradas. Sua incorporação, nesse sentido, deverá ocorrer através do processo de concretização da Constituição, já que essas expectativas integram o âmbito normativo.

Localizada a problemática, o sentido negativo da constitucionalização simbólica se reporta à hipótese de insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional. Ao primeiro olhar, tal hipótese daria a entender que se trata de mera situação na qual o texto constitucional não possui significativa eficácia. Todavia, não é esse o sentido dado pelo autor à questão. Na

verdade, o ponto nodal da constitucionalização em sentido negativo não reside na divergência existente entre os comandos normativos constitucionais e os comportamentos efetivamente observados no meio social. A questão é mais profunda e envolve “uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição” (NEVES, 2016, p. 92). Em outras palavras, a Constituição deixa de exercer, de forma predominante no interior da sociedade, o papel de conformador das expectativas individuais e coletivas. Nesse cenário, ascende uma forma paralela de influência que, eventualmente, pode se converter em um poder de fato, paralelo ao Poder do Estado:

[...] no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do ‘mundo da vida’, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código ‘lícito/ilícito’ sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais. (NEVES, 2016, p. 93).

O sentido positivo da constitucionalização simbólica é sua característica essencial, e consiste na sobreposição da função jurídico-normativa pela função político-ideológica da atividade constituinte e do texto constitucional. Não se trata simplesmente de uma Constituição exercer, juntamente à função jurídico-normativa, a função político-ideológica: todas as Constituições exercem — ou deveriam exercer — essas duas funções. Há uma intensa interação entre elas, de sorte que “a distinção entre ‘Constituição normativa’ e ‘Constituição simbólica’⁵ é relativa, tratando-se ‘antes de dois pontos extremos de uma escala do que de uma dicotomia’” (NEVES, 2016, p. 95).

Seguindo o raciocínio, o sentido positivo do simbolismo no processo de concretização constitucional na verdade exacerba nada mais do que sua função ideológica. Não se confundem nesse ponto a função ideológica e o dirigismo constitucional defendido por Canotilho: neste o texto constitucional propõe meios de mudança social através de suas normas, ao passo que naquela há uma representação ilusória do âmbito normativo, “[...] servindo antes para imuni-

⁵ Para o autor, Constituição normativa seria aquela na qual a função jurídico-normativa se sobrepõe à função política-ideológica, ao passo que uma Constituição simbólica seria aquela na qual predomina a função política-ideológica. Em suas palavras: “o elemento de distinção é também a hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais” (NEVES, 2016, p. 96).

zar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas [...] mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais” (NEVES, 2016, p. 98).

Há de se ter em mente, contudo, que o simbolismo no âmbito de uma Constituição não se refere à mera existência de dispositivos constitucionais com teor simbólico — seja pelo seu sentido negativo, seja pelo positivo. O simbolismo deve ser qualificado e estar presente nos dispositivos que compõem o núcleo essencial de uma Constituição, que corresponde às decisões políticas fundamentais. Os institutos abrangidos pelo núcleo essencial de uma Constituição, quando atingidos pelo simbolismo, “são deturpados na práxis do processo concretizador, principalmente com respeito à generalização, à medida que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política” (NEVES, 2016, p. 101).

Dessa forma, para que se possa configurar uma situação fática de constitucionalização simbólica, esse simbolismo deve ser estrutural. Em posse dessa noção, bem como das funções exercidas pelos textos normativos simbólicos e dos sentidos nos quais o simbolismo se manifesta, volta-se o olhar para outra forma de manifestação do fenômeno simbólico: as decisões judiciais.

Para que se possam lançar os fundamentos teóricos de caracterização dessa modalidade de manifestação do simbolismo, é recomendável voltarmos o olhar também para a ascensão institucional do Judiciário observada no Brasil no final do século XX e início do século XXI, bem como as principais nuances desse fenômeno. Há entre a ascensão do Judiciário e o simbolismo nas decisões judiciais quase que uma relação de causa-consequência, de forma que não se mostra plausível tratar de um ignorando-se o outro. A relação entre Direito e Política merece uma revisita.

4 DIREITO E POLÍTICA: DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DE SEPARAÇÃO À CONCEPÇÃO REAL DE INTERDEPENDÊNCIA

De um ponto de vista evolutivo, a interação entre Direito e Política passa, num primeiro momento, da defesa de sua total separação, para a evidenciação de que ambos são componentes de uma mesma engrenagem, de modo que o mau funcionamento de um acaba por prejudicar o funcionamento do outro. Barroso (2012, p. 363-409), ao tratar do assunto, aponta como características essenciais da política a soberania popular e o princípio majoritário, ao passo

que entende serem as características essenciais do fenômeno jurídico o primado da lei e o respeito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a política seria o “domínio da vontade”, e o direito o “domínio da razão”.

Divide-se a temática da relação entre direito e política em dois planos: o da criação e o da aplicação do direito. No plano da criação é quase que intuitiva a relação de interdependência entre direito e política, já que aquele é um produto deste. Todos os diplomas normativos, notadamente as leis e a constituição de um país, são produzidos mediante um processo de deliberação política que, em tese, reflete a vontade das maiorias, pois fruto de um processo legislativo ou constituinte que deve representar a concretização da soberania popular. Insta destacar, ainda, que esse mesmo processo de deliberação política é condicionado pelo direito, fato esse que torna incontestes a relação de interdependência entre ambos no plano da criação.

A questão se mostra tormentosa quando vista sob o prisma da aplicação, pois se vislumbra a superação da visão separatista para uma visão de necessária interação. A visão apartada do direito em relação à política representa resquícios do tradicionalismo e formalismo que dominaram a cultura jurídica até a primeira metade do século XX, visão essa que encarava o direito como algo completo, autossuficiente, que prescindia da análise de fatores sociais para sua compreensão. Buscava-se sem maiores reflexões a aplicação, no âmbito do direito, de conceitos científicos como o da neutralidade, ignorando-se o fato de que seu objeto de estudo era um produto das relações humanas, ao contrário do que ocorre nas ciências naturais.

Em virtude da crença acerca da completude do direito, somada à desconsideração dos fatores sociais, os julgadores eram vistos como meros aplicadores dos textos normativos. A decisão judicial era fruto de um processo mecânico de subsunção do fato à norma, desconsiderando-se nesse processo de aplicação os valores que fundamentam a norma, os interesses das partes a serem buscados no caso concreto e as finalidades sociais da atuação estatal. No âmbito da teoria da constituição, estabeleceu-se, a partir do modelo de repartição de competências do texto constitucional, uma diferenciação entre as funções clássicas em Poderes, recebendo a qualificação de políticos somente os Poderes Executivo e Legislativo. Essa distinção tem como fundamento principal a razão democrática, pois no Brasil os dirigentes desses Poderes são eleitos por voto popular, através de um processo eleitoral, ao contrário do que ocorre com o Judiciário, cujo ingresso via de regra se dá por concurso público.

A soma de todos esses fatores — crença acerca da completude do direito, da neutralidade do intérprete ou julgador, e o modo de ingresso nas carreiras jurídicas — deu ao Judiciário uma característica de poder técnico. Nas palavras de Barroso (2012, p. 381), “[d]esempenharia, assim, uma função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto, e não uma atividade criativa, suscetível de influência política.”. Arremata afirmando que a cultura jurídica se utilizou de dois instrumentos para “blindar a atuação judicial da influência imprópria da política”: a independência do Judiciário e a vinculação ao direito.

Em breves palavras, a independência do Poder Judiciário seria um resultado direto do modo através do qual se dá o ingresso de agentes públicos nas carreiras jurídicas, aliado às garantias institucionais dos magistrados — vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio —, cuja finalidade precípua é justamente reduzir as interferências de outras esferas de poder em sua atuação, em especial interferências políticas e econômicas. Já a vinculação ao direito seria resultado direto da crença acerca de sua completude, bem como da neutralidade de seus agentes, especialmente dos magistrados. Isso porque sua atuação está condicionada à Constituição e às leis, de forma que os “órgãos judiciais [...] não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador” (BARROSO, 2012, p. 382).

Essa visão apartada do Direito em relação à Política deixava muitas tensões sem resposta e com o passar do tempo constatou-se que Direito e Política estão em constante e ininterrupta relação, influenciando-se um ao outro tanto no plano da criação do direito quanto da sua aplicação. Não se trata de uma mera opção hermenêutica de análise da temática, tampouco de uma concepção ideológica sem qualquer respaldo fático. Há razões de toda ordem que fundamentam essa assertiva. Barroso elenca fundamentos relacionados tanto à teoria do direito e sua interpretação — às quais denomina-se de fatores jurídicos — quanto às circunstâncias particulares dos juízes e tribunais — às quais denomina-se de fatores extrajurídicos.

No que tange aos fatores jurídicos, o principal aspecto a ser considerado é a abertura da linguagem dos textos normativos, especialmente os constitucionais. A atual Constituição da República Federativa do Brasil albergou direitos sociais prestacionais em face do Estado, direitos fundamentais que visam a garantir a todos o chamado mínimo existencial. Esse leque de direitos objetiva,

em última análise, assegurar a todos condições mínimas de uma vida digna, como o direito à saúde, educação, moradia, ao trabalho remunerado, inclusive mediante serviços públicos de qualidade.

Ocorre que, em muitas passagens do texto constitucional, o constituinte se utiliza de cláusulas abertas, que possuem uma natural indeterminação em seu significado quando analisado abstratamente. Expressões como “dignidade da pessoa humana”, “valor social do trabalho” e “função social” dão ao intérprete infinitas possibilidades de aplicação, abrindo-se as portas do Judiciário para o ingresso de demandas que objetivem a aplicação dessas cláusulas abertas aos fatos da vida levados à apreciação dos julgadores. Não se pode perder de vista que o Judiciário é uma instituição que age mediante provocação. Nas oportunidades nas quais as demandas levadas ao Judiciário se fundamentam juridicamente em cláusulas abertas, pode não haver uma resposta pronta na legislação ou na constituição, o que impõe ao julgador, além da habitual análise casuística, certa criatividade decisória. Barroso (2012, p. 387) conclui que “na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito de sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete”.

Os “desacordos morais razoáveis” nada mais são do que um reflexo da sociedade pluralista e diversificada na qual estamos inseridos na atualidade. Trata-se de situações de controvérsia acerca de um determinado tema, que dão origem a linhas de pensamento divergentes no interior da sociedade. Tais linhas de pensamento divergentes possuem respaldo no programa normativo vigente. Em outras palavras, as interpretações dos fatos da vida envolvidos no contexto de um desacordo moral razoável são igualmente passíveis de defesa sob o aspecto jurídico⁶. Vejam-se as questões de bioética, liberdade religiosa, liberdade de manifestação. Há uma íntima relação entre os desacordos morais razoáveis e a abertura da linguagem dos textos normativos, já que aqueles se potencializam diante de cláusulas normativas abertas.

Ademais, a escolha dos métodos de interpretação dos textos normativos, em especial da Constituição, em muitos casos se dá não só por questões atinentes ao direito, mas também por razões de ordem política. As situações nas quais o julgador se vê obrigado a buscar os fundamentos do provimento jurisdicional fora do âmbito normativo já foram postas: são aquelas nas quais as

⁶ Percebe-se que essa ideia é muito similar à ideia desenvolvida por Neves ao tratar da “esfera pública pluralística”, que seria justamente a coexistência, no interior da sociedade, de interesses diversos, muitas vezes conflitantes, acerca de uma determinada matéria.

demandas se fundam em cláusulas abertas. Nelas, ao buscar fundamentos extrajurídicos para a decisão, podem os julgadores proceder de maneiras bem distintas, interpretando os textos normativos de forma mais ampliativa — conjugando-os a elementos políticos — ou mais restritiva — prestando maior deferência ao legislador.

Essa conjugação dos textos normativos com elementos extrajurídicos de caráter político tendencialmente ocorre com maior frequência e intensidade no âmbito dos tribunais de superposição, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), cujos membros são diretamente escolhidos pelo Presidente da República, e nomeados após a chancela do Senado. Por se tratar se uma escolha eminentemente política — já que os critérios objetivos para a escolha se resumem à idade e à nacionalidade — os julgadores da nossa Suprema Corte naturalmente acabam sendo mais suscetíveis a influência dos fatores de ordem política, bem como da opinião pública.

Não raro, um mesmo julgador se utiliza de métodos interpretativos diversos, a depender do caso que venha a sua apreciação. Isso ocorre nos casos em que o magistrado já decide a lide antes mesmo do desenrolar do processo, se utilizando do método interpretativo que melhor servirá à fundamentação de sua decisão. Nessas situações, a decisão funda-se não no raciocínio jurídico, mas nos seus resultados práticos ou nas próprias convicções pessoais do juiz. Esse método de tomada de decisão, prossegue Barroso (2012, p. 390), se fundamenta no pragmatismo jurídico, que tem como um de seus elementos essenciais o consequencialismo. Eis suas palavras sobre o tema:

Para essa concepção, as consequências e os resultados práticos das decisões judiciais, assim em relação ao caso concreto como ao sistema como um todo, devem ser o fator decisivo na atuação dos juízes e tribunais. O pragmatismo jurídico afasta-se do debate filosófico em geral, seja moral ou político [...] e se alinha a um empreendimento teórico distinto, cuja indagação central é: como os juízes devem decidir?

Os fatores extrajurídicos podem influenciar o julgador em sua atuação ao realizar sua função precípua: prover jurisdição. Não é de hoje a constatação de que as decisões judiciais muitas vezes refletem as preferências pessoais dos juízes, ou que são influenciadas de forma decisiva por outros fatores extrajurídicos. Barroso, analisando as influências políticas em um julgamento especificamente sob o prisma das circunstâncias pessoais dos juízes — fatores extrajurídicos — arrola cinco elementos: valores e ideologia do juiz; interação com outros atores políticos e institucionais; perspectiva de cumprimento efetivo da

decisão; circunstâncias internas dos órgãos colegiados e opinião pública. Ao que interessa ao trabalho que se desenvolve, volta-se o olhar exclusivamente à questão da opinião pública.

Ao tratar da influência da opinião pública sobre as decisões judiciais, Barroso (2012, p. 405) afirma de maneira categórica que o poder exercido por juízes e tribunais, a exemplo dos demais poderes do Estado, “é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade”. As leis utilizadas pelo Judiciário na apreciação de conflitos sob o binômio lícito / ilícito representam, em tese, as expectativas estabilizadas do povo. Dessa forma, pode-se afirmar que ao Judiciário cabe proferir decisões que alcancem a legitimidade social, sempre que não houver dúvidas quanto à clareza do comando normativo aplicável, mediante a aplicação da suposta vontade popular abstratamente captada pelas leis. É nesse sentido que Barroso afirma que o Judiciário deve contas à sociedade.

Todavia, nos casos em que há uma pluralidade de interpretações igualmente legítimas acerca de uma determinada matéria, nas quais o julgador deve valer-se de fatores extrajurídicos para a fundamentação de sua decisão, estará posta a situação na qual a opinião pública poderá influenciar de forma decisiva a decisão a ser proferida, já que nesses casos o dever de prestar contas à sociedade não deixa de existir. Novelino (2015, p. 244), ao tratar da influência da opinião pública sobre a atuação do STF, apresenta uma abordagem descritiva sobre a temática, assentando que não somente a decisão pode ser influenciada, mas também outros aspectos, como o tempo de tramitação do processo ou a concessão de liminares. Aduz também que a identificação dessa modalidade de influência não é tarefa fácil, tampouco meramente intuitiva, sendo comum a confusão entre “uma vontade popular profunda” e “uma paixão momentânea decorrente de algum acontecimento de grande repercussão social ou induzida por alguns grupos de pressão”.

Sem embargo às dificuldades de identificação da opinião pública efetivamente prevalecente, o autor apresenta de forma objetiva as hipóteses de influência da opinião pública no STF, podendo ser indiretas e diretas, sem qualquer relação apriorística de exclusão entre elas.

As influências indiretas ocorreriam nas hipóteses em que, no contexto da querela judicial, há uma natural convergência entre a opinião pública e a linha decisória adotada pela corte constitucional. Nesses casos, a decisão proferida não tem o condão de se alinhar ao anseio popular: já havia um prévio compar-tilhamento de valores e preferências entre o órgão julgador e a opinião pública.

Sobre esse ponto, Novelino (2015, p. 256) enfatiza que não se pode perder de vista que os ministros do STF são, antes de tudo, integrantes da sociedade, de modo que estão igualmente sujeitos à evolução dos valores sociais, ausente uma necessária relação de causa e consequência entre a opinião pública e o viés decisório adotado pelo STF nas matérias envoltas em grande repercussão social. Nesse sentido, a influência poderia ocorrer de forma indireta, afinal, “os valores e as convicções dos juízes também se transformam ao longo do tempo”.

Por sua vez, as influências diretas se refeririam às hipóteses em que predominaria nos ministros a busca pela legitimidade popular através das decisões proferidas, no intuito de defender interesses pessoais ou institucionais. No que tange aos interesses pessoais, enfatiza-se que “os juízes também gostam de ser respeitados e admirados”, a exemplo da grande maioria dos indivíduos. Dessa forma, em certos contextos pode o magistrado, ao proceder à apreciação de uma lide, optar por privilegiar as consequências práticas da decisão, para que venham a corresponder à opinião pública. Outra consequência que pode influenciar o viés decisório de um ministro do STF é a aceitação de sua fundamentação pela comunidade jurídica.

Em relação aos interesses institucionais da corte suprema, argumenta-se que em muitas ocasiões os ministros manifestam uma nítida preocupação com o prestígio institucional do STF, especialmente diante do atual contexto de crise em outras instituições democráticas, a exemplo do que ocorre com o Poder Legislativo federal⁷. Nesse sentido, os ministros acabam levando em consideração a opinião pública dominante sobre o tema em apreciação, no intuito de dar à sua decisão um maior grau de aceitação, assegurando, dentro do possível, sua fiel execução.

O apoio popular ao STF pode ser específico, quando voltado para uma decisão em particular, ou difuso, quando voltado ao próprio órgão em si. Nesse

⁷ Nessas situações, há uma transferência de poder para o Judiciário em detrimento dos poderes políticos - Legislativo e Executivo Trata-se do tão debatido fenômeno da judicialização da política. Barroso (2012, p. 367-368) discorre com muita propriedade sobre suas principais causas: “A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais [...] A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas decisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.”.

último caso, representaria algo similar a uma “reserva de boa vontade” da coletividade para com a corte suprema, servindo como margem de tolerância para os momentos nos quais suas decisões forem contrárias à opinião pública momentânea. Sintetizando a questão, Novelino (2015, p. 260) afirma que:

A importância do apoio do público para a preservação do poder institucional tende a inibir a adoção de comportamentos constantemente distantes dos pontos de vista majoritários sobre questões fundamentais. A história tem mostrado que podem ocorrer reações indesejadas quando as decisões judiciais se afastam muito daquilo que a sociedade está disposta a tolerar.

Seriam mais suscetíveis de influência por parte da opinião pública os ministros com posição ideologicamente mais moderada acerca do tema posto em deliberação. Nas lides com maior repercussão social, via de regra também as mais complexas, os ministros com posição ideologicamente mais extremada seriam menos suscetíveis à influência das massas — ou de uma minoria qualificada — já que a tendência natural seria justamente a de manter sua convicção pessoal sobre a matéria, buscando fundamentos jurídicos e extrajurídicos para legitimar sua decisão. Ao revés, aqueles com posição mais moderada sobre o tema tenderiam a dar maior importância aos dois polos argumentativos envolvidos na questão, estando, dessa forma, mais suscetíveis à influência da opinião pública.

Somadas às variáveis subjetivas, há ainda as objetivas, que se referem basicamente a dois fatores: as características da controvérsia judicial e o grau de determinação dos elementos fáticos e jurídicos do caso em análise. Sobre a primeira, são maiores as probabilidades de influência da opinião pública em demandas que possuam grande repercussão na sociedade. Sobre a segunda, são maiores as chances de a opinião pública influenciar a atuação dos ministros em questões de maior indeterminação jurídica sobre o tema.

Em sede conclusiva, o que se extrai de todo esse arcabouço de relações e influências recíprocas entre o Direito e a Política, dos aspectos jurídicos e extrajurídicos dessa simbiose, é que, mesmo em situações nas quais os textos normativos não contenham o provimento jurisdicional pronto e acabado, ainda sim sua influência no processo decisório é inegável, já que os argumentos extrajurídicos trazidos à decisão deverão necessariamente passar pelo crivo normativo das leis e, principalmente, da Constituição. Na lição de Barroso (2012, p. 409):

Vale dizer: a atuação judicial é limitada pelas possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento, pelo tipo de argumentação jurídica utilizável e pelo controle de razoabilidade e de racionalidade que restringem as influências extrajudiciais de natureza ideológica ou estratégica. Mas não as inibem inteiramente. Reconhecer isso não diminui o direito, mas antes permite que ele se relacione com a política de maneira transparente, e não escamoteada.

É nesse contexto de decisão judicial em demandas que envolvem desacordos morais razoáveis e da inafastável relação entre Direito e Política na elaboração das decisões, notadamente no STF, adotando os julgadores tanto critérios jurídicos quanto políticos e percebendo a importância da opinião pública cada vez mais presente nos casos de judicialização de políticas públicas, que se insere a possibilidade de ocorrência da decisão-álibi.

5 A DECISÃO-ÁLIBI: CONCEITO E FINALIDADE

Observou-se como aspectos políticos podem influenciar a aplicação das normas constitucionais, e como a ideia de simbolismo está presente nesse processo. A política não influencia somente a criação das normas jurídicas, mas também, em muitas oportunidades, o modo através do qual um magistrado decidirá sobre um determinado tema, ou seja, sua aplicação. Há inúmeros fatores que contribuem para que um juiz traga elementos extrajudiciais para a fundamentação de sua decisão. Através da adoção de métodos interpretativos ampliativos do texto constitucional, cada vez mais é possível observar que a atuação da nossa corte suprema vem atribuindo a alguns dispositivos da Constituição sentidos até então não reconhecidos pela jurisprudência pretérita. Trata-se de uma das consequências da ascensão institucional do Judiciário, que veio acompanhada da transferência de parte do debate político ao âmbito dos tribunais, em especial do STF.

Ocorre que todo esse processo acabou causando algo de novo, de certa forma inesperado: a produção de decisões judiciais que não foram feitas para serem eficazes e que, mesmo se cumpridas, não incidiriam sobre os fatos da vida envoltos na lide. Não se trata de uma mera questão de eficácia, pois a finalidade dessas decisões é justamente essa. É o que se passa a denominar de decisão judicial simbólica. Conforme o que foi assentado anteriormente, o simbolismo no âmbito da legislação aponta para o predomínio superlativo das funções político-ideológicas sobre as funções jurídico-normativas, estas últimas, suas funções por assim dizer naturais. Dessa forma, para que uma decisão ju-

dicial possa ser encarada como simbólica, há de se identificar em sua fundamentação um arcabouço argumentativo muito mais voltado a questões político-ideológicas do que jurídico-normativas. Mas não apenas isso.

Na verdade, uma decisão judicial simbólica deve necessariamente exercer umas das três funções exercidas pelas legislações simbólicas, quais sejam: a de confirmar valores sociais de determinados grupos (em regra majoritários), de servir como álibi da atuação estatal ou de estabelecer um compromisso dilatatório. Trataremos aqui do caso mais frequente, que é o das decisões que exercem a função de álibi, as quais chamaremos de decisões-álibi.

De acordo com o que já fora exposto, uma legislação-álibi tem o condão de dar à coletividade a sensação de que o Estado, através do Legislativo, estava atento às demandas sociais mais latentes e apresentou uma resposta a elas, sem qualquer pretensão ou compromisso de que essa resposta venha a ser aplicada. Busca-se, com a elaboração de leis, um apaziguamento dos ânimos coletivos que eventualmente se mostrem contrários à forma através da qual o Estado está lidando com determinado fato social, dando à população a sensação de que “algo está sendo feito”. Revisitando a obra de Neves (2016, p. 39), afirma o autor, sobre o contexto no qual uma lei-álibi é produzida, que:

Em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, em regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado.

O tratamento dado às decisões-álibi deve ser o mesmo. Sua prolação ocorre em contextos nos quais há uma considerável comoção popular sobre um determinado tema, exigindo do Estado a adoção de medidas concretas no intuito de superar o evento-crise. Soma-se a isso a já mencionada questão da transferência de parte do debate político para o âmbito dos tribunais: o jurisdicionado, em muitas oportunidades, prefere bater às portas do Judiciário em vez de buscar a solução da situação de crise pelas vias ordinárias da política. Ainda em continuidade ao contexto de criação de uma decisão-álibi, impende destacar a questão de urgência da medida a ser adotada pelo Estado: o processo político não costuma dar respostas rápidas à sociedade. Diante disso, configura-se mais uma força motivadora para a criação de decisões judiciais com essa característica.

Nesse ponto é natural que surja um questionamento: como atribuir às decisões judiciais a função de álibi se o Judiciário constitui-se essencialmente como aplicador do direito, e não como seu criador? A resposta se mostra quase que intuitiva ao se considerar o que acabou de ser exposto — ascensão institucional do Judiciário atrelada à transferência de parte das discussões políticas para o âmbito dos tribunais, bem como a perda de confiança da coletividade nos meios políticos ordinários de atuação do Estado. Diante disso, é perfeitamente plausível que, em temas de grande relevância, os tribunais, em especial o STF, se utilizem de suas decisões para, em certos momentos, afirmar que o Estado está atento às demandas sociais.

Parafraseando Neves (2016, p. 39), quando trata das legislações-álibi, é possível afirmar que essas decisões destinam-se “a criar a imagem de um Estado que responde [...] aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas”. Trata-se de um mecanismo utilizado para aumentar o capital institucional do órgão julgador, na medida em que busca a aceitação popular do viés decisório adotado, sendo secundária a preocupação com sua efetiva contribuição para a solução da crise instalada. A decisão-álibi é naturalmente proferida pelos tribunais de superposição, em especial o STF, e em casos de grande repercussão social. Para que a função simbólica de álibi possa ser atribuída a uma decisão judicial, os efeitos dessa decisão não devem se restringir somente às partes do processo. Sem essa amplitude de efeitos, não se verifica o simbolismo da decisão.

Percebe-se nesse ponto uma atuação estratégica dos julgadores no tribunal, pois os fundamentos de uma decisão-álibi apresentam uma íntima preocupação com a aceitação popular de suas razões. A avaliação sobre a capacidade do comando decisório efetivamente contribuir para a resolução da situação controvertida é relegada ao segundo plano. A influência da opinião pública sobre as decisões judiciais surge novamente em cena. As hipóteses que fazem surgir essa modalidade de decisão são as mesmas que impõem ao julgador a busca por fundamentos extrajurídicos: aquelas cujo conflito envolve desacordos morais razoáveis. Tais hipóteses, como visto, possuem íntima relação com a abertura dos textos normativos, especialmente os constitucionais, repletos de comandos principiológicos.

Dada a dinamicidade das relações sociais vivenciadas especialmente a partir do final do século XX, talvez não seja de todo correto afirmar que, ao

proferir decisões com o viés simbólico de álibi, o órgão julgador esteja necessariamente atuando de forma estratégica no intuito de aumentar seu capital institucional, ou que sua atuação possua exclusivamente o condão de apaziguar os ânimos sociais, relegando-se ao segundo plano a aptidão do comando decisório de efetivamente incidir de forma determinante na resolução do conflito. Nesse ponto, valem as duas advertências feitas quando se tratou das legislações-álibi. Em primeiro lugar, é perfeitamente possível que o julgador seja levado a crer que sua decisão seja a melhor opção — ou a única aceitável — à resolução do caso em apreciação, sem se atentar para o seu simbolismo. Em segundo lugar, não se pode ignorar que a utilização desse viés decisório pode ser benéfica ao órgão julgador e ao Judiciário no que se refere ao capital institucional e à satisfação social perante o Estado.

Em sede conclusiva, as circunstâncias fáticas que impulsionam o processo de criação de uma decisão-álibi são as seguintes: a existência de um desacordo moral razoável sobre um determinado fato ou tema; a existência de relevante comoção social acerca desse fato ou tema motivador do desacordo moral razoável, comoção essa apta a configurar uma situação de crise; urgência na adoção, por parte do Estado, de ações voltadas à solução da crise instalada; busca por uma solução jurídica para a crise, em detrimento de soluções produzidas no âmbito dos poderes políticos. Das características dessa modalidade de decisão, destacam-se as seguintes: proferida pelos tribunais de superposição, em especial, pelo STF; fruto ou de uma atuação estratégica do tribunal, ou de uma atuação inconscientemente influenciada por simbolismo; função de apaziguamento social diante de uma situação de crise motivada por um desacordo moral razoável; predominância da função político-ideológica sobre a função jurídico-normativa, sem que as circunstâncias fáticas geradoras da crise sejam atacadas; efeitos *ultra partes*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ascensão institucional do Poder Judiciário é um fato inegável. Sua centralidade no cenário político nacional é o resultado de fatores alheios à vontade dos seus componentes, ou seja, transcende questões meramente ideológicas dos magistrados. Fatores como a atual realidade política, a crise de representatividade dos Poderes Políticos — Executivo e Legislativo — e as atribuições e prerrogativas concedidas pelo constituinte originário ao Supremo Tribunal Federal, são determinantes para a efetiva compreensão desse processo.

Nesse contexto, tem-se observado que, em muitas oportunidades, nossas cortes superiores se utilizam de mecanismos interpretativos ampliativos, que ora integram ao texto novos sentidos, até então ignorados — ou sequer imaginados — ora expandem suas próprias prerrogativas, como nos casos em que os efeitos de suas decisões são modulados. Trata-se de uma atuação propositiva, por certo.

O que se pode constatar é que, em muitas oportunidades, nossos Tribunais de superposição, em especial o Supremo Tribunal Federal, acabaram por incorporar à sua linha decisória um viés simbólico — na acepção dada ao termo por Marcelo Neves. Por mais que, numa primeira leitura, possa ser difícil vislumbrar a possibilidade de uma decisão judicial ser carregada de simbolismo, percebe-se que, diante da já mencionada centralidade do Judiciário no debate político nacional, essa incorporação se mostra não somente possível, mas de certa forma até esperada.

154 | Isso porque, ao decidir de maneira propositiva, o julgador acaba por se colocar numa posição de fragilidade no que diz respeito à possibilidade de ser influenciado por interpretações simbólicas da realidade e dos fatos que permeiam a demanda. Some-se a isso a influência — ou verdadeira pressão, em determinados casos — exercida pela opinião pública, por intermédio dos meios de comunicação em massa, nos julgadores — lembrando que muitas vezes a relação se dá no sentido contrário — principalmente nos casos de grande repercussão social.

Frequentemente se observa uma atuação estratégica do órgão julgador, em especial do STF, que muitas vezes pauta seu viés decisório para convergir com o entendimento predominante no meio social. Há pontos, nesse aspecto, que merecem uma reflexão por parte da comunidade jurídica. O fato é que o poder de conformação do entendimento predominante num comando jurídico não possui limites objetivos. Superada a barreira daqueles que são legitimados a levar a questão às nossas cortes de superposição, em especial ao STF, os limites a esse poder decisório são por demais abstratos, já que o Supremo é, ao mesmo tempo, o guardião / intérprete final da Constituição e o órgão hierarquicamente superior do Judiciário. Diante disso e de suas prerrogativas, que acabaram por se transmutar em verdadeiro poder de fato, cabe precipuamente ao STF dizer o que é a Constituição. Utilizando-se do raciocínio de Marmelstein (2015, online), há uma crença na conformidade constitucional das decisões preferidas por essa corte.

Cumprir destacar que esse poder de conformação exercido por nossa corte máxima se potencializa justamente nos contextos em que há, sobre o tema controverso, um desacordo moral razoável. “Nessa zona de razoabilidade, qualquer decisão que o STF tomar, seja em que direção for, será tratada como obrigatória” (MARMESLSTEIN, 2015, online). Dessa forma, a argumentação jurídica passa a exercer a função de destaque no atual cenário, em especial quando consideramos decisões simbólicas com função de álibi.

Através da utilização de argumentos jurídicos conscientemente (co)ordenados para a defesa de um fim previamente planejado, cada vez mais se observam decisões que são fruto de preocupações com as repercussões sociais dos seus dispositivos, em detrimento da fundamentação utilizada. A argumentação jurídica, nesse sentido, seria algo similar ao acessório do seu principal, o dispositivo decisional.

Marmelstein (2015, online), ainda sobre a temática, pondera que não há nenhuma teoria da interpretação que tenha o condão de impedir que eventuais abusos ocorram, já que, num contexto de desacordo moral razoável, no qual as interpretações dadas ao fato são igualmente defensáveis sob o aspecto jurídico, é a individualidade do julgador e sua predisposição de buscar a convergência do seu comando decisório com o entendimento predominante que prevalecerão. Nesse sentido, aduz que “a argumentação é uma espécie de ‘vitrine’ da decisão ou então uma ‘embalagem’ artificialmente construída, em que aquilo que é apresentado ao público nem sempre corresponde ao que está sendo oferecido”. Eis o contexto que enseja a produção de decisões-álibi.

Nessa conjunção de fatores, muitas vezes a avaliação da aptidão do comando decisório efetivamente influenciar de forma decisiva na resolução da controvérsia pode ser relegada ao segundo plano, constituindo-se a decisão, em essência, num instrumento de demonstração de que o Estado, por intermédio do Judiciário, está atento e agindo em prol da coletividade, exercendo precipuamente a função político-ideológica de apaziguamento social.

Em arremate: a) considerando que ainda vivenciamos, no Estado Brasileiro, o paradigma do Estado Social, paradigma esse que impõe ao Estado uma atuação positiva no sentido de atender as demandas sociais constitucionalmente legitimadas; b) considerando a existência, no seio de nossa sociedade, da incidência de normas respaldadas tanto na constituição formal, quanto numa constituição real, fato esse que denota a presença de normas simbólicas no texto vigente; c) considerando todos os substratos teóricos desenvolvidos a fim

de possibilitar a identificação de uma decisão-álibi, em especial o papel de conformador das expectativas sociais exercido pelo Poder Judiciário, precipuamente pelo STF; conclui-se pela viabilidade teórica da afirmação acerca da existência de decisões simbólicas, com função de álibi, proferidas no âmbito do Judiciário pátrio, decisões essas que se apresentam como uma forma simbólica de demonstração da capacidade de ação do Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Império do Brasil, 1824. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 7 maio 2017.

CANOTILHO, José J. G. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COMPARATO, Fábio K. **Rumo à justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMELSTEIN, George. A autoridade do STF e a astúcia jurídica: ou de como a argumentação jurídica pode ser uma farsa. **Direitos Fundamentais**. Fortaleza, 06 dez. 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/12/06/a-autoridade-do-stf-e-a-astucia-juridica/>>. Acesso em: 07 maio 2017.

MELLO, Patrícia P. C. Comportamento ideológico e estratégico no supremo tribunal federal. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 273-310.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 243-271.

STRECK, Lenio L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O PROCESSO DE ALTERAÇÃO DO SEXO JURÍDICO DE TRANSEXUAIS NO REGISTRO CIVIL

Gabriela Martins da Costa*

Ulisses Levy Silvério dos Reis**

RESUMO: O trabalho buscou analisar a situação jurídica de transexuais em razão da ausência de lei específica no país para regular as alterações de sexo no registro civil. O fato de não haver essa lei deixa nas mãos de magistrados o destino jurídico dessas pessoas. Ante esse quadro, questionou-se: os critérios adotados pelos juízes para conceder ou não as alterações de sexo no registro civil respeitam o princípio da autonomia da vontade? A análise do trabalho partiu da explanação de pesquisa bibliográfica e documental em relação aos transexuais e as determinações do saber médico, além de uma reflexão a respeito dos entendimentos contrários à alteração do sexo jurídico de pessoas transexuais, suas concepções pessoais e como isso afeta negativamente os princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Posteriormente, se fez um levantamento jurisprudencial dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo sobre a alteração do sexo jurídico não condicionada à prévia realização da cirurgia de transgenitalização, o que permitiu refletir empiricamente sobre o assunto. Constatou-se a importância de uma lei específica para regular as alterações no registro civil das pessoas transexuais de modo a adequá-las a sua nova realidade. A pesquisa justifica-se por esse debate ser atual, interdisciplinar e principalmente pela necessidade do Direito em acompanhar as novas demandas sociais.

PALAVRAS-CHAVES: Transexualidade. Gênero. Alteração de sexo. Jurisprudência. Autonomia da vontade.

THE PRINCIPLE OF THE AUTONOMY OF THE WILL AND THE PROCESS OF CHANGING THE LEGAL GENDER IN THE CIVIL REGISTRATION

ABSTRACT: This study aimed to analyze transsexual people's juridical situation once there is not specific law in the country to regulate sex change in the civil registration. Due to the fact there is not such law, transsexual people's destiny is up to magistrates. Given this situation, we question: do the criteria adopted by judges whether to concede sex change or not respect the principle of autonomy of will? Analysis of this work started by a biographic and documental explanation related to transsexuals and medical knowledge determinations, besides a reflection about opposing understandings to transsexual people legal gender changing, their personal conceptions and how it negatively affects constitutional principles, mainly the dignity of the human being. Then, we have proceeded with a juridical survey of the Courts of Justice of Rio Grande do Sul and of São Paulo about the changing of the legal gender not conditioned to previous sex reassignment surgery, which allowed us to reflect empirically on this subject. It was found the importance of a specific law to regulate the changing in the civil registration of transsexual people in a way to adequate them to their new reality. This study is justified because the debate is

* Advogada militante (OAB/CE). Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar. E-mail: mcosta.gabriela@gmail.com

** Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Professor assistente da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). E-mail: ulisses.reis@ufersa.edu.br

current, interdisciplinary and mainly for the necessity of the Law to follow the new social demands.

KEYWORDS: Transsexuality. Gender. Sex change. Case law. Autonomy of will.

1 INTRODUÇÃO

O tema identidade de gênero vem ganhando cada vez mais espaço nos debates públicos, pois sua discussão é interdisciplinar e necessária. Contudo, as mudanças esperadas no campo legislativo brasileiro ainda não aconteceram, e o direito, como uma ferramenta de adequação social, vive um momento de impasse, considerando que a Constituição Federal, ao assegurar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito¹, deixa a regulação da situação jurídica de pessoas transexuais ao livre convencimento dos juízes. E em razão da ausência de lei específica que estabeleça normas para as alterações necessárias nos registros civis, há uma lacuna para a insegurança jurídica decorrente de tantas decisões controvertidas. O Legislativo acaba por “fechar os olhos” para a enorme quantidade de questões judicializadas, principalmente no tocante ao ponto mais controverso deste debate que é a alteração do sexo nos registros civis, tendo em vista o descaso dado aos projetos de leis que visam solucionar esse conflito. Enquanto isso, os tribunais do país seguem cheios de decisões que ferem vários princípios constitucionais, como o da autonomia da vontade, da liberdade, intimidade e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o presente artigo pretende, a partir do estudo da jurisprudência mais atual (a partir de 2015) dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e de São Paulo (TJSP), analisar se a ausência de lei específica tem ferido esses princípios, uma vez que, por conta da lacuna, fica a critério dos magistrados decidir o destino daqueles que se socorrem do judiciário, principalmente no que diz respeito à condição estabelecida entre realização ou não de uma cirurgia de redesignação sexual para que seja concedido o direito à alteração do sexo no registro civil.

A Lei de Registros Públicos², ao tratar das possíveis alterações nesses assentos, traz meramente algumas possibilidades para a alteração do nome e do prenome,³ mas nada fala sobre a alteração do sexo. Segundo

¹ Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

² Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017.

³ Arts. 56, 57 e 58 da Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973.

a referida lei, é declarado o sexo⁴ (biológico) da criança no nascimento, e é esse o que constará no registro civil, não dispondo a norma de qualquer possibilidade de mudança futura, dando a entender que o sexo é imutável, atrelando o sexo à genitália do indivíduo, e ressaltando a possibilidade de alteração nos casos de erro. Mas ainda que o sexo biológico seja imutável, e não é essa discussão biológica pretendida nesse trabalho, o sexo no registro civil é uma ficção jurídica, por isso se pretende a mudança do sexo/gênero, uma vez que a decisão da/o magistrada/o na realidade não traz efeitos na área biológica das pessoas transexuais; pelo contrário, primeiro ocorrem as mudanças no corpo e a transição entre os gêneros para depois se buscar as alterações de nome e sexo no registro civil a fim de que que essas correspondam à nova identidade de gênero percebida pelas/os transexuais.

Dada essa ausência de lei específica regulando as relações jurídicas de pessoas transexuais se trava uma batalha principiológica na jurisprudência dos tribunais do país, em especial nas dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo, que foram analisadas mais detalhadamente por possuírem um maior número de decisões sobre essa matéria e por isso se adequarem como objeto da pesquisa. Serão abordados os principais embates encontrados nos votos dos acórdãos, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da autonomia da vontade, princípio da intimidade/privacidade e princípio da verdade real dos registros públicos.

Importante ressaltar que, em que pese não existir lei específica, existem enunciados⁵ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho da Justiça Federal (CJF) que abordam o tema. Também tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.002/2013⁶ (Lei da Identidade de Gênero ou Lei João Nery) que dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei n. 6.015/1973, sem previsão de votação, assim como outros projetos sobre a mesma matéria.

⁴ Art. 55, § 2º, da Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973.

⁵ Enunciados 42 e 43 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2017.

⁶ Projeto de autoria dos deputados Jean Wyllys (PSOL- RJ) e Erika Kokay (PT- DF). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

Fazendo um tabelamento dos dados levantados a respeito do entendimento dos tribunais, ou seja, da jurisprudência dos tribunais do Rio Grande do Sul e de São Paulo, no período de 2015 até o presente momento (abril de 2017) por entender que seja a jurisprudência mais atual desses julgados, se pretende analisar as decisões/votos dos desembargadores e como eles fundamentam seus votos com o fato de não existirem normas na Lei dos Registros Públicos ou em uma outra lei específica que vise atender o pedido de transexuais para que seja alterado o sexo jurídico em seu registro civil, adequando-o à sua nova realidade, bem como, através desses entendimentos, refletir acerca da problemática evidenciada acima.

Na primeira sessão, será abordada uma reflexão acerca da relação entre pessoas transexuais e o saber médico, e de que forma ela influencia nas decisões jurídicas já que não são reguladas por uma lei específica. Nas seguintes, serão pontuadas as jurisprudências dos dois tribunais objetos desta pesquisa, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo, como elas se direcionam e de que forma repercutem o entendimento desses tribunais. Também serão analisados os fundamentos dos votos contrários à alteração do sexo jurídico sem a prévia realização de cirurgia de transgenitalização. Adiante, serão apresentados os principais choques entre os princípios apontados como fundamentação das decisões de magistrados a respeito da alteração de sexo no registro civil de transexuais. Por último, uma análise sobre o Projeto de Lei da Identidade de Gênero n. 5.002 (Lei João Nery) e sua importância, sob o aspecto regulamentar da alteração de registros civis de transexuais no Brasil.

2 TRANSEXUAIS SEGUNDO O SABER MÉDICO

De acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM), na Resolução 1.955/2010⁷, transexual é o “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou autoextermínio”. Essa resolução imputa aos transexuais carregar o estigma da patologia além de estabelecer critérios⁸ para que se possa chegar ao conceito de transexual no caso concreto, tais como: (i) o desconforto com o sexo anatô-

⁷ Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017.

⁸ Art. 3º da Resolução n. 1.955 de 2010 do CFM.

mico natural; (ii) o desejo expresso de eliminar os genitais e de perder as características primárias e secundárias do sexo natural e ganhar as do sexo oposto; (iii) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; e (iv) a ausência de transtornos mentais.

O Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais (DSM IV) tratava a transexualidade como um Transtorno de Identidade de Gênero⁹, que, além de ser considerado transtorno mental, era relacionado ao Feitichismo e outros transtornos sexuais. Hoje, o Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais (DSM V)¹⁰ elenca vários conceitos, entre eles o de gênero, que seria utilizado para denotar os papéis públicos e sociais do que seria homem ou mulher, e Disforia de Gênero, que seria “o descontentamento afetivo/cognitivo de um indivíduo com o gênero designado, embora seja definida mais especificamente quando utilizada como categoria diagnóstica”.¹¹

Segundo o DSM V, transexual é o indivíduo que busca ou que passa por uma transição social de masculino para feminino ou o contrário, “o que, em muitos casos (mas não em todos), envolve também uma transição somática por tratamento hormonal e cirurgia genital (cirurgia de redesignação sexual)”.¹² Frise-se o parêntese dado pelo Manual de que não é em todos os casos que se dá essa transição a partir de cirurgia e tratamento hormonal.

A Disforia de gênero seria, então, o sofrimento que acompanha a contradição entre o gênero experimentado ou expresso pela/o transexual e o gênero biológico dessa pessoa. A mudança de termos para designar a transexualidade no DSM V é apontada por destacar a Disforia como um problema clínico, e não como identidade por si própria, além de ser um termo mais descritivo, tendo em vista o rol de conceitos distintos que o manual elenca, além de retirar a carga semântica que trazia o termo “transtorno”. Essa mudança também ocorreu na resolução do CFM: antes o art. 3º trazia a informação “ausência de outros transtornos mentais”; hoje, o artigo só fala em ausência de transtornos mentais.

⁹ DSM IV — Manual de Diagnóstico e Estatísticas dos Transtornos Mentais IV. Disponível em: <http://www.psiquiatriageral.com.br/dsm4/sub_index.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

¹⁰ DSM V - Manual de Diagnóstico e Estatísticas dos Transtornos Mentais V. Disponível em: <<http://blogdapsicologia.com.br/unimar/wp-content/uploads/2015/12/248320024-Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

¹¹ DSM V - Manual de Diagnóstico e Estatísticas dos Transtornos Mentais V. (p. 495). O capítulo de Disforia de gênero ainda aponta outros conceitos, como identidade de gênero, transgênero, transexual e intersexo.

¹² DSM V. Op. Cit. p. 495.

Segundo Berenice Bento¹³, “transexualismo” é o nome oficial para definir aqueles que vivem uma contradição entre corpo e subjetividade. Aponta ainda a autora, conforme verificado em sua pesquisa de campo¹⁴, que a transexualidade¹⁵ mostra-se de uma forma plural, pois as interpretações e construções de sentidos para esses conflitos entre o corpo e a subjetividade dos sujeitos vão muito além do que é especificado pelo Conselho Federal de Medicina ou trazido pelos conceitos antigos das literaturas da Psiquiatria de Robert Stoller e da Medicina de Harry Benjamin¹⁶.

Ainda de acordo com Bento, a contradição entre o sexo psicológico e o sexo biológico, que está estampado¹⁷ no corpo de uma pessoa transexual, é subjetiva e transpassa os conceitos médicos e psiquiátricos, de forma que buscar por um tratamento hormonal ou submeter-se a uma cirurgia completamente invasiva de transgenitalização deve ser entendido como produto dessa subjetividade e não como elemento para classificar as pessoas como sendo transexuais ou não. A mesma autora, ao analisar a subjetividade de pessoas transexuais, constatou que a afirmação de ser transexual parte de um sentimento de pertencer a outro gênero; por isso, para muitos transexuais, a transformação do corpo

¹³ BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual.** — Rio de Janeiro: Garamond. 2006, p.44.

¹⁴ Berenice Bento realizou uma pesquisa de campo com transexuais no Brasil e na Espanha, tema de seu doutorado defendido em 2003 e publicado como livro em 2006, na qual observou a pluralidade nas constituições de sujeitos transexuais, ressaltando a questão da subjetividade de cada um e como há uma disparidade entre a vivência transexual e o saber médico que as/os reduzem a um rol taxativo de sentimentos e vontades.

¹⁵ Termo mais adequado, pois o sufixo “ismo” denota de patologização do sujeito, contrário ao pensamento da maioria dos doutrinadores estudados, a saber: Berenice Bento, Clarindo Epaminondas de Sá Neto, Judith Butler, e com os quais alinhado meu pensamento.

¹⁶ Psicanalista e Endocrinologista, respectivamente, que definiram critérios para se diagnosticar o verdadeiro transexual. Robert Stoller aponta que a essência do transexual é a sua mãe, uma mulher com inveja dos homens e desejo de ser homem e que ao ter um filho homem iria transferir para ele esse desejo e assim evitando que nascesse o complexo de Édipo. Já para Harry Benjamin, a cirurgia de mudança de sexo seria a única alternativa terapêutica possível para os transexuais. É dele que vem a maioria do entendimento médico em relação aos critérios para se estabelecer quem é ou não um/a transexual de verdade. BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual.** — Rio de Janeiro: Garamond. 2006, p. 137 — 153.

¹⁷ Para Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Yara Maria Pereira Gurgel, a visibilidade para as pessoas transexuais é obrigatória e se encontra tatuada nos seus corpos como a cor da pele, que não se pode ocultar.

por meios que não necessariamente estejam ligados à cirurgia de transgenitalização já é suficiente para garantir-lhes o sentido de identidade que é buscado.¹⁸

Esses conceitos são importantes para entender o quanto essa subjetividade pode ser diferente e como isso pode impactar cada sujeito que, segundo a resolução n. 1.955 do CFM, seria padronizado em um rol específico para se considerado “um/a transexual de verdade”, não respeitando as particularidades íntimas de cada um. Esse rol de requisitos também acaba por se chocar com o princípio da autonomia da vontade, pois estipula características que deveriam ser seguidas para, só então, poder provar essa transexualidade.

3 AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Os tribunais do país divergem sobre a alteração do sexo no registro civil, como já foi explanado brevemente na introdução. Há, inclusive, entendimentos controvertidos em um mesmo tribunal, como é o caso das cortes a seguir analisadas. Essa situação enseja o debate acerca da (in)segurança jurídica a que estão submetidos os que aguardam por decisões baseadas nas convicções pessoais e subjetividades de quem julga.

É interessante apontar que, com base nas análises realizadas, se percebe uma mudança de entendimento por parte dos desembargadores no decorrer dos anos. Também se percebe uma “troca de lados” em relação às partes que inter põem as apelações buscando a reforma das sentenças que foram julgadas procedentes ou improcedentes no que concerne aos pedidos de alteração de sexo/gênero de transexuais. Em tempo, as referidas mudanças de entendimento também se verificam nas sentenças de primeira instância.

3.1 O cenário brasileiro

Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal (STF), reconhecida a repercussão geral, o Recurso Extraordinário (RE) 670,422¹⁹, proposto em 2012, o qual analisa a possibilidade de alteração de gênero no assento de re-

¹⁸ BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual.** — Rio de Janeiro: Garamond. 2006, p. 44 - 45.

¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 670422, Relator: Min. Dias Tóffoli. Entrada no STF 26/01/2012 e esperando julgamento até a data desse acesso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

gistro civil de transexuais sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Também se espera do STF o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275²⁰, proposta em 2009, e que visa a interpretação conforme à Constituição do art. 58²¹ da Lei 6.015/1973, reconhecendo o direito das/dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independente da cirurgia de transgenitalização. Mas, dada as datas em que foram propostas e que ainda hoje não houve decisões a respeito, percebe-se que não há um interesse em resolver essa celeuma.

Cabe ressaltar que, apesar da ausência de lei específica para tratar do caso em comento, o CNJ publicou quarenta e cinco enunciados na I Jornada de Direito da Saúde em 2014; dentre eles, dois dizem respeito às alterações de registro de transexuais. Os enunciados 42²² e 43²³ estabelecem a possibilidade da retificação do nome e do sexo jurídico, respectivamente, no registro civil sem a necessidade da realização da cirurgia de transgenitalização. No entanto, há divergência sobre a utilização desses enunciados que o CNJ aprovou no intuito de auxiliarem as decisões do Judiciário²⁴, já que não são vinculantes, pois não é da competência do CNJ impor orientações que vinculem as decisões de magistradas/os, sendo os enunciados considerados meramente informativos e não orientações.²⁵

Contrariamente aos enunciados do CNJ, o enunciado 276²⁶ da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal do ano de 2006 estabelece a

²⁰ Proposta pela Procuradora Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

²¹ Art. 58: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.”

²² Enunciado n. 42 do CNJ: “Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf>. Acesso em 10 abr. 2017.

²³ Enunciado n. 43 do CNJ: “É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização”.

²⁴ Conforme foi anunciado pelo CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61676-jornada-aprova-45-enunciados-para-auxiliar-em-decisoes-da-justica-na-area-da-saude>>. Acesso em 17 abr. 2017.

²⁵ ROVER, Tadeu. Edição de enunciados pelo CNJ divide opiniões de advogados e magistrados. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/enunciados-cnj-dividem-opinioes-advogados-magistrados>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

²⁶ Enunciado 276 do CFJ: “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no

possibilidade de alteração do nome e do sexo somente após a cirurgia de transgenitalização; em outras palavras, as mudanças no registro civil seriam meras consequências dessa cirurgia. Esses enunciados também são informativos, ou seja, até os enunciados que buscam orientar as decisões dos juízes são controversos, deixando mais uma vez que cada juiz julgue com base no seu entendimento.

Sem querer entrar no mérito da competência do órgão, mas analisando a iniciativa do CNJ, que foi posterior aos enunciados do Conselho da Justiça Federal, fica demonstrado o quanto a questão envolvendo pessoas transexuais não é pacificada no âmbito jurisprudencial e doutrinário, trazendo esse alerta para a preocupação com a interpretação que vem sendo dada por muitos tribunais. Assim, os principais pontos de divergências são: (i) a necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização ou redesignação sexual para que seja feita a alteração do registro civil e (ii) a forma que será feita a mudança no assento público, suas averbações e a publicidade ou não dessas alterações.

Este trabalho não se ateve a analisar a forma das alterações nos assentos públicos porque na maioria das decisões esse ponto não é claro, e também não se atentou a examinar com afinco os pedidos de alteração de nome, pois este tema é mais aceito pelos juízes por força do art. 58 da Lei 6.015²⁷, pleito muitas vezes já concedido em decisão de primeira instância, quando o Ministério Público não recorre dela.

Em virtude disso e com base nas alegações feitas por transexuais nos processos²⁸ analisados, referentes às alterações apenas de nome, percebe-se que muitas/os transexuais pedem apenas, ou primeiramente, a alteração do nome por ser passível de provimento, já que há autorizativo legal, nesse caso, por conta dos constrangimentos enfrentados por transexuais em relação à incompatibilidade entre um nome masculino/feminino e uma aparência feminina/masculina. Ou seja, pedem apenas a alteração do nome por acreditarem

Registro Civil". Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/232>> Acesso em: 17 abr. 2017.

²⁷ Lei 6.015/1973, art. 58: "Qualquer alteração posterior de nome só por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do Juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa. [...]" Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

²⁸ Tais como na Apelação n. 1002028-41.2014.8.26.0451 — TJSP, Apelação n. 1027203-86.2015.8.26.0100 - TJSP, n. 0001360-69.2014.8.26.0457 - TJSP, Agravo de Instrumento n. 2106429-35.2015.8.26.0000 - TJSP, Agravo de Instrumento n. 2083427-36.2015.8.26.0000 - TJSP, entre outros.

só ser possível a alteração do sexo se já tiverem realizado a cirurgia de redesignação, ou por julgarem que, apenas adequando o nome à sua identidade de gênero, já colocariam fim às situações vexatórias as quais estão submetidas/os. Ademais, o processo para a realização dessa cirurgia é muito lento²⁹ e nem sempre desejado, possível ou viável, a exemplo da neofaloplastia³⁰. Embora haja essa mudança de nome, já que a lei de registros civis a possibilita, a contradição entre o nome e o sexo no registro continuará. Em outras palavras, mudando-se apenas o nome e não o sexo, não cessarão as causas que levaram a/o transexual a se socorrer do judiciário para garantir sua dignidade.

3.2 O entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)

166 A jurisprudência analisada aqui se refere às decisões das apelações opostas contra sentenças que deram ou não provimento a pedidos de alteração de sexo sem que houvesse prévia realização da cirurgia de transgenitalização. Foram analisadas decisões dos anos de 2015 a 2017, da Sétima e da Oitava Câmara Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme a tabela 01 (anexo). A partir delas, é possível verificar que o tribunal tem consolidado a jurisprudência no entendimento de que a mudança de sexo de uma pessoa transexual pode ser feita independentemente da realização da cirurgia de redesignação sexual, uma vez que seja comprovado nos autos que (i) a pessoa é de fato transexual, por meio de laudos médicos; e (ii) se já foi concedida a/ao transexual decisão favorável para a alteração do nome.

Apesar da divergência nos votos dos desembargadores, as duas Câmaras têm votado no mesmo sentido, mas a oitava câmara cível foi a que mais concedeu decisões favoráveis à alteração do sexo sem a realização da cirurgia, inclusive por decisões unânimes (em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana).

De acordo com o entendimento da Desembargadora Sandra Brisolará Medeiros, que tem fortificado o precedente da Sétima Câmara Cível no sentido de manter as decisões favoráveis à alteração de sexo sem a cirurgia de transgenitalização, o gênero seria preponderante ao sexo e, por isso, acertada seria a

²⁹ Segundo o art. 4º da Resolução 1.955 do CFM, é necessário que a/o transexual se submeta ao tratamento e acompanhamento por uma equipe multidisciplinar de médicos e psiquiatras por no mínimo dois anos.

³⁰ De acordo com o art. 2º da Resolução 1.955 do CFM, a Neofaloplastia, que é o processo para a construção do pênis, é autorizada só a título experimental.

retificação do registro civil independentemente da realização da cirurgia de redesignação sexual. Conforme se depreende do resumo de seus votos, o registro civil “deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente.”³¹ Apesar dos votos nesse sentido, a citada corte não possui decisões unânimes e enfatiza a necessidade da juntada de laudos médicos que comprovem que o indivíduo é transexual.

Ressaltam-se também os votos do Desembargador Rui Portanova³², da Oitava Câmara Cível, acompanhando o entendimento do agente ministerial de segunda instância para o qual a questão do deferimento da mudança do sexo não deve ser de ordem anatômica, “como se a transexual masculina devesse ter construído o pênis ou, a feminina, a vagina”, pois se ater somente a esses pressupostos seria se bitolar numa petrificação de gênero, com grande efeito de opressão sobre o sujeito. Não obstante o Ministério Público da primeira instância discordar das sentenças que deferem a alteração de sexo das/os transexuais, o Ministério Público da segunda instância por vezes não acompanha o mesmo entendimento.

Ainda sobre a análise das decisões do TJRS, verifica-se que, no ano de 2015, as apelações foram interpostas por transexuais que tinham seus pedidos de alteração de nome deferidos, mas os de sexo negados em primeira instância, largamente pelas decisões de um mesmo juiz, Antônio C. A. Nascimento e Silva, e, a partir de 2016, esse magistrado passou a decidir de acordo com a jurisprudência do Tribunal, concedendo os pedidos tanto de nome quanto de alteração de sexo. Em consequência, o Ministério Público passou a interpor as apelações, as quais trazem em suas alegações que somente seria possível a retificação do sexo no registro civil em caso de erro e, não o sendo, pede que seja mantido o sexo biológico das/os autores das demandas até que esses se submetam à cirurgia de transgenitalização.

Outro ponto importante do estudo dessas jurisprudências é perceber a sua real sedimentação, pois, ainda que diverjam os desembargadores quanto aos entendimentos pessoais, o precedente dessa corte tem se sobressaído e as decisões favoráveis às alterações de sexo passaram a ser unânimes (na Oitava

³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70071176762. 7ª Câmara Cível. Relatora Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Data do julgamento: 26 de outubro de 2016.

³² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70069749182. Oitava Câmara Cível. Relator Des. Rui Portanova. Data do julgamento 07 de julho de 2016.

Câmara Cível) a partir do ano de 2016³³. Como suscitado nos votos do Desembargador Ivan Leomar Bruxel, que, até meados de 2016, sempre votou contrário à alteração de gênero sem a realização da cirurgia: “ressalvado entendimento pessoal, me rendo ao posicionamento majoritário”.

As ementas de 2017 da Oitava Câmara Cível do Rio Grande do Sul passaram a expressar o mesmo entendimento:

APELAÇÃO. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO. MUDANÇA DE SEXO. É cabível a alteração do designativo de gênero/sexo no registro civil, independentemente de realização de cirurgia de transgenitalização, quando comprovada cabalmente a identidade de gênero diferente do denominado quando do nascimento. Identificação psicológica que se sobrepõe à morfológica, em atenção ao comportamento e à identificação existentes, e em afirmação à dignidade da pessoa humana. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça.
APELO IMPROVIDO. UNÂNIME.³⁴

Em que pese todas as decisões favoráveis às mudanças de sexo estarem atreladas a laudos médicos mencionando ser a/o transexual portador de “transsexualismo”, há uma busca por parte de coletivos de pessoas TRANS³⁵ no sentido de retirar essa patologização como condição para essas alterações serem feitas. A esse respeito, existe a **campanha internacional Stop Trans Pathologization**³⁶ (STP) que reúne ativistas de mais de quarenta países que lutam pela despatologização da transexualidade.

Para Cristina Polo Usaola e Daniel Olivares Zarco, os critérios, entendidos equivocadamente como estáveis, utilizados para definir as pessoas transexuais baseiam-se em concepções muito mais rígidas e fechadas do que representa a identidade de gênero de fato.³⁷ Mesmo na seara médica os conceitos não podem ser fixos, a exemplo da homossexualidade, que já foi descrita pelo DSM como um transtorno e hoje já não o é mais. Ainda segundo os autores,³⁸

³³ Apelações da Oitava Câmara Cível, números 70070219621, 70069039154, 70072288111, 70071930689, 70071666903 e 70067670505. Decisões verificadas até abril de 2017.

³⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70070219621. Oitava Câmara Cível. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Data do julgamento 06 de março de 2017.

³⁵ O conceito TRANS abrange: transexuais, travestis e transgênero.

³⁶ A STP foi criada com o objetivo de incentivar a realização de ações pela despatologização trans em diferentes partes do mundo. O grupo também promove mobilizações contra transfobia e a visibilização de pessoas trans em vários países, inclusive no Brasil. Disponível em: <<http://www.stp2012.info/old/pt.>> Acesso em: 10 mai. 2017.

³⁷ USAOLA, Cristina Polo; ZARCO, Daniel Olivares. *Consideraciones en torno a la propuesta de despatologización de la transexualidad.*(p.10)

³⁸ USAOLA, Cristina Polo; ZARCO, Daniel Olivares. Op. Cit. (p. 04).

a respeito da polêmica em torno da definição da patologia da transexualidade pelos sistemas de classificação psiquiátricas:

Coincidimos con algunos autores en que frecuentemente lo anormal no es patológico y viene delimitado por la desviación media de la norma correspondiente al grupo de referencia. Paralelamente, en muchas ocasiones, lo normal se define desde el ámbito sociocultural y únicamente indica una adaptación adecuada a un contexto social.³⁹

Importante ressaltar os papéis sociais de gênero e os momentos sociais para essas conceituações. Conforme a sociedade avança, os papéis modificam-se e os novos contextos sociais resultantes não mais aceitam conceituações que não externem sua nova realidade. Usaola e Zarco⁴⁰ observam que a angústia do transexual por ter nascido num corpo errado poderia se dar pelo fato de ter nascido numa sociedade cultural errada e por isso necessário seria modificá-la.

Também sobre o estigma da patologia, Berenice Bento⁴¹ aponta que o saber médico, quando se refere ao sujeito como transexual, especifica o que realmente deveria ser um/uma transexual, apagando a legitimidade da pluralidade e subjetividade desses indivíduos, pois impõe um conjunto de regras consubstanciadas em protocolos que visam encontrar a/o verdadeira/o transexual. Ou seja, agindo assim, limita a condição do sujeito com a sua transexualidade e reproduz tal estigma para as outras áreas do conhecimento.

Ainda que uma pessoa afirme sentir uma incompatibilidade entre o sexo com o qual nasceu (biológico) e o sexo ao qual sente pertencer, seja por conta das características indenitárias sociais e culturais que reconhece em si ou pelos atributos físicos que almeja modificar através de cirurgias e/ou de tratamento hormonal a que pretende submeter-se, o saber médico é quem vai comprovar se ela é transexual ou não, através da listagem de características e/ou condições estipuladas em manuais e resoluções. A título de exemplo, a resolução do Conselho Federal de Medicina sempre atrelou a transexualidade a uma íntima ligação do desconforto sentido com o sexo biológico ao desejo expresso de eliminar os genitais,⁴² não levando em consideração que outras

169

³⁹ “Estamos de acordo com alguns autores de que muitas vezes o anormal não é patológico e vem delimitado pelo desvio médio da norma correspondente ao grupo de referência. Da mesma forma, em muitas ocasiões, o normal é definido a partir do campo sociocultural e somente indica uma adaptação adequada a um contexto social”. (tradução livre).

⁴⁰ USAOLA, Cristina Polo; ZARCO, Daniel Olivares. *Consideraciones en torno a la propuesta de despatologización de la transexualidad*. (p.13).

⁴¹ BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. — Rio de Janeiro: Garamond. 2006, p. 46 - 47.

⁴² De acordo com o art. 3º da Resolução n. 1.955, de 2010, do Conselho Federal de Medicina.

intervenções menos invasivas já trazem alento para a/o transexual se sentir bem em ser reconhecido socialmente como se vê, conforme foi demonstrado na pesquisa de Bento⁴³. A prática dos magistrados de buscar nesse saber médico as razões para fundamentar suas decisões talvez seja o motivo do entendimento anterior desse tribunal e ainda o atual entendimento de outras cortes do país.

Por fim, a consolidação da jurisprudência do Rio Grande do Sul, ou seja, a alteração do sexo não condicionada à realização da cirurgia de transgenitalização, tem uma importância muito grande neste momento em que o Supremo Tribunal Federal, reconhecida a repercussão geral, vota o RE n. 670422. Espera-se, a partir desse julgado, uma uniformização das decisões no país. Mas já se pode notar um certo avanço pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que recentemente⁴⁴ votou conforme o entendimento do TJRS, e, apesar do entendimento deste órgão não ser vinculante, a jurisprudência ganha ainda mais força pela sua repercussão nacional.

3.3 A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)

Semelhantermente ao entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o de São Paulo tem dado provimento aos pedidos de alteração do sexo jurídico sem que haja prévia realização da cirurgia de transgenitalização. No entanto, diferentemente daquele tribunal, em que houve também uma mudança no entendimento de juízes de primeira instância, no TJSP as apelações continuaram a ser intentadas por transexuais que tiveram negado o pedido de alteração do sexo no registro civil por conta da ausência de realização da referida cirurgia.

A análise das decisões do TJSP não foram tão aprofundadas como as do TJRS por dois motivos: o primeiro se deu por conta das configurações dos acórdãos analisados, pois não são relacionados o inteiro teor de todos eles, e sim apenas o do relator e/ou o entendimento vencedor na decisão; segundo por

⁴³ BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. — Rio de Janeiro: Garamond. 2006, p. 44 - 45.

⁴⁴ Em decisão de 09 de maio de 2017, a quarta turma do STJ acolheu o pedido de alteração de prenome e gênero de transexual que não tinha realizado cirurgia de transgenitalização, firmando o entendimento que o direito dos transexuais a retificação do registro não pode ser condicionada a realização de intervenções cirúrgicas. O número do processo não foi divulgado por estar sob sigilo de justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao%20A7%20C3%A3o/noticias/Not%20ADCias/Transexuais-t%20C3%AAm-direito-%20A0-altera%20A7%20C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%20A7%20C3%A3o-de-cirurgia> Acesso em 10 mai. 2017.

conta do baixo número de ações que pleiteiam, além da alteração do nome, a do sexo. As jurisprudências aqui analisadas também se referem ao mesmo período: de 2015 até abril de 2017.

Fazendo uma reflexão sobre as decisões dessa corte, verifica-se também a consolidação do entendimento que desvincula a alteração do sexo jurídico de transexuais à uma prévia realização da cirurgia de transgenitalização, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade.

Esse entendimento resta corroborado no voto do relator da Apelação Cível n. 0018633-80.2012.8.26.0344⁴⁵, o Desembargador Cesar Ciampolini, a respeito da exigência da realização de cirurgia como condição para a alteração do nome e do sexo jurídico:

[...] como sucede em todo ato cirúrgico, a realização da cirurgia de transgenitalização pode trazer riscos à saúde e à vida da pessoa. Mais ainda, há casos em que a pessoa não deve, simplesmente, ir à mesa de operações por contraindicação médica, *verbi gratia* em casos como os de impossibilidade de recebimento de transfusão de sangue ou pressão arterial alta. Noutras palavras, será razoável admitir que o transexual que, eventualmente, apresente limitação física para a realização de cirurgia, não possa pleitear o reconhecimento de sua identidade de gênero?

171

As decisões favoráveis a alteração de sexo invocam os princípios da Carta de Yogyakarta⁴⁶, em especial o princípio terceiro, que estabelece vários direitos, entre eles, (i) o de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei; (ii) da autodeterminação da identidade de gênero, visto que essa compõe a personalidade, dignidade e liberdade do indivíduo; (iii) o reconhecimento legal de sua identidade de gênero, sem que nenhuma pessoa seja forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal.

⁴⁵ SÃO PAULO. Tribunal de justiça de São Paulo. Apelação n. 0018633-80.2012.8.26.0344. 10ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Cesar Ciampolini. Data do julgamento: 11 de março de 2016.

⁴⁶ Documento elaborado com o intuito de orientar os Estados em relação à aplicação de legislação internacional em relação à orientação sexual e diversidade de gênero a partir da Conferência realizada na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, em 2006, com a participação de especialistas de 25 países, entre eles o Brasil. Esse [documento](#) apresenta 29 princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, além de recomendações adicionais aos países signatários. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

Sobre a divergência quanto às alterações no registro civil de pessoas transexuais, destacam-se as palavras do Desembargador Galdino Toledo Jr., enquanto relator da Apelação Cível n. 0055269-67.2008.8.26.0576:

[...] Cabe ponderar que, o registro civil, de todo modo, não pode se prestar a ser instrumento de agravação de situação de opressão social e discriminação transexual ao indivíduo que possui disfunção de gênero (se identifica como homem e não como uma mulher, como nasceu), perpetuando elementos identificadores da pessoa que são absolutamente incompatíveis com a condição física e psicológica assumida pelo transexual.⁴⁷

Relevantes as palavras do Desembargador por se desprenderem dos conceitos médicos mencionados anteriormente e perceberem o Direito como uma ferramenta flexível, que deve se adequar aos casos concretos. Nota-se também a predominância do entendimento de que o sexo psicológico prevalece ao sexo biológico, devendo aquele ser o trazido nos documentos das pessoas transexuais até como uma tentativa de evitar discriminações.

Sem dúvidas, o que mais impressiona na análise da jurisprudência do TJSP é o número de apelações de decisões que buscavam apenas a mudança do prenome, pois os magistrados da primeira instância entendem ser necessária a cirurgia de transgenitalização para que se proceda a alteração do registro civil. No entanto, nesse caso, a Lei de Registros Cíveis já disciplina em seu art. 58 a possibilidade de substituição do prenome por apelidos públicos notórios (nome social), e o art. 55, parágrafo único, combinado com o art. 57 da mesma lei admite a mudança do prenome quando esse gerar situações vexatórias para quem o possui. Tal exigência é contrária aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, e também à própria lei de registros públicos, pois o entendimento do juiz insere requisitos que não estão dispostos na norma.

4 OS VOTOS DOS ENTENDIMENTOS CONTRÁRIOS

Apesar de ter ocorrido uma mudança no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em relação aos votos contrários à alteração de sexo, como mencionado, se faz necessária uma reflexão acerca deles, vide as palavras do Desembargador Ivan Leomar Bruxel, aqui já mencionadas: “ressalvado entendi-

⁴⁷ SÃO PAULO. Tribunal de justiça de São Paulo. Apelação n. 0055269-67.2008.8.26.0576. 9ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 03 de fevereiro de 2015.

mento pessoal, me rendo ao posicionamento majoritário”. Ou seja, o entendimento do desembargador continua o mesmo, tendo ele alterado apenas o voto, pois era vencido pela maioria na Oitava Câmara Cível.

Além dele, são veemente contrários à alteração do sexo sem a realização da cirurgia de transgenitalização os Desembargadores Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves e Liselena Schifino Robles Ribeiro, ambos da Sétima Câmara Cível, órgão em que as decisões em relação ao tema não são unânimes.

Para sistematizar o resumo dos referidos votos contrários, destaca-se o posicionamento da Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, que entende não ser possível, juridicamente, proceder à transformação de gênero sem a intervenção cirúrgica, ainda que vislumbre a possibilidade de alteração do nome em razão da incompatibilidade entre o nome e a aparência. Segundo o parecer dos seus votos, a retificação do sexo no registro civil de transexual “somente será possível depois de realizada a cirurgia, e for feita a devida prova pericial, constatando que a indicação de sexo masculino constante na certidão de nascimento não mais espelha a verdade”.⁴⁸ Arrematando seu voto ainda aduz que:

[...] embora o autor tenha aparência feminina, como demonstra a fotografia juntada, e tenha relatado as dificuldades que encontra na vida diária, **inexistem esclarecimentos detalhados e concretos acerca da anatomia de seus órgãos sexuais, nem laudos elaborados pelos médicos**, que referissem, com precisão técnica, a abrangência do transtorno de identidade sexual. [...] (grifo nosso)

173

Esse posicionamento demonstra a estreita relação percebida entre sexo e genitália, bem como a necessidade dessa afirmação da patologia para que seja garantido aos transexuais o seu direito à dignidade, ainda que para isso se esteja violando a própria dignidade dessas pessoas.

Exigir esclarecimentos acerca da anatomia dos órgãos sexuais é deixar claro que, sem a cirurgia de transgenitalização, não há direitos para a pessoa transexual. Se a sexualidade está atrelada a genitália, o que deveria ser feito se, por acaso, um homem, em virtude de uma enfermidade ou acidente, perdesse os órgãos sexuais? Ele não deveria mais ser considerado como homem? Isso não faria sentido, logo a genitália não se apresenta como uma característica necessária para delimitar a identidade de gênero das pessoas.

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70071176762. 7ª Câmara Cível. Relatora Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro Data do julgamento: 26 de outubro de 2016.

Esse posicionamento leva mais em consideração uma percepção pessoal da juíza do que a análise dos fatos no caso concreto. O problema da ausência da norma que regule essas modificações está justamente no livre convencimento dos juízes, pois a motivação nem sempre é clara e os fundamentos postos nas decisões podem acabar violando vários princípios para justificar apenas um.

5 A BATALHA PRINCIPIOLÓGICA NA JURISPRUDÊNCIA

A identidade de gênero dos indivíduos transexuais, sendo preponderante a identidade biológica, independentemente da realização de uma cirurgia de redesignação sexual, é um direito fundamental extraído dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da vedação de qualquer forma de discriminações (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, caput), da autonomia da vontade (art. 5º, II) e da intimidade e privacidade (art. 5º, X).

Os artigos iniciais da Constituição Federal trazem os Princípios Fundamentais e no art. 3º, IV, um dos objetivos fundamentais da República, que é o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Mas há observância desses princípios por parte dos julgadores?

Enquanto não há lei específica para tratar da alteração do nome e do sexo jurídico de transexuais no registro civil, as respostas devem ser buscadas nesses princípios que a Constituição Federal traz, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁹, elencado como um dos fundamentos da República, a grande base da Constituição, de aplicação direta e imediata, e de onde todas as demais normas pátrias deveriam emanar.

5.1 Princípios da autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana

Sobre os direitos fundamentais do homem, Norberto Bobbio⁵⁰ aduz que a liberdade e a igualdade “não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir;

⁴⁹ Cabe esclarecer que pela complexidade e controvérsia que tem esse princípio no Brasil, é muito difícil de se criar uma metodologia de concretização do princípio da dignidade humana neste trabalho, tendo em vista que essa discussão é muito extensa dada a ambiguidade desse princípio, que justifica tantas decisões no país. Mas, claro é, que nenhum outro princípio é tão importante para se entender o espírito da Constituição Federal de 1988 quanto ele. Por isso, será abordado apenas o princípio da dignidade humana como o direito ao mínimo vital.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho; - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 17.

não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser”. Já a Constituição Federal, em seu art. 5º, II, diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; apesar de ele trazer o princípio da legalidade, também nos remete ao da autonomia da vontade, intrinsecamente ligado ao princípio da liberdade e conseqüentemente a um dever-ser do Estado de garantir que essa autonomia se concretize. Nesse caso, se uma lei não especifica que, para alterar o registro civil, transexuais devam submeter-se a uma cirurgia, exigir isso desses indivíduos é violar, além da autonomia da vontade, outros princípios também trazidos pelo art. 5º da nossa Carta, como o da liberdade, da segurança e, conseqüentemente, o da vida. Para muitos, não haveria escolha e realizar a cirurgia seria a única solução para a garantia de seus direitos.

No caso da imposição, por parte de médicos ou juizes, de que transexuais realizem uma cirurgia de transgenitalização como condição para a alteração do sexo jurídico, também se viola a garantia da livre disposição do corpo, além de obrigá-los a fazer algo não previsto em lei. A escolha por realizar a cirurgia ou não deve acontecer por meio do exercício da autonomia da vontade e não de uma imposição para que, só então, lhes seja garantido o direito à dignidade e à igualdade.

Sobre o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais, Piovesan⁵¹ diz que eles “vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

Ainda segundo a autora⁵², a dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 deve ser compreendida:

Como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

Na análise da jurisprudência estudada, esse entendimento prevaleceu em decisões como o da apelação n. 70067749291⁵³, em que o Desembargador

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. — São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60.

⁵² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. — São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70067749291. 7ª Câmara Cível. Relator Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Data do julgamento: 16 de março de 2016.

Jorge Luís Dall'Agnol, fazendo referência a parte do voto do Desembargador Hélio Farias numa decisão semelhante, cita suas palavras que resumem os princípios comentados:

Embora a parte apelante afirme a intenção da cirurgia, esta possui caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Ressalta-se que submeter-se ou não ao procedimento cirúrgico é opção do indivíduo e a exigência de tal procedimento como requisito à retificação de seu nome afrontaria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que se busca preservar. Frise-se que não é o procedimento cirúrgico em si que definirá a sexualidade da pessoa e sim, o sexo psicológico. Se vai se submeter ou não à cirurgia de transgenitalização é decisão que cabe somente ao indivíduo.

Trazendo a jurisprudência do Tribunal de São Paulo, na Apelação n. 0018633-80.2012.8.26.0344⁵⁴, o Relator Cesar Ciampolini, ao proferir seu voto, frisou que,

Forçar a pessoa a ser operada seria o equivalente a coagi-la à prática de ato violento à sua integridade física e moral e, até mesmo, a agir de forma diversa de seu livre arbítrio, ferindo o direito de escolha sob seu próprio corpo. Isto, por si só, já seria contrário ao direito em consideração, à integridade física.

176 Como mencionado nos tópicos anteriores, tem sido esse o entendimento que se consolida nos dois tribunais analisados. Para garantir o direito à dignidade humana, forçar alguém a fazer algo contra a sua vontade é algo muito longe do que se poderia chamar de justiça. Consistiria, em verdade, numa cadeia de violações de princípios constitucionais.

Para Daniel Sarmento, *apud* Guerra e Emerique,⁵⁵ além do dever de abstenção de realizar atos que afrontem a dignidade humana, o Estado deve promover a dignidade garantindo o mínimo existencial para cada pessoa. No caso estudado, o mínimo existencial seria o direito de se autodeterminar com a identidade de gênero que se identifica cada um e poder usufruir dos direitos da personalidade, inerentes a cada pessoa. O que se reivindica do Estado, nesse caso, são ações positivas, a elaboração de uma lei específica ou até mesmo mecanismos de políticas públicas para tentar reduzir os sofrimentos vividos pelas/os transexuais.

⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de justiça de São Paulo. Apelação n. 0018633-80.2012.8.26.0344. 10ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Cesar Ciampolini. Data do julgamento: 11 de março de 2016.

⁵⁵ GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da Dignidade Humana e o mínimo existencial.** — Campos dos Goitacazes: Revista da Faculdade de Direito de Campos, p. 384 - 385.

5.2 O princípio da verdade real nos registros públicos

Suscitando o princípio da verdade real, alguns magistrados votaram contrários à alteração de sexo no registro civil de transexuais, a exemplo do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves⁵⁶, que entende ser cabível a troca do nome, mas não a do sexo jurídico, pois a certidão de nascimento deve espelhar a verdade. Uma pessoa ao nascer, do sexo masculino ou feminino, quando é possível detectar que se trata de homem ou mulher, esse será seu sexo, ainda que ao crescer passe a adotar comportamentos afeminados ou masculinizados. Não leva em conta esse posicionamento o direito à privacidade, pois esse não teria prioridade frente ao formalismo das disposições registrais.

Ainda analisando o entendimento do referido Desembargador, é descabida a alteração do registro civil para fazer constar dado não verdadeiro, ou seja, ser do sexo feminino/masculino, quando inequivocamente for do sexo masculino/feminino, por conta dos órgãos genitais que ostentam. Diz ainda em seus votos⁵⁷, para ilustrar o princípio da verdade real:

[...] entendo que não é a vontade do recorrido de ser mulher, nem o fato de se sentir mulher, que o transforma em mulher. Pode parecer mulher, mas mulher ele não é. A dignidade pessoal e a respeitabilidade que o recorrido merece em nada fica diminuída pelo fato de não ser alterado o seu registro civil de nascimento. Essa respeitabilidade ficaria arranhada — assim como a credibilidade dos órgãos públicos — se exibindo registro de nascimento como mulher, ficar constatado que ele, na verdade, é homem.

177

Já para outros julgadores, como o Desembargador Ivan Leomar Bruxel⁵⁸, um dos pontos principais é o conhecimento de terceiros sobre o ato de registro de nascimento, pois as/os transexuais relacionam-se com outras pessoas, juridicamente ou não, e para elas pode ser interessante, ou até mesmo indispensável, saber a realidade dos elementos de identificação, nos quais se inclui o sexo dessa/e transexual. Isso em razão do princípio da verdade real, norteador da

⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70069039204. 7ª Câmara Cível. Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data do julgamento: 26 de outubro de 2016.

⁵⁷ Apelações Cíveis números: 70066291360, 70067749291, 70064503675, 70061053880, 70069039204, 70064914047, 70070966924, 70070652821, 70071176762, 70064746241, entre outros.

⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70070589593, 8ª Câmara Cível. Relator Des. Luiz F. B. Santos. Data do julgamento: 15 de setembro de 2016.

atividade registral, que possui a finalidade de consagrar e concretizar a segurança jurídica. Por esse motivo, o ato registrado necessita transparecer a verdade existente e atual, e não apenas aquela que passou a ser verdade, tudo para garantir também a proteção ao terceiro de boa-fé.

Aliás, a tendência axiológica do Novo Código Civil é proteger, justamente, o terceiro de boa-fé. Por exemplo, alguém pode acreditar que vai casar com outro do sexo masculino/feminino, mas na verdade está se casando com alguém do sexo feminino/masculino, fisiologicamente falando. Tal situação de engodo não pode ser cancelada pelo Direito. Até mesmo porque a interpretação no que diz respeito à alteração do registro, mesmo sem corresponder à realidade fática, cancela o engodo, pois tem aptidão de enganar terceiros.

Clara aqui está a concepção de proteção ao terceiro de boa-fé em relação ao matrimônio, mas é importante ressaltar que o Código Civil Pátrio já trata o tema, inclusive como causa de anulação do casamento, em seu art. 1.557, I, considerando erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge “o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”. Em outras palavras, não há que se falar em engodo cancelado pelo Direito, visto que a lei já garante solução para o caso.

6 A IMPORTÂNCIA DA APROVAÇÃO DE UMA LEI DE IDENTIDADE DE GÊNERO, A PL 5002 E O DIREITO DE SER O QUE SE É

O Projeto de Lei n. 5002/2003 busca sanar a lacuna na lei de registros civis em razão das mudanças sociais que são vivenciadas atualmente, assegurando garantias e direitos sobre a questão da identidade de gênero⁵⁹, a realização de intervenções cirúrgicas⁶⁰ e hormonais, independentemente de laudos médicos, a alteração do nome e do sexo jurídico no registro civil, bem como os requisitos necessários para essa alteração, requisitos os quais são primordiais para garantir vários direitos inerentes à liberdade das pessoas quanto à sua identidade de gênero. Seu art. 12 visa modificar o art. 58 da Lei 6.015/73, in-

⁵⁹ Art. 2º, Parágrafo único: O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido, e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de fala e maneirismos.

⁶⁰ Art. 8º - Toda pessoa maior de dezoito (18) anos poderá realizar intervenções cirúrgicas totais ou parciais de transexualização, inclusive as de modificação genital, e/ou tratamentos hormonais integrais, a fim de adequar seu corpo à sua identidade de gênero auto-percebida.

cluindo em sua redação a exceção para a definitividade do prenome, que corresponde aos casos de discordância com a identidade de gênero auto-percebida, a qual se aplicaria à lei de identidade de gênero.

O projeto de Lei João Nery, apesar das contradições encontradas em seu corpo, possui um viés de autodeterminação do sujeito, pois visa eliminar a necessidade de apresentação de laudos médicos⁶¹ para realizar qualquer ato inerente aos direitos à identidade de gênero auto-percebida pelo sujeito. Esse projeto de lei tem forte influência da Lei de identidade de gênero Argentina⁶², que vigora naquele país desde 2012, e desburocratizou o processo de alteração de registro civil, tirando da esfera judiciária e colocando na administrativa.

A Lei de identidade de gênero da Argentina não é a única na América Latina. Países como Uruguai, cuja lei foi aprovada em 2009, Venezuela e Equador, com leis aprovadas em 2015, e a Bolívia, cuja lei foi aprovada em 2016, mostram como a aprovação de uma norma de identidade de gênero é fundamental e necessária para garantir direitos aos seus cidadãos.

Recentemente, a legislação de identidade de gênero de Portugal foi alterada⁶³ e a Lei n. 7/2011⁶⁴ passou a permitir que pessoas trans portuguesas “maiores de idade e que não se mostrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica, a quem seja diagnosticada perturbação de identidade de gênero” mudassem o nome próprio e a menção ao sexo registado no registro civil. O projeto de lei mencionado modificou significativamente o seu conteúdo, retirando o teor patologizante da redação anterior. Agora a juntada de laudos médicos não é mais uma necessidade e baixou-se de 18 para 16 anos a idade para pleitear a mudança dos documentos.

Para o projeto de Lei João Nery, identidade de gênero é a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder

179

⁶¹ Art. 8º, § 1º, “Em todos os casos, será requerido apenas o consentimento informado da pessoa adulta e capaz. Não será necessário, em nenhum caso, qualquer tipo de diagnóstico ou tratamento psicológico ou psiquiátrico, ou autorização judicial ou administrativa”.

⁶² Lei de identidade de gênero argentina, aprovada em 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=CD&tipo=PL&numexp=75/11&nro_comision=&tConsulta=4> Acesso em: 20 abr. 2017.

⁶³ Projeto de Lei n. 317/XIII/2ª. Assegura o direito à autodeterminação de gênero. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c33427162444d784e79315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl317-XIII.doc&Inline=true>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁶⁴ Lei que cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registro civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1308&tabela=leis>. Acesso em: 10 mai. 2017.

ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo.⁶⁵

Conforme Butler⁶⁶, ter identidade é pressuposto lógico de reconhecimento pessoal e social. A identidade é compreendida entre a relação do indivíduo com o mundo ao seu redor. Sá Neto e Gurgel, ao definirem gênero, analisam que esse é mais complexo por se referir aos modos de sentir as noções de masculinidade e feminilidade. Esses dois conceitos são conjugados para se entender o que seria a identidade de gênero, que, de acordo com Zambrano e Heilborn⁶⁷, “alude à forma como um indivíduo se percebe e é percebido pelos outros como masculino ou feminino, de acordo com os significados que esses termos têm na cultura a que pertence”.

O conceito de identidade de gênero é fundamental para que se entenda os motivos desse projeto de lei, em que ele se baseia e porque a identidade de gênero deve ser tida como garantia constitucional de bem-estar, de liberdade e, principalmente, como pedra angular da dignidade da pessoa humana.

É a respeito desse princípio que o art. 4º do Projeto de Lei n. 5002/2003 traz os requisitos para a retificação do registro civil, destacando em seu parágrafo único uma vedação ao que hoje é entendido por alguns magistrados como requisito para que seja realizada a alteração do prenome em cartório, a exemplo das decisões paulistas já comentadas.

Consoante o princípio terceiro e as recomendações aos Governos feitas pela Carta de Yogyakarta, o Brasil deveria, segundo a alínea c:

Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa — incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos — reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.

Diversos documentos assinados⁶⁸ pelo Brasil ao longo dos anos seriam base para se aprovar uma Lei de identidade de gênero, no entanto o projeto está

⁶⁵ Art. 2º, PL 5002/2003.

⁶⁶ BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade; tradução Renato Aguiar. — Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 38.

⁶⁷ Elizabeth Zambrano e Maria Luiza Heilborn. Identidade de gênero. In: Antônio Carlos de Souza Lima. (Org). **Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. — Brasília/ Rio de Janeiro/ Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / laced / Nova Letra, 2012. p. 207.

⁶⁸ Além dos princípios de Yogyakarta, o Brasil também assinou a resolução 27 da ONU, sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <<http://www.un.org/ga/search/>

parado desde 2013 no Congresso. Enquanto isso, para poder exercer sua dignidade as/os transexuais se socorrem do Judiciário na tentativa de fazer cessar os diversos constrangimentos que passam no seu dia-a-dia, ainda que se submetam a outros nos tribunais.

Ressalta-se também algumas questões pertinentes desse projeto de lei que abrange o Sistema Único de Saúde (SUS) em relação aos transexuais. O art. 9º diz: “Os tratamentos referidos no artigo 11 serão gratuitos e deverão ser oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pelas operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º da Lei 9.656/98, por meio de sua rede de unidades conveniadas”. Acontece que a redação do art. 11 é genérica, não especifica que tratamentos serão esses que o art. 9º menciona. O art. 11 fala que “Toda norma, regulamentação ou procedimento deverá respeitar o direito humano à identidade de gênero das pessoas”, e que nenhum deles (norma, regulamentação ou procedimento) “poderá limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício do direito à identidade de gênero das pessoas, devendo se interpretar e aplicar as normas sempre em favor do acesso a esse direito”. A interpretação que se faz é de que esses artigos tratam de acesso livre a tratamentos e procedimentos sem a necessidade de prévio tratamento psiquiátrico ou psicológico, como acontece hoje.

Nesse ponto, é claro o posicionamento do projeto em relação à despatologização da transexualidade e, ainda que permeiem dúvidas a respeito dos direitos à saúde que foram garantidos às pessoas transexuais em virtude da transexualidade ser considerada doença, ela ainda caberia como direito, pois, de acordo com o conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS), “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade⁶⁹”. E o art. 3º, IV, diz que é objetivo da República Federativa Brasileira, “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, e o art. 6º da Constituição assegura a saúde como um direito social, dentro do livro dos direitos e garantias fundamentais.

view_doc.asp?symbol=A/HRC/27/L.27/Rev.1&referer=/english/&Lang=S>. Acesso em: 11 mai. de 2017.

⁶⁹ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 12 mai. 2017.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 são de suma importância para que se entenda o tipo de sociedade que a República pretende. Tomando como base os dois grandes princípios analisados no presente trabalho, o da dignidade da pessoa humana e o da autonomia da vontade, entenderam-se os movimentos de mudança em relação às decisões que permitem a alteração de sexo no registro civil de transexuais sem exigir prévia cirurgia de transgenitalização.

Em relação ao levantamento jurisprudencial, constatou-se um avanço por parte de alguns desembargadores, que mudaram não apenas seu voto, mas também seu entendimento no passar dos anos, tanto no TJSP como no do TJRS, deixando prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, basilar na Constituição, e que deve ser a real fonte para sanar as divergências quanto a essa matéria. Ressaltou-se o papel fundamental da jurisprudência do TJRS, pois essa corte possui o maior número de decisões e seus precedentes já caminham para a solidificação em outras instâncias. Talvez o STF, ao decidir o RE. 670422, pondere a jurisprudência consolidada na corte sulista.

O trabalho buscou investigar se a identidade de gênero, no caso das/dos transexuais, estaria inserida na ideia constitucional de sociedade sem preconceitos e de respeito aos princípios inerentes à dignidade da pessoa humana, que não devem ser cerceados por nenhuma das esferas de poder, principalmente do Legislativo, que se exime de votar os projetos legislativos que buscam soluções para esse conflito.

Enquanto outros países, a exemplo de Portugal, Argentina e Equador, possuem modernas leis de identidade de gênero, o Brasil invisibiliza legalmente as pessoas transexuais, pois, ainda que se garanta por meio da Lei dos Registros Públicos a mudança de nome, a contradição entre o nome e o sexo no registro permanecerá, continuando a ser causa de constrangimentos e humilhações que retiram dessas pessoas o acesso a direitos básicos como saúde, educação e trabalho, marginalizando-as indefinidamente. Em outras palavras, permitir que se mude o nome e impedir a mudança do sexo, ou condicioná-la a uma cirurgia (cara, invasiva e nem sempre desejada) não fará cessar as causas que levaram a/o transexual a se socorrer do Judiciário, quando até o fato de precisar se socorrer do Estado-juiz, para ter direitos que deveriam ser seus, já demonstram o quanto a dignidade humana dessas pessoas tem sido negada.

O Projeto de Lei João Nery está longe de ser uma solução legislativa para tratar dos conflitos a respeito da mudança de sexo no registro civil, por conta das contradições na própria lei, devendo passar por uma revisão em busca de sanar tais contradições. Contudo, há a necessidade de uma lei que trate do tema, que delimite o processo de alteração do registro civil, não deixando a cargo dos magistrados quais as provas seriam suficientes para conceder tal mudança. No entanto, a perspectiva de aprovação dessa lei fica ainda mais distante à medida que cresce o número de legisladores pertencentes à chamada “Bancada da Bíblia” no Congresso Nacional, amplamente defensores de ideias e propostas contrárias aos direitos inerentes à dignidade de pessoas transexuais.

A aprovação de uma lei de identidade de gênero também iria desburocratizar o procedimento para a alteração do registro civil de transexuais, pois retiraria do Judiciário a grande demanda de ações com esse pleito, mantendo-se apenas na esfera administrativa. Esse fato poderia gerar uma grande economia de custos e de tempo, tanto para o Judiciário quanto para os pleiteantes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréia Quizini de. **Do não reconhecimento da personalidade civil dos transexuais pela legislação brasileira**. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Presidente Prudente das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2007. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/634/649>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. — 1ª ed. — Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Câmara. **Projeto de Lei n. 5.002 de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87F3D2AC0AE326B862D8C0A4DFAF8716.proposicoesWeb1?codteor=1059446&filename=PL+5002/2013>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Código Civil. **Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2012**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.955 de 2010**. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n. 1.652/02. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2017.

_____. **Decreto-lei, n. 4.657 de 4 de setembro 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4275**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Brasília, 21 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 670422**. Recurso Extraordinário. Rio Grande do Sul, 26 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4192182>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 0055269-67.2008.8.26.0576**. 9ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Galdino Toledo Júnior Julgado em: 03 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 0018633-80.2012.8.26.0344**. 10ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Cesar Ciampolini. Julgado em: 11 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70067749291**. 7ª Câmara Cível. Relator Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Julgado em: 16 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70069749182**. 8ª Câmara Cível. Relator Des. Rui Portanova. Julgado em: 07 jul. 2016.

_____. Tribunal do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70070589593**. 8ª Câmara Cível. Relator Des. Luiz F. B. Santos. Julgado em: 15 set. 2016.

_____. Tribunal do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70071176762**. 7ª Câmara Cível. Relatora Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 26 out. 2016.

_____. Tribunal do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70069039204**. 7ª Câmara Cível. Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 26 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70070219621**. 8ª Câmara Cível. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Julgado em: 06 mar. 2017.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. — 1ª ed. — Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CORRÊA, Sônia Onufer; MUNTARGHOM, Vitit, *et al.* **Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Tradução Jones de Freitas. 2007.

FAGUNDES, Ana Luisa Marques, *et al.* Gênero e psicologia: um debate em construção no CRP-03. **XV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social — ABRAPSO**. Maceió, 2009.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goitacazes, Ano VII, n. 9, p. 379-398, dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/24670>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. **Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Coordenação geral [de] Antônio Carlos de Souza Lima. — Brasília, Rio de Janeiro, Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia, laced, Nova Letra, 2012.

LITARDO, Emiliano. **Os corpos desse outro lado: a lei de identidade de gênero na Argentina**. Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 193-226, Meritum, jul./dez. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. — 14ª ed. rev. e atual — São Paulo: Saraiva, 2013.

PSIQUIATRIA, Associação Americana de. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais — DSM — 4**. Disponível em: <http://www.psiquiatriageral.com.br/dsm4/sub_index.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais — DSM — 5**. Tradução Maria Inês Corrêa Nascimento, *et al.* — 5ª ed. — Porto Alegre: Artmed, 2014.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Transexualidade e dignidade da pessoa humana. **Revista eletrônica do curso de direito — UFSM**. Santa Maria, v.10, n.1, p 72-93, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/18583#.WRoSY4WcHcc>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de; GURGEL, Yara Maria Pereira. Caminhando entre a (in) visibilidade: uma análise jurídica sobre o projeto de lei n. 5.012/2013 - Lei de identidade de gênero. **Revista Direito e Liberdade**. Rio Grande do Norte, v. 16, n.1, p. 65-85, jan./abr. 2014.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. O acesso à justiça e o direito à diversidade sexual, de gênero e sexualidade: da Argentina ao Brasil. **Revista Includere**. Mossoró, v. 1, n. 1, p. 159-169, ed. especial, 2015.

SALES, Camila, *et. al.* Transexualismo e seus efeitos jurídicos. **Revista Direito UNIFACS — Debate virtual**. Salvador, n. 173, p. 1-27, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3365>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

SILVA, Gisele Cristina. **Direito ao reconhecimento da identidade de gênero: registro adequado do nome e sexo**. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2015. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/09/DIREITO-AO-RECONHECIMENTO-DA-IDENTIDADE-DE-GENERO-REGISTRO-ADEQUADO-DO-NOME-E-SEXO.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

USAOLA, Cristina Polo; ZARCO, Daniel Olivares. Consideraciones en torno a la propuesta de despatologización de la transexualidad. **Revista de la asociación española de Neuropsiquiatría**. Espanha, v. 31, n. 110, 2011. Disponível em: <http://www.revistaaen.es/index.php/aen/article/view/16134>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ANEXOS

TABELA 1 - Apelações no TJRS

Pedidos de alteração de sexo sem prévia realização de cirurgia de transgenitalização

APELAÇÃO	PROVIDO?	APELANTE	CÂMARA	ANO	RELATOR	JUIZ DE 1 GRAU
70063406185	Sim - 2x1	TRANS	7ª Civil	2015	Liselena S. R. Ribeiro	Antônio C. A. N. e Silva
70066706078	Sim - 2x1	TRANS	7ª Civil	2015	Liselena S. R. Ribeiro	Antônio C. A. N. e Silva
70065224461	Sim - 2x1	TRANS	8ª Civil	2015	Luiz F. B. Santos	Antônio C. A. N. e Silva
70065879033	Sim - 2x1	TRANS	7ª Civil	2015	Liselena S. R. Ribeiro	Antônio C. A. N. e Silva
70065099772	Sim - Unân.	TRANS	8ª Civil	2015	Alzir Felipe Schmitz	Antônio C. A. N. e Silva
70066488529	Sim - 2x1	TRANS	8ª Civil	2015	Alzir Felipe Schmitz	Antônio C. A. N. e Silva
70063774764	Sim - 2x1	TRANS	7ª Civil	2015	Liselena S. R. Ribeiro	Antônio C. A. N. e Silva
70064746241	Sim - 2x1	TRANS	7ª Civil	2015	Jorge Luís Dall'Agnol	Antônio C. A. N. e Silva
70064503675	Não - 2x1	TRANS	7ª Civil	2015	Sérgio F. V. Chaves	Antônio C. A. N. e Silva
70064914047	Sim - 2x1	TRANS	7ª Civil	2015	Sandra B. Medeiros	Antônio C. A. N. e Silva
70066488081	Sim - Unân.	TRANS	8ª Civil	2015	Alzir Felipe Schmitz	Antônio C. A. N. e Silva
70061053880	Sim - 2x1	TRANS	7ª Civil	2015	Sandra B. Medeiros	Katiuscia Kuntz Brust
70066291360	Não - 2x1	TRANS	7ª Civil	2015	Jorge Luís Dall'Agnol	Fernanda P. C Toniolo
70070998570	Sim - Unân.	TRANS	8ª Civil	2016	Ricardo M. Lins Pastl	Ricardo Petry Andrade
70070652821	Não - 3x2	MP	7ª Civil	2016	Jorge Luís Dall'Agnol	Antônio C. A. N. e Silva
70070966924	Não - 3x2	MP	7ª Civil	2016	Jorge Luís Dall'Agnol	Antônio C. A. N. e Silva
70070783956	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2016	Rui Portanova	Antônio C. A. N. e Silva
70069422699	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2016	Rui Portanova	Antônio C. A. N. e Silva
70067460931	Não - 4x1	MP	8ª Civil	2016	Ricardo M. L. Pastl	Antônio C. A. N. e Silva
70068060425	Não - 3x2	MP	8ª Civil	2016	Ricardo M. L. Pastl	Antônio C. A. N. e Silva
70067669895	Não - 2x1	MP	8ª Civil	2016	Rui Portanova	Antônio C. A. N. e Silva
70068118256	Não - 2x1	MP	8ª Civil	2016	Ricardo M. L. Pastl	Antônio C. A. N. e Silva
70069749182	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2016	Rui Portanova	Antônio C. A. N. e Silva
70071176762	Não - 3x2	MP	7ª Civil	2016	Liselena S. R. Ribeiro	Antônio C. A. N. e Silva
70067389742	Sim - Unân.	MP	7ª Civil	2016	Liselena S. R. Ribeiro	Antônio C. A. N. e Silva
70069039204	Não - 3x2	MP	7ª Civil	2016	Sérgio F. V. Chaves	Antônio C. A. N. e Silva
70067749291	Sim - 2x1	MP	7ª Civil	2016	Jorge Luís Dall'Agnol	Antônio C. A. N. e Silva
70070589593	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2016	Luiz F. B. Santos	Antônio C. A. N. e Silva
70069928406	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2016	Luiz F. B. Santos	Antônio C. A. N. e Silva
70071404370	Sim - Unân.	MP	7ª Civil	2016	Liselena S. R. Ribeiro	Antônio C. A. N. e Silva
70069514883	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2016	Ricardo M. L. Pastl	Antônio C. A. N. e Silva
70070219621	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2017	Ivan Leomar Bruxel	Antônio C. A. N. e Silva
70069039154	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2017	Ivan Leomar Bruxel	Antônio C. A. N. e Silva
70072288111	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2017	Ivan Leomar Bruxel	Antônio C. A. N. e Silva
70071930689	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2017	Ivan Leomar Bruxel	Antônio C. A. N. e Silva
70071666903	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2017	Rui Portanova	Antônio C. A. N. e Silva
70067670505	Não - Unân.	MP	8ª Civil	2017	Ivan Leomar Bruxel	Antônio C. A. N. e Silva

Fonte: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/index.php

TABELA 2 - Apelações no TJSP

Pedidos de alteração de sexo sem prévia realização de cirurgia de transgenitalização

APELAÇÃO	PROVIDO?	APELANTE	CÂMARA	ANO	RELATOR
1022947-37.2014	Sim -Parcial	TRANS	8ª Câmara de D. Priv.	2015	Sales Rossi
0055269-67.2008.8.26.0576	Sim - Unân.	TRANS	9ª Câmara de D. Priv.	2015	Galdino Toledo Jr.
0062067-91.2012.8.26.0224	Sim - 2 x 1	TRANS	9ª Câmara de D. Priv.	2015	Galdino Toledo Jr.
1002028-41.2014.8.26.0451	Sim - Unân.	TRANS	1ª Câmara de D. Priv.	2015	Augusto Rezende
1102067-95.2015.8.26.0100	Sim - Unân.	TRANS	1ª Câmara de D. Priv.	2016	Claudio Godoy
1034767-25.2015.8.26.0001	Sim - Unân.	TRANS	9ª Câmara de D. Priv.	2016	Piva Rodrigues
1027203-86.2015.8.26.0100	Sim - Unân.	TRANS	10ª Câmara de D. Priv.	2016	J.B. Paula Lima
0018633-80.2012.8.26.0344	Sim - Unân.	TRANS	10ª Câmara de D. Priv.	2016	Cesar Ciampolini

Fonte: <http://www.tjsp.jus.br/>