

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE DE DIREITO

FRANCISCA AMANDA LIMA PIRES

O TRANSCONSTITUCIONALISMO E A EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRANSGÊNEROS: UMA
ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4275/DF

MOSSORÓ
2021

FRANCISCA AMANDA LIMA PIRES

O TRANSCONSTITUCIONALISMO E A EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRANSGÊNEROS: UMA
ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4275/DF

Monografia apresentada à Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte (UERN) como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Olavo Hamilton

MOSSORÓ
2021

© Todos os direitos estão reservados a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do(a) autor(a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu(a) respectivo(a) autor(a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

P667t Pires, Francisca Amanda Lima
O transconstitucionalismo e a efetivação de direitos fundamentais dos transgêneros: uma análise da ação direta de inconstitucionalidade 4275. / Francisca Amanda Lima Pires. - Mossoró, 2021.
55p.

Orientador(a): Prof. Dr. Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade.

Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

1. Transconstitucionalismo. 2. ADI 4275. 3. Direitos Fundamentais. I. Andrade, Olavo Hamilton Ayres Freire de. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

FRANCISCA AMANDA LIMA PIRES

O TRANSCONSTITUCIONALISMO E A EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRANSGÊNEROS: UMA
ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4275/DF

Monografia apresentada à Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte – UERN – como requisito
obrigatório para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Dr. Lauro Gurgel de Brito
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Profa. Dra. Gilmara Joane Macêdo de Medeiros
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO

À minha avó, Rosa Lima de Oliveira, pelo amor e apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Bernadete, e ao meu irmão, Arthur, por acreditarem em mim e apoiarem minhas decisões. Obrigada por sonharem comigo e por todo o esforço empregado em minha jornada. Sem vocês, eu não teria chegado até aqui.

Agradeço também minhas tias, Lusia, Ana, Eunice e Elizabeth, por todas as vezes que me aconselharam e me deram suporte para que eu concluísse minha graduação.

Ao meu namorado, Matheus, por ter me acalmado em momentos de ansiedade e aos seus pais, que por diversas vezes me trataram como filha nos períodos em que minha família não pode estar presente. Vocês foram essenciais durante esses anos.

Às melhores amigas que a graduação me trouxe, Victória e Bruna, por poder compartilhar as alegrias e frustrações de todo estudante. Obrigada por todas as risadas e por todos os bons momentos durante esse tempo. Vocês foram e continuam sendo fundamentais em minha vida.

Por fim, agradeço ao meu orientador, professor Dr. Olavo Hamilton, por quem tenho completo respeito e admiração, pela paciência e auxílio durante esse processo e por todo conhecimento transmitido.

RESUMO

Tendo em vista que com o surgimento da sociedade multicêntrica houve a limitação do Estado para enfrentamento de conflitos que ultrapassam seus limites territoriais, é feita uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, a partir da perspectiva do transconstitucionalismo, a fim de verificar se a decisão que afirmou direitos dos transgêneros confirma esta teoria. Para tanto, é necessário compreender o transconstitucionalismo e entender quais os argumentos utilizados pelos ministros na construção dos votos. Realiza-se, então, uma pesquisa exploratória e bibliográfica para esta finalidade. Diante disso, percebe-se que a interação entre ordens jurídicas diversas foi relevante para que fossem efetivados os direitos dessa parcela da sociedade, promovendo, desse modo, a constatação de que o transconstitucionalismo é uma alternativa ao enfrentamento de questões que ultrapassam os limites do Estado.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo. ADI 4275. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Bearing in mind that with the appearance of the multicentric society happened a limitation of the State to confrontation of conflicts that exceed its territorial limits, it's made an analysis of the Guide Action of Unconstitutionality 4275, from the perspective of the transconstitutionalism, in order to verify if the decision that affirmed the transgenders rights confirms that teory. For this purpose, it's necessary to comprehend the transconstitutionalism and understand which arguments were used by the ministers in the construction of the votes. So it takes place an exploratory and bibliographic research for this purpose. Therefore, it's realized that the interaction between various legal orders was relevant for this portion of the society rights being effected, promoting, thus, the observation that the transconstitutionalism it's an alternative to the confrontation of questions that exceed the State limits.

Keywords: Transconstitutionalism. ADI 4275. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A RELAÇÃO DO DIREITO E DA POLÍTICA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS	9
2.1 SOCIEDADE MULTICÊNTRICA E LIMITAÇÃO DO ESTADO.....	12
2.2 ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E RAZÃO TRANSVERSAL	16
2.3 CONCEITO DE TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	20
2.4 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS.....	25
3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4275 SOB A PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO	28
3.1 ADI 4275/DF - MUDANÇA DO NOME E DO GÊNERO NO REGISTRO CIVIL SEM A NECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO	31
3.1.1 Síntese do Caso	32
3.2 ANÁLISE DA DECISÃO À LUZ DO TRANSCONSTITUCIONALISMO	34
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da sociedade mundial, é possível notar que se faz necessário discutir acerca de problemas que ultrapassam os limites territoriais do Estado. Levando isso em consideração, o autor brasileiro Marcelo Neves (2009) propôs a teoria do transconstitucionalismo, a qual sugere meios para que os debates que emergiram a partir da sociedade multicêntrica sejam discutidos em níveis múltiplos.

Quando se observa o ordenamento jurídico nacional, percebe-se que apesar da Constituição de 1988 elencar diversos direitos considerados fundamentais, bem como ser orientada por princípios básicos como é o da dignidade da pessoa humana, uma parcela da sociedade brasileira, embora tenha o direito constituído formalmente, não usufrui da efetivação material. Um exemplo disso é o que ocorre com a população lésbica, gay, bissexual, transgêneros e *queer*, este último fazendo referência às pessoas que não se identificam nem com o gênero feminino e nem com o gênero masculino, essa parcela da população que é mais conhecida pela sigla LGBTQIA+, em muitos aspectos fica à margem do ordenamento jurídico pátrio, tendo direitos essenciais não concretizados.

A partir dessa perspectiva, foi escolhido para o estudo do presente trabalho a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, tendo em vista que se trata da possibilidade da mudança de nome do transgênero sem a necessidade de uma cirurgia de redesignação, concretizando, desse modo, o direito ao nome estabelecido no Pacto de São José da Costa Rica.

Levando em consideração a teoria e a proposta de solucionar problemas que surgem em ordens jurídicas distintas, a problemática do trabalho consiste em analisar se na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 é possível notar a presença do transconstitucionalismo e, dessa maneira, compreender se a teoria foi importante na efetivação dos direitos fundamentais dos transgêneros, sobretudo, os direitos que tratam da privacidade, da liberdade e do nome.

O trabalho monográfico será dividido em dois capítulos, em que o primeiro, tem como objetivo compreender o transconstitucionalismo, a partir da teoria dos sistemas. Além disso, também procura entender o surgimento da sociedade multicêntrica, levando em consideração a diferenciação entre o sistema político e jurídico. Também tem a finalidade de explanar sobre alguns modelos da teoria, dando ênfase à interação

entre cortes constitucionais, cogitando a hipótese de que se houve o diálogo entre ordens jurídicas na ADI 4275, este se deu por meio de ordens estatais.

O segundo capítulo será desenvolvido a partir da análise da decisão sob a perspectiva do transconstitucionalismo, em que se verificará como foram constituídos os votos dos ministros que, em alguma medida, utilizaram ordens jurídicas distintas, além de analisar quais os argumentos levantados para chegar à conclusão do voto.

O tema foi escolhido considerando a importância de se estabelecer alternativas para solucionar problemas que surgem na sociedade mundial, tendo em vista que ela já não tem a homogeneidade como característica básica levando, dessa forma, o Estado a sofrer limitações na resolução de conflitos internos.

Além disso, a opção por se analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, dentre tantas outras que foram importantes para a concretização de direitos da comunidade LGBTQIA+ como é o caso da ADI 4277 que reconhece a união homoafetiva, surge a partir da compreensão de que o nome é um dos meios de reconhecimento da própria existência do ser.

Portanto, é importante visualizar se em uma decisão significativa para as pessoas trans, tendo afirmado direitos dessa parcela da população, o transconstitucionalismo se fez presente, tendo em vista que a teoria se propõe ao enfrentamento de problemas a partir do diálogo entre ordens.

2 A RELAÇÃO DO DIREITO E DA POLÍTICA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS

A teoria dos sistemas, em linhas gerais, estabelece que a sociedade é composta pela diferenciação de sistemas e de suas respectivas funções e que aqueles se comunicam por meio de acoplamentos estruturais. A Constituição, a partir da perspectiva dessa teoria, a qual tem Niklas Luhmann como principal defensor, funciona como o acoplamento estrutural entre direito e política, ou seja, é por meio da Constituição que ambos os sistemas se comunicam.

Todavia, com o advento da sociedade moderna, e, por conseguinte, a complexidade dessa, a partir de suas diferenciações sistêmico-funcionais, é preciso compreender que o conceito de Constituição a qual temos hoje está, em alguma medida, desconectado com as demandas da sociedade mundial. No entanto, não quer dizer que a Constituição nos moldes atuais seja vazia de qualquer significado, visto que a modificação estrutural e do objeto são recíprocas, ou seja, há uma influência mútua das mudanças constitucionais e estruturais da sociedade (NEVES, 2009).

Quando se observa a Constituição nos moldes do constitucionalismo liberal, percebe-se que existia uma euforia acentuada, a qual tornava o conceito de Constituição como sendo expressão de luta, em que se baseava a esperança de vitória, desse modo, “[...]tornou-se usual a sua utilização retórica como rótulo de razão e correção daqueles que a defendem e daquilo que ela designa” (NEVES, 2009, p. 5).

Com relação ao conceito de Constituição em sentido pré-moderno, Marcelo Neves (2009) afirma que ele é associado a uma organização hierárquica e indiferenciada, a qual tinha a moral e a religiosidade como fundamento para definir poder superior e inferior, o “bem” pertencia a parte “superior” e o “mal” seria a referência da parcela “inferior”, conseqüentemente, é possível perceber que não havia uma diferenciação sistêmica clara, logo o conceito de lícito/ilícito confundia-se com o conceito moral e religioso de bem/mal.

Além dessa interação, a qual, como já mencionada, não era nítida, visto que política e direito podiam ser vistos como sendo parte de um único sistema, também é importante destacar a integração social em que o conceito de homem se reduzia a ele ser membro ou não membro daquela sociedade e que os critérios para essa inclusão/exclusão se dava a partir da camada social a qual ele pertencia, sendo assim

o homem não seria sujeito de direitos, mas sim de privilégios de acordo com o grupo social que estava incluído, nota-se, dessa maneira, que o direito era subordinado ao poder (NEVES, 2009).

Ainda neste aspecto de subordinação do direito ao poder, percebe-se que o “soberano” personificou uma referência simbólica para justificar tanto a razão do poder político quanto a validade do direito” (SIMIONI, 2009, p. 336) demonstrando, desse modo, que a indiferenciação dos dois sistemas, era necessária para validar a concessão de privilégios aos grupos que estavam na posição hierárquica “superior”: “A imutabilidade ou indisponibilidade estrutural do direito relacionava-se diretamente com a manutenção da ordem social hierárquica e a inquestionabilidade dogmática do status quo político dominante” (NEVES, 2009, p.10).

Um exemplo dessa ausência de diferenciação entre o sistema jurídico e político está no conceito aristotélico do que seria a Constituição, o qual afirmava que essa podia ser definida como sendo a ordem do Governo. Em outras palavras, tratava a representação do direito, neste caso a constituição, como sendo igual à representação da política, que seria o Estado (NEVES, 2018).

No sistema jurídico romano também era possível encontrar essa não diferenciação, havia, inclusive, uma segmentação do direito, visto que esse não se aplicava a todas as camadas. Existia, por exemplo, o direito feudal, o direito sacro, o direito aplicado aos reis, e desse modo, cada parcela da sociedade se sujeitava ao direito de acordo com o grupo que pertencia. No entanto, era necessário que houvesse essa unificação entre direito e política, a fim de que o poder soberano monopolizasse o poder considerando que “[...]a manutenção de direitos diferentes para estratos diferentes, submetidos também a jurisdições diferentes, tornava impossível um controle central e, portanto, uma submissão generalizada a soberania do império” (SIMIONI, 2009, p. 332).

A evidência mais clara dessa sujeição do direito à política, encontra-se no que se pode chamar de direito teocrático ou direito sacro, o qual tinha uma visão religiosa como fundamento para manter estabelecida essa hierarquia social, em que a religião, como já pontuada, definia o que seria “bem” e “mal” e, por conseguinte, essa definição estratificava a sociedade em “superior” e “inferior” (NEVES, 2009).

Em síntese, na pré-modernidade é evidente esta relação vertical do direito e do poder, em que o primeiro servia tão somente para validar o último, e desse modo,

justificar a hierarquia social existente, visto que a “subordinação do jurídico ao político, em uma formação social na qual o poder está no centro da sociedade, leva uma relação assimétrica entre poder superior e o poder inferior ou entre o soberano e os súditos” (NEVES, 2009, p.9).

Tendo em vista esta submissão, tornando o direito estático e em desconformidade com os anseios sociais, conseqüentemente, não cumprindo o papel de legitimação do poder que até então vinha sendo designado para o sistema jurídico, surgiu a necessidade de que, em algum grau, houvesse a diferenciação entre os dois sistemas, a fim de que o poder e, por conseguinte, a validação dele pelo direito não dependesse de um terceiro fator: a vontade divina (NEVES, 2009; SALIM; SILVA, 2016).

Porém, o que ocorre é o deslocamento semântico da indisponibilidade do direito para instrumentalização dele diante da política. “O direito reduz-se a uma dimensão única e passa a ocupar apenas o lugar reservado até então ao direito burocrático da autoridade dominante [...]” (HABERMAS, 1992, p. 583 apud NEVES, 2009, p. 18), posto isso, infere-se que, neste momento da história, o direito tem, ainda que não tão clara, uma diferenciação da política, e esta, por meio do poder soberano, se utiliza daquele, para impor regras que deveriam ser seguidas pelos súditos, ou seja, ocorreu uma positivação do direito, visto que, ele era modificado mediante decisões que vinham do Estado (NEVES, 2009).

Acontece que essa instrumentalização do direito ao poder, que era utilizada tão somente para sujeitar os súditos à vontade do soberano, desse modo, não sendo passível de questionamentos sociais ou institucionais, acarretou uma relação hierárquica insustentável, tendo em vista o grau de complexidade que se desenvolveu na sociedade. Tendo por complexidade “[...]uma presença permanente de existência de mais alternativas do que suas efetivas possibilidades de realização” (SIQUEIRA, 2020, p. 24), ou seja, desenvolveu-se um dinamismo social, ocasionando a necessidade de contestações acerca do modelo social imposto.

Considerando essa necessidade de questionamentos da estrutura social determinada pelo soberano e validada pelo direito e o destaque da burguesia, que começou a exigir que alguns privilégios a alcançasse, surgem os pactos de poder, os quais, de modo sintético, são os acordos entre monarca e burguesia, para que os interesses da última também fossem atendidos. Entretanto, os pactos de poder não

tenham pretensão de serem universais ou abrangentes como a Constituição em sentido moderno (NEVES, 2009).

Além disso ainda existia uma concepção de um direito natural, em que o jurídico permanecia subordinado ao soberano. “Dessa maneira, eles [os pactos de poder] se apresentavam como direito mutável subordinado ao direito natural imutável e verdadeiro dos príncipes” (NEVES, 2009, p.21).

Por essa razão, embora os pactos de poder tenham contribuído para que direito e política iniciassem esse processo de distinção, ela só começa a ser evidente com o surgimento da sociedade moderna ou multicêntrica, em que tem como base a diferenciação funcional a partir da complexidade, ocasionando, por conseguinte, a abertura desta sociedade para as diversas probabilidades que surgem (SIQUEIRA, 2020).

Logo, é possível perceber, que os sistemas jurídico e político, mesmo com a superação do direito sacro, ainda não se diferenciam de forma explícita, sendo primeiramente o direito indisponível para validação do poder e da estratificação social e depois, com o absolutismo, sendo mero instrumento utilizado pelo poder soberano para controlar os súditos.

2.1 SOCIEDADE MULTICÊNTRICA E LIMITAÇÃO DO ESTADO

A partir do surgimento da chamada sociedade mundial, é possível observar uma diferenciação nítida do sistema político e jurídico. Entretanto, antes de compreender como se deu a formação da sociedade multicêntrica e, conseqüentemente, a evidente diferenciação sistêmico-funcional entre direito e poder, é preciso, previamente, falar sobre o que seria a sociedade a partir dos conceitos clássicos e ontológicos, bem como se deu a superação desses, pelo conceito proposto por Niklas Luhman na teoria dos sistemas.

Em linhas gerais, sociedade aos moldes clássico e ontológico, limita-se ao território em que um grupo de pessoas está localizado. Quando se observa o conceito clássico do significado de sociedade, é estabelecido que ela é composta por pessoas que partilham de fundamentos políticos e culturais comuns. Já o conceito ontológico traz uma perspectiva de análise objetiva em que há a separação do sujeito e do objeto (BECHMANN; STEHR, 2001; SIQUEIRA, 2020).

Ao observar o que seria a sociedade mundial, a partir da compreensão da teoria dos sistemas, podemos afirmar que aquela é composta por, pelo menos, duas bases fundamentais: a comunicação e a diferenciação sistêmica-funcional. Dessa forma, a sociedade moderna acarreta “[...]o desaparecimento de uma moral de conteúdo hierárquico, válida para todas as conexões de comunicação, e o surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos, reproduzidos com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionados pelos meios ambientes respectivos” (NEVES, 1996, p. 94).

Sobre essas diferenciações sistêmicas, que são a base da sociedade mundial, tornando-a complexa, é relevante mencionar as primeiras distinções evidentes, as quais promoveram a distinção entre os sistemas econômico, científico e cultural dos sistemas político e religioso.

O sistema econômico foi, assim como ciência e arte, um dos primeiros a se diferenciar dos sistemas que envolviam a política e a religião. Essa separação é notória quando o entendimento de que a eficiência lucrativa não significa, necessariamente, a representação do “bem”, o que até então era possível perceber na sociedade pré-moderna, tendo em vista que a parcela “superior”, os quais eram detentores do poder, eram também os mais abastados, considerando que, estar no topo da pirâmide era sinônimo de ser “bom” (NEVES, 2009).

Os outros dois sistemas que se diferenciaram das concepções pré-modernas foram o da ciência e o da arte. O primeiro, passou a perceber que o saber científico e a busca da verdade que ele almejava não precisavam ser sinônimos do “bem”. O segundo, assim como foi no sistema econômico, constatou que o que era considerado “bom” também prescindia do “bem” estabelecido pela moral e pela religiosidade (NEVES, 2009).

Essas primeiras distinções, deram impulso para a formação da sociedade moderna, a qual tem como base exatamente a diferenciação funcional, a comunicação e a evolução social, sendo importante destacar que evolução social, neste contexto, não é ligada aos conceitos clássicos de “chegar ao nível máximo de algo”. Na conjuntura da sociedade moderna o desenvolvimento social significa a “transformação do improvável em provável” (SALIM; SILVA, 2016, p. 97).

Ademais, quando se estabelece que esta sociedade multicêntrica é fundamentada na comunicação e não no ser humano, também pode-se afirmar “que

na dimensão da comunicação, nenhum meio dominante pode ser reconhecido” (BECHMANN; STEHR, 2001, p. 197), ou seja, não há um sistema superior, todos interagem horizontalmente, reproduzindo-se a partir de seus próprios códigos no caso do direito refere-se ao lícito/ilícito:

Assim sendo, ao afastar-se da possibilidade de um ponto de observação único ou privilegiado do social, cumpre insistir, do ponto de vista da teoria dos sistemas, que nem mesmo a política é um centro ou um lugar privilegiado da sociedade, mas um sistema em concorrência com os outros (NEVES, 2009, p.25).

Posto isso, é possível afirmar que o conceito clássico e ontológico de sociedade é superado a partir da teoria sistêmica, haja vista, o conceito de sociedade para esta teoria tem como base a diferenciação funcional, que começa a ocorrer desde a pré-modernidade, mas que se torna clara a partir da modernidade com a separação dos sistemas econômico, cultural e científico dos sistemas político e religioso, além da comunicação, que vai além do mero envio de informações, mas se estabelece a partir da compreensão e da evolução social (NEVES, 2009; SIQUEIRA, 2020).

No entanto, embora a sociedade mundial não tenha como fundamento um único sistema, “[...] cabe defini-la como uma sociedade que se desenvolve *primariamente* com base nas expectativas cognitivas (economia, ciência e técnica).” (NEVES, 2009, p. 28), em outras palavras, não significa dizer que essas bases (economia, ciência e técnica) definem a sociedade multicêntrica, mas que quando observamos os subsistemas dela, esses três, sobretudo a economia nas sociedades periféricas, a qual o Brasil se encontra, tem um maior destaque quando se faz uma primeira análise.

Um outro sistema que de alguma forma implica para que a construção primária da sociedade moderna se dê com base nas expectativas cognitivas é o do meio de comunicação, visto que, os três sistemas que acabam por ter maior destaque, só obtiveram essa relevância após passar pelo crivo da mídia, que é grande influenciadora de massas, mas ressaltando que exercer essa influência não significa ser a base orientadora para os demais sistemas, visto que os padrões midiáticos podem ser aceitos ou rejeitados e ainda assim, haver a comunicação de modo horizontal (NEVES, 2009).

A partir disso, nota-se que tanto a mídia quanto a economia têm influências expressivas na formação da sociedade moderna. Tendo isto em mente, também é

importante evidenciar que ambos os sistemas, rompem as fronteiras territoriais que, até então, eram estabelecidas para conceituar a sociedade no sentido clássico (NEVES, 2009).

Desse modo, assegura-se que a sociedade moderna já surge desvincilhada, dos conceitos de sociedade que se vinculavam aos limites territoriais do Estado:

A exploração final da terra, e talvez a exploração do espaço, tornou evidente que o mundo é um complexo fechado e comunicativo. Em princípio qualquer ponto do globo é acessível à comunicação, apesar de todos os obstáculos técnicos, políticos e geográficos. A sociedade mundial é a auto-eventuação do mundo em comunicação (BECHMANN; STEHR, 2001, p. 194).

Quando partimos da perspectiva de que o Estado Nacional se construiu a partir da busca das pessoas pela sensação de pertencimento, formando, desse modo, uma nação ligada não só pela afinidade cultural e política, mas, sobretudo, pelo território, e que os sistemas que mais se destacam são justamente aqueles que rompem essas fronteiras e compreendendo que a sociedade moderna é mundial e tem a vinculação com o território enfraquecida, é preciso que as atuais limitações do estado perante a sociedade multicêntrica sejam notadas (RODRÍGUEZ, 2010).

Primeiramente, cabe destacar que o conceito de sociedade mundial, não se confunde com o conceito de globalização, visto que, este último é vinculado essencialmente ao desenvolvimento baseado na economia, indo de encontro a ideia principal de que na sociedade multicêntrica não há uma relação de hierarquia entre os sistemas (ELMAUER, 2015).

Essa tendência de definir a sociedade a partir dos sistemas que, de algum modo, têm mais destaque quando feita uma primeira análise, acaba por ser um meio de limitação, visto que, como já afirmado, desenvolveu uma complexidade sem precedentes. “Uma sociedade não pode ser caracterizada por sua parte mais importante, seja um compromisso religioso, um estado político ou um certo modo de produção econômica” (ARAÚJO; WAIZBORT, 199, p. 188).

Dito isso, ao analisarmos características basilares que compõem o Estado-Nação, como é o caso de uma identidade política e religiosa, bem como conceitos que, de algum modo, apontam para pessoas reunidas em um mesmo lugar, vemos que com o advento da sociedade mundial, já não é mais suficiente falar que o Estado, estabelecido por limites territoriais é suficiente para solucionar conflitos que venham

a existir nesta sociedade multicêntrica: “As interdependências globais e a dissolução de restrições temporais e espaciais pelas tecnologias modernas de informação e transporte reduzem fortemente a plausibilidade de uma definição de sociedade territorialmente limitada” (BECHMANN; STEHR, 2001, p. 194).

No entanto, mesmo a comunicação da sociedade mundial sendo feita a nível global e, por conseguinte, rompendo os limites territoriais, o sistema político ainda se desenvolve dentro das fronteiras do que temos como Estado “[...] porque as chances para a tomada de decisões coletivamente vinculantes ainda permanecem fortemente dependentes de processos políticos que, em primeiro lugar, se desenvolvem no respectivo plano regional” (NEVES, 2009, p.31).

Levando isso em consideração, infere-se que a Constituição ainda é vinculada, em alguma medida, aos limites territoriais, e assim sendo, há a necessidade de se estabelecer meios para que os conflitos surgidos na sociedade mundial, como é o caso daqueles que envolvem direitos humanos, os quais ultrapassam os limites das fronteiras, sejam solucionados.

Tendo em vista que ao analisarmos as alianças entre as mais diferentes regiões do mundo e a dificuldade de o Estado controlar seus próprios conflitos internos, os quais decorrem da formação de uma sociedade que já não tem a característica de ser homogênea, nota-se, que há um enfraquecimento dos elementos fundamentais para formação clássica de um Estado, como é o caso do controle da violência (RODRÍGUEZ, 2010).

Por fim, surge a necessidade de que se estabeleçam essas comunicações por meio dos seus sistemas, considerando que, a sociedade moderna é heterogênea, e devido a essa diversificação cultural, religiosa e política, algumas vezes a Constituição doméstica não consegue garantir que todas as pessoas sejam asseguradas pelo direito interno. É a partir dessa urgência em resolver conflitos que vão além das fronteiras, que surgem os entrelaçamentos entre as mais diferentes ordens, produzindo, desse modo, o transconstitucionalismo (NEVES, 2009).

2.2 ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E RAZÃO TRANSVERSAL

Niklas Luhmann em sua teoria se utiliza do conceito de autopoiese, o que significa dizer que cada sistema tem liberdade para se autodeterminar. Um exemplo

a ser mencionado é o do sistema jurídico em que “[...] o direito positivo (moderno) reproduz-se primariamente de acordo com seus próprios critérios e código de preferência (lícito/ilícito)” (NEVES, 1996, p.95).

Acontece que esta autodeterminação não significa dizer que cada sistema é fechado para qualquer tipo de comunicação, há uma abertura cognitiva, a qual permite que aquele “selecione” o que é mais interessante para seu desenvolvimento, visto que a “autopoiese possibilita ao sistema alcançar uma alta complexidade interna, que serve para especificar sob quais condições os sistemas responderão às condições existentes no ambiente” (NEVES, 2005, p.51).

Diante disso, ao verificar essa independência, que também pode ser vista como auto-observação do próprio sistema, e que a sociedade mundial é composta por diversos sistemas parciais, se torna imprescindível que seja estabelecido um meio de comunicação entre eles, com a finalidade de que um não se sobreponha ao outro. A partir desta necessidade de que haja uma comunicação horizontal entre os sistemas, Luhmann cria o conceito de acoplamento estrutural:

Esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca sua respectiva autonomia (NEVES, 2009, p.35).

A propriedade e o contrato, por exemplo, podem ser citados como acoplamento estrutural entre direito e economia, assim como a universidade é o acoplamento estrutural entre educação e ciência. Já no caso do direito e da política a Constituição é que exerce este papel (NEVES, 2009).

A linguagem é o acoplamento estrutural entre o sistema psíquico (consciência) e o sistema social, sendo importante para que outras comunicações aconteçam, tendo em vista que por meio da consciência, a qual tem os pensamentos como parte de sua estrutura interna, há um desenvolvimento mútuo do sistema psíquico e do sistema social:

Esse mecanismo aumenta o número de possibilidades de processos comunicativos, no caso do sistema social, e de pensamentos, no caso do sistema psíquico. Essa maior gama de alternativas significa, ao mesmo tempo, pressão sobre a seleção e liberdade de escolha (NEVES, 2005, p.62).

Posto isso, é evidente que os acoplamentos estruturais funcionam como meio de comunicação intersistêmica. No entanto, é preciso estabelecer uma comunicação

entre as racionalidades de cada sistema, a fim de proporcionar que, mais do que uma simples comunicação, haja a troca de experiências construtivas (NEVES, 2009).

Diante dessa necessidade de interação entre as diferentes racionalidades dos sistemas, é proposto que além do acoplamento estrutural, aqueles se comuniquem por meio de uma racionalidade transversal, modelo sugerido por *Wolfgang Wesch*, o qual “[...]considera a sociedade multicêntrica sob o ponto de vista da heterogeneidade dos “jogos de linguagem”. Isso significa que não há um discurso supraordenado, imposto aos outros como regulador” (NEVES, 2009, p.38).

Porém, para a teoria do transconstitucionalismo são feitas algumas observações quanto ao modelo de razão transversal proposto por *Wesch*, uma vez que o filósofo não concorda com a ideia de total ausência de um discurso que sirva de orientação para todos os outros, afirmando que a razão orientadora é vazia de conteúdo. Entretanto, o modelo transconstitucional se utiliza do conceito de racionalidade transversal parcial, em que há uma conexão construtiva entre as racionalidades de cada sistema (ELMAUER, 2013; NEVES, 2009).

Ao analisar o que seria essa razão transversal parcial, afirma-se que “[...]trata-se de uma razão que não é outorgada aos jogos de linguagem particulares, mas, ao contrário, está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como “pontes de transição” entre heterogêneos” (NEVES, 2009, p.39).

A partir desta ideia de racionalidade parcial como ponte de transição, nota-se que assim como os acoplamentos estruturais, existem pontos negativos a considerar, a fim de que possamos entender como ambos atuam nas relações entre sistemas.

Inicialmente, quando observamos a comunicação por meio de acoplamentos estruturais, pode ocorrer a chamada corrupção sistêmica que acontece quando um sistema se sobrepõe a outro, desse modo, não há um fechamento operacional completo e um sistema acaba “dominando” o outro (NUNES; LYRA, 2017).

Um exemplo desta corrupção sistêmica pode ser visualizado entre direito e economia e direito e política, em que, por diversas vezes, sobretudo em países periféricos como é o caso do Brasil, há uma relação hierárquica entre poder e dinheiro sobre o direito, o tornando instrumento para validar vontades particulares (NEVES, 1996).

Quando se fala de corrupção sistêmica, fala-se na incapacidade daquele sistema corrompido não mais reagir às interferências do outro. “Nessa hipótese, não

está presente apenas o perigo da desdiferenciação: há um episódio concreto de desdiferenciação sistêmica” (NEVES, 2009, p.44), em outras palavras, ocorrendo essa desdiferenciação o acoplamento estrutural fica vazio de significado, visto que os sistemas corrompidos já não possuem a autonomia operacional.

Ainda tratando deste aspecto, sobretudo o do direito, destaca-se a ocorrência do fenômeno de sobreintegração e subintegração, em que “[...]a Constituição não atua como mecanismo de autonomia do direito, sendo deformada durante o processo concretizador por força da sobreposição de injunções políticas particularistas e interesses econômicos concretos.” (NEVES, 1996, p.102), ou seja, a Constituição ao mesmo tempo que fornece direitos e garantias para os sobreintegrados, serve como instrumento de restrição de direitos para os subintegrados, não significando dizer que esses estão à margem da lei e são rechaçados por ela, mas que da forma como os direitos são postos, faltam-lhes condições concretas para os exercerem.

No tocante ao que seria o lado negativo da racionalidade transversal, é possível notar a negação da alteridade, visto que há a perda de percepção de uma racionalidade pela outra. Existe o perigo de uma especialização tão intensa, fazendo com que haja, posteriormente, a fragmentação destas racionalidades causando dificuldades no momento de comunicação (NEVES, 2009).

Tendo em vista esta especialização das racionalidades, pode-se afirmar que se origina uma desconexão do sistema com o ambiente, tornando o sistema como sendo algo absoluto, em outras palavras, ocorre a deficiência na comunicação, ocasionando, por conseguinte, uma limitação da complexidade. Essa otimização, causada pela especialização excessiva dos sistemas por meio de suas racionalidades, pode acarretar uma “ausência de interesse” para que ocorra uma interação entre sistemas (NEVES, 2009; NUNES; LYRA, 2017).

Além desse problema de fragmentação e conseqüente isolamento dos sistemas, também existe a possibilidade da dominação de uma racionalidade sobre as demais. Não é exatamente uma corrupção sistêmica, pois esse domínio ao invés de interferir na estrutura do sistema, fragiliza a própria comunicação:

A “expansão imperial” como lado negativo da racionalidade transversal ocorre quando um sistema que dispõe um código forte, ao relegar um outro à insignificância, não só prejudica as “pontes de transição”, como também dificulta que os respectivos sistemas atuem adequadamente em relação à sociedade: um por força da tendência hipertrófica; o outro por força de uma propensão à atrofia (NEVES, 2009, p.47).

Visto isso, nota-se que os problemas do acoplamento estrutural e da racionalidade transversal, estão ligados a questões morais, considerando que, tanto na corrupção sistêmica, quanto na possibilidade de domínio de uma racionalidade sobre a outra, há uma intolerância a heterogeneidade que é inerente a sociedade moderna. Entretanto, mesmo com essas questões morais a serem enfrentadas, é preciso destacar a importância do acoplamento estrutural e, sobretudo, da racionalidade transversal para comunicação entre sistemas (NEVES, 2009).

Quando se observa esses mecanismos de “diálogo”, percebemos que a existência do acoplamento estrutural não é condição suficiente para existência da racionalidade transversal, visto que, esta última pressupõe não somente a comunicação em si, mas uma relação que construa e desenvolva positivamente os sistemas envolvidos. Além disso, a racionalidade transversal, diferentemente do acoplamento estrutural, permite a interação entre mais de dois sistemas ao mesmo tempo, promovendo esse aprendizado mútuo por meio de uma comunicabilidade multilateral (NEVES, 2009).

Por fim, conclui-se que a racionalidade transversal, é de extrema relevância para as comunicações entre diferentes ordens, sendo pressuposto para que o transconstitucionalismo aconteça, visto que, é preciso buscar a interlocução para o enfrentamento de problemas que ultrapassam as racionalidades de um único sistema, a fim de que seja estabelecida a mudança da concepção de que todas as respostas estão no ordenamento jurídico interno, evitando a tendência do constitucionalismo imperial (NEVES, 2009).

2.3 CONCEITO DE TRANSCONSTITUCIONALISMO

Antes de compreender o que significa a teoria do transconstitucionalismo, é essencial que seja assimilado o conceito de Constituição transversal. Para tanto, partimos do pressuposto de que com as demandas da sociedade multicêntrica a Constituição não funciona apenas como acoplamento estrutural, mas como “[...] instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito” (NEVES, 2009, p.62).

Dito isso, é superado o conceito de Constituição nos moldes pré-modernos, visto que, como já mencionado, não havia uma diferenciação entre direito e política, por conseguinte a constituição não funcionaria como meio de comunicação entre os sistemas e nem como instrumento para trocas de experiências recíprocas.

A partir desse contexto, entende-se por Constituição transversal aquela que comunica as racionalidades particulares do direito e da política: justiça e democracia, respectivamente. Acontece que este modelo de Constituição enfrenta dificuldades, tendo em vista a constante “luta” entre as racionalidades particulares do direito e da política para que uma seja sobreposta a outra, o que, por muitas vezes, acaba tornando a Constituição algo meramente representativo (NEVES, 2009).

Logo, podemos perceber que enquanto a Constituição Estatal serve como instrumento de observação entre direito e política, a Constituição transversal busca a comunicação construtiva entre as racionalidades particulares dos dois sistemas, tendo ganhado maior destaque a partir do momento em que “[...]novos problemas com os quais a atual ordem internacional e as emergentes ordens supranacionais e transnacionais estão confrontadas cada vez mais intensamente” (NEVES, 2009, p.83).

No entanto, a sugestão do transconstitucionalismo é de que a interação não seja feita entre diferentes sistemas a partir de suas racionalidades particulares, como ocorre na Constituição transversal, mas de que a comunicação seja estabelecida dentro de um mesmo sistema, como é o caso do direito, tendo em vista a existência de diferentes ordens jurídicas e de problemas que percorrem todo este meio. Dessa forma, podemos afirmar que um “problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução” (NEVES, 2014, p.207).

É preciso compreender que a existência dessas ordens distintas, as quais são diferenciadas funcionalmente, não significa dizer que há um isolamento entre elas. Um exemplo desse intercâmbio de comunicação, pode ser visualizado quando são introduzidas convenções de caráter internacional no direito doméstico. Além disso, também é relevante o fato de que essa interação, em muitas ocasiões, se inicia a partir do centro do direito, o qual é representado por juízes e tribunais (NEVES,2009).

Tendo em vista essa perspectiva de que a interação entre ordens jurídicas se desenvolve a partir do centro, é possível concluir que uma ordem pode ao mesmo tempo ser centro e periferia, dependendo do ponto de vista. “O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*” (NEVES, 2014, p. 208).

Esse diálogo, os quais não estão restritos apenas aos tribunais, acontecem de modo reflexivo, não há uma hierarquia entre as ordens. A comunicação e interpretação é feita a partir da perspectiva de cada uma daquelas, ou seja, há uma “fertilização cruzada”, o qual se refere à citação mútua de tribunais, que se utilizam dessas referências não como uma mera ratificação de um pensamento, mas como razão de decidir ou, pelo menos, como meio para a construção destas ideias, que apesar de terem sido estabelecidas em outra ordem, acabam tendo um poder persuasivo (NEVES, 2009).

Posto isso, entende-se que esse diálogo entre ordens é imprescindível no enfrentamento de questões que vão além dos limites territoriais do Estado, tendo em vista que problemas, especialmente aqueles que tratam de direitos fundamentais e direitos humanos, são questões que afetam todas as ordens pertencentes ao sistema jurídico.

O objetivo principal do transconstitucionalismo, e deste objetivo podemos extrair o seu conceito, é de que mais importante do que definir o problema, é solucioná-lo, por meio dessa “conversação”, entendendo que o mesmo problema pode ser encontrado em diferentes ordens (NEVES, 2009).

Essa compreensão de que os problemas são transversais e de que as soluções precisam acompanhar essa transversalidade, é essencial para que se perceba que a aplicação ou interpretação de uma norma não se resume a uma “disputa” de hierarquia daquilo que é interno ou externo, mas sim a compreensão de que o enfrentamento destes problemas está dentro de uma mesma esfera, ou seja, o sistema jurídico (RESENDE, 2011).

No entanto, é importante assimilar que esse diálogo não tem como objetivo rejeitar as interpretações das ordens que dele participam, a finalidade é de que “[...]à luz do problema, os conteúdos normativos se transformam no processo concretizador, possibilitando o convívio construtivo entre ordens” (NEVES, 2009, p. 126).

Ademais, é preciso destacar que apesar de ter como objetivo um diálogo exercido de modo horizontal, não se pode negar a intenção de uma ordem em sobressair perante as outras. Visto isso, é proposto que haja uma construção heterarquica, em que cada ordem tem sua autonomia, além de não existir uma relação verticalizada, típica da hierarquia:

A cada novo caso inesperado, as estruturas reflexivas das respectivas ordens precisam rearticular-se consistentemente para possibilitar uma solução complexamente adequada à sociedade, sem atuar minando, bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas antes contribuindo para estimulá-la a estar disposta ao intercâmbio em futuros “encontros” para o enfrentamento de casos comuns. (NEVES, 2009, p.129)

Diante desse contexto em que se apresenta a teoria do transconstitucionalismo, cabe apontar, de modo não exaustivo, como ocorre esse entrelaçamento em algumas ordens, sobretudo entre cortes constitucionais, a qual será ponto de partida para a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 (BRASIL, 2018) que versa sobre afirmação de direitos fundamentais dos transgêneros.

O primeiro entrelaçamento a ser mencionado é aquele que ocorre entre direito internacional público e direito estatal. Previamente, é necessário desvincular a ideia de que há uma hierarquia entre as duas ordens, visto que, para a teoria do transconstitucionalismo o “diálogo” ocorre no mesmo nível. Além disso, cabe lembrar que o problema transconstitucional ocorre em ambas as ordens, tornando fundamental que a concepção de uma soberania estatal e uma pretensão universalista do direito internacional sejam superadas (NEVES,2009).

Um exemplo dessa “conversação” entre direito internacional público e direito estatal, pode ser observada na ratificação de convenções e tratados internacionais, visto que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) pela Emenda Constitucional 45/2004 que quando esses tratados não forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, essas convenções terão caráter supralegal.

Dessa forma, quando observamos a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual não foi aprovada nos moldes citados, percebemos que apesar de o Brasil ter ratificado o acordo não houve a imposição de uma *ultima ratio* internacional, como geralmente ocorre (NEVES,2009).

Um outro exemplo de transconstitucionalismo é o que ocorre entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais. Essas estão relacionadas às

organizações menos complexas, representadas por tribos indígenas. No entrelaçamento dessas ordens é preciso compreender que por muitas vezes as organizações indígenas, não compactuam com o mesmo entendimento de direitos humanos e fundamentais o qual uma ordem estatal, regida por uma Constituição é habituada (NEVES, 2009).

Diante disso, há uma limitação do transconstitucionalismo, visto que, a própria imposição de conceitos, como são aqueles relacionados aos direitos humanos, é contrária à teoria, pois, para ela, não há uma hierarquia entre as ordens. Em outras palavras, quando é estabelecido um diálogo entre estas duas ordens, é preciso haver tolerância: “Impõe-se nesse contexto considerar a colisão entre duas perspectivas diversas dos direitos, procurando não “fazer injustiça” mediante a imposição de uma, a da ordem dos mais fortes, à outra, a da ordem dos mais fracos” (NEVES, 2014, p.221).

Exemplo emblemático dessa relação, por muitas vezes conflituosa, tendo em vista a tendência “imperialista” das ordens estatais, pode ser observado no Projeto de Lei nº 1.057 de 2007, em que tinha como proposta a criminalização de uma prática tradicional da tribo Suruahá, visto que, de acordo com os costumes da tribo, é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos que possuíam algum tipo de deficiência (NEVES,2009).

Durante o trâmite das votações do Projeto de Lei, pesquisas feitas por antropólogos observaram que nesta tribo específica, o maior percentual de morte ocorria em decorrência do suicídio, e não das práticas consuetudinárias, demonstrando que a concepção de vida estabelecida na ordem estatal brasileira, era diferente daquele com a qual os índios Suruahá compartilhavam. Em resumo, o Projeto de Lei não foi aprovado, tendo sido evidenciado que a imposição de “direitos humanos” seria de extremo dano para aquela tribo (NEVES,2009).

Por fim, percebe-se que a teoria do transconstitucionalismo tende a incentivar o diálogo entre as ordens que compõem o sistema jurídico, com o propósito de que problemas que surgem nestas ordens, sejam resolvidos por meio de uma troca de conhecimentos construtivos, para que o direito, deste modo, esteja em compasso com o dinamismo de sociedade mundial e não se torne, como era nas sociedades pré-modernas, estático e mero instrumento de legitimação do poder.

2.4 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS

O transconstitucionalismo entre cortes constitucionais, tem como ponto de partida o “transjudicialismo”, o qual se define como a interação entre cortes. Entretanto, o objetivo do transconstitucionalismo entre ordens estatais vai além daquele, visto que para a teoria, as decisões que são citadas reciprocamente não funcionam tão somente como ratificação de uma ideia já preexistente, mas como razão de decidir ou construção da ideia central dos julgados (NEVES,2009).

Esse tipo de entrelaçamento, é o que mais facilmente pode ser percebido, visto que, com o desenvolvimento dos meios de comunicação, magistrados de um Estado têm o acesso facilitado às decisões estrangeiras. Ademais, cabe pontuar que o transconstitucionalismo não é simplesmente a implantação de uma decisão alienígena, sem a devida adequação ao ordenamento doméstico:

Na verdade, a essência de tal instituto é algo muito mais robusto. Trata-se do uso de jurisprudência de outras ordens constitucionais, com o objetivo de fortalecer o direcionamento das decisões de cada magistrado acerca de determinada questão, ou até mesmo, como forma de construir uma decisão em si. (GONÇALVES, 2018, p. 61)

O diálogo entre cortes constitucionais, pode ser visualizado em diversas situações. Um exemplo em que é possível perceber esse modelo de transconstitucionalismo é no caso *State x Makwanyane*¹, em que a Corte Constitucional sul-africana deliberou sobre a constitucionalidade da pena de morte, declarando, posteriormente, tal medida inconstitucional e se utilizando de decisões de diversas cortes, como por exemplo a Corte Constitucional da Alemanha, além do Tribunal Europeu de Direitos humanos, para tanto (GONÇALVES, 2018; NEVES, 2009).

Sendo válido ressaltar que as decisões que foram utilizadas como referência, neste caso, “[...]constituíram elementos centrais da argumentação e decisão do tribunal sul-africano, contribuindo para a força de convencimento dos magistrados” (NEVES,2009, p.172).

¹ *State x Makwanyane*, foi um caso julgado em 1995 pela Corte Constitucional sul-africana que decidiu, em sede de recurso, pela inconstitucionalidade da seção 277 (1) (a) do *Criminal Procedure Act* 51 de 1977, o qual definia a pena de morte como sentença competente para o crime de homicídio

É importante alertar que é preciso atenção quando ocorre o transconstitucionalismo entre cortes, sobretudo para evitar que uma nova espécie de “colonialismo” seja imposta. Visto que, por muitas vezes, cortes que estão no “centro” como é o caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, excluem cortes da periferia, como por exemplo as cortes chilenas, por considerarem que elas são inadequadas para um “diálogo” transconstitucional tendo em vista que já passaram por regime militar, acerca disso Marcelo Neves (2009, p.183):

Essa postura das cortes americanas pode ser interpretada como expressão da assimetria entre ordens jurídicas, tendo em vista que as cortes dos países fortes na constelação internacional tendem a não sofrer censuras dos tribunais americanos, enquanto os tribunais dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento não são levados a sério pelos juizes dos Estados Unidos.

No entanto, vale lembrar que o transconstitucionalismo parte de uma ideia de paridade entre as ordens jurídicas, neste caso entre as cortes constitucionais, e sendo assim ao invés de rechaçar as decisões de cortes de países que ainda estão em desenvolvimento, sobretudo na esfera política, “[...]deve-se procurar promover a integração dos tribunais de países avessos ao constitucionalismo, mesmo como agentes passivos inicialmente” (NEVES, 2009, p.184).

A intenção efetiva do transconstitucionalismo entre ordens estatais é de que estas cortes, independentemente do nível de desenvolvimento em que o país ao qual elas pertencem esteja, interajam de modo que problemas constitucionais, que são comuns a elas, como é o exemplo dos que envolvem direitos humanos, sejam solucionados, ocasionando, desse modo, a concretização dessas garantias (NEVES, 2009)

Quanto ao método em que se estabelece o transconstitucionalismo, é necessário definir que o ponto de partida é determinado quando as ordens decidem enfrentar, por meio de uma comunicação transversal, os problemas que nelas estão presentes. Além disso, é preciso se desvencilhar da concepção de que uma ordem é mais relevante do que a outra e de que, por essa razão, precisa dominar a ordem com a qual dialoga: “nesse sentido é fundamental, no plano da construção de uma metodologia do transconstitucionalismo, que se considere ser indispensável a reconstrução permanente da [...] ‘identidade constitucional’ por força de uma consideração permanente da alteridade” (NEVES, 2009, p.272).

Dessa forma, como já foi mencionado na teoria dos sistemas, a qual o transconstitucionalismo usa como aporte teórico, é essencial que nestes entrelaçamentos entre ordens jurídicas, inclusive entre cortes constitucionais, o processo não tome uma ordem central ou “mais forte” como meio determinante para o diálogo, visto que, se parte do pressuposto que todas as ordens, até mesmo aquelas que são avessas ao constitucionalismo, são fundamentais para a resolução dos problemas e, dessa maneira, precisam estabelecer um diálogo baseado na heterarquia (NEVES,2009).

Diante disso, chega-se à conclusão de que quando surgem problemas constitucionais, sobretudo os que se referem aos direitos humanos e fundamentais, o Estado, representado pela Constituição já não é mais, isoladamente, suficiente. Por este motivo, essa comunicação que é estabelecida entre as ordens jurídicas é de suma relevância para a deliberação destas questões, tendo em vista que o Estado embora “fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas” (NEVES, 2009, p.297).

Por fim, a ideia central do transconstitucionalismo, o que inclui o instituído entre cortes constitucionais, é de compreender que toda ordem tem um “ponto cego” e de que, por meio das “pontes de transição” que são estabelecidas, o “ponto cego” de uma ordem pode ser visto pelo o outro e vice-versa, sendo, fundamental que esse diálogo ocorra para que nenhum grupo fique à margem de direitos, haja vista a heterogeneidade da sociedade multicêntrica (NEVES, 2009).

3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4275 SOB A PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Depois da compreensão da teoria e quais as bases utilizadas para defini-la, é interessante que antes da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 (BRASIL, 2018) seja identificado o modo como o transconstitucionalismo se manifesta no Supremo Tribunal Federal sobretudo quando se trata de direitos fundamentais e humanos.

Como já mencionado nos tópicos anteriores, o transconstitucionalismo é necessário quando um problema está presente em mais de uma ordem jurídica, visto que a finalidade dele é solucionar problemas que ultrapassam os limites territoriais de um Estado. Desse modo, há o estabelecimento de um diálogo dentro do próprio sistema jurídico para que haja o efetivo enfrentamento das questões que são levantadas (NEVES, 2009).

No caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) é um dos meios de resolução de conflitos que tratam de direitos humanos e fundamentais. É possível notar que em vários julgamentos a corte constitucional utilizou do método do transconstitucionalismo, a fim de solucionar problemas que transcendem o ordenamento jurídico brasileiro.

Um exemplo em que a interação entre ordens distintas se fez presente é o do Habeas Corpus 82424/RS (BRASIL, 2003). Em resumo, a defesa do réu Siegfried Ellwanger Castan, o qual estava sendo processado por escrever e publicar livros antissemitas, ajuizou pedido de Habeas Corpus alegando que, apesar de o paciente ter cometido o ilícito penal previsto no art. 20 da lei 7.716/89 (BRASIL, 1989) o crime não seria imprescritível, pois o delito era diverso do racismo e portanto já estava prescrito, tendo em vista que art. 5, XLII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) determina que o crime de racismo é imprescritível, e, desse modo, como Ellwanger não teria praticado racismo, poderia ser liberado.

A defesa alegou a tese de que quando o crime de racismo foi tipificado, bem como sua imprescritibilidade, a vontade do legislador seria restringir tão somente às ações que se referiam à discriminação contra pessoas pretas, e sendo os judeus, de modo geral, brancos, o crime de racismo não teria fundamento jurídico para se aplicar ao caso concreto (BRASIL, 2003).

Chegando ao STF, foi decidido, por meio do transconstitucionalismo, que o Habeas Corpus seria negado, tendo em vista que de acordo com decisões internacionais, como a do caso *United States x Lemrick Nelson*² em que a Corte de Apelação da Califórnia em 1999, concluiu que os judeus, apesar de não serem considerados como uma raça, merecem proteção do Estado, evidenciando, nesta decisão, que foi preciso recorrer ao direito estrangeiro para solucionar um problema no território nacional (BRASIL, 2003).

Um outro caso que também envolve o transconstitucionalismo e o Supremo Tribunal Federal é o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº153 (BRASIL, 2010). Em linhas gerais, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a ação com a finalidade de que a lei de anistia não fosse recepcionada pela Constituição Federal, tendo em vista que esta lei anistiava os crimes cometidos durante o regime militar brasileiro. A decisão do STF, que foi contrária ao pedido da ação, se baseou em julgados de países que também passaram pelo mesmo regime, como Argentina, Chile e Uruguai.

A fundamentação foi amparada na jurisprudência estrangeira para explicar por quais motivos o Brasil não iria acatar com o pedido contido na ADPF 153 (BRASIL, 2010). Neste caso, o transconstitucionalismo foi utilizado para demonstrar que a situação brasileira era diferente da situação argentina, chilena e uruguaia e, desse modo, não teria aplicabilidade no caso concreto.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o que ocorreu neste julgado é a utilização da teoria para demonstrar que seria mais interessante aplicar o ordenamento jurídico nacional e, sendo assim, o transconstitucionalismo serviu para justificar a inadequação dos casos dos outros países. Esse auxílio de precedentes estrangeiros, embora fundamentem o porquê das diferenças das decisões e, por conseguinte, a negativa da jurisprudência, não deixa de ser transconstitucionalismo, visto que, procura expor como uma situação semelhante foi decidida em outro país. (BRASIL, 2010).

Mais um caso enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em que pode ser notada a conversação entre ordens jurídicas é o do processo de Extradicação nº1362

² *United States x Lemrick Nelson*, foi um caso julgado em 1992, que decidiu que o réu Lemrick Nelson, havia atacado o estudante Yankel Rosenbaum pelo fato de ser judeu, decidindo a corte de Apelação da Califórnia pela proteção dessa parcela da população.

(BRASIL, 2016). O pedido de extradição foi feito pela Argentina, a qual afirmava que o extraditando, Salvador Siciliano, teria cometido o crime de lesa-humanidade e participado da Aliança Anticomunista Argentina (Triple A). Os ministros deliberaram sobre a imprescritibilidade ou não do ilícito penal, tendo em vista que os delitos foram cometidos entre os anos de 1973 e 1975.

O acórdão foi desfavorável à extradição, pois segundo o tribunal pleno, os crimes cometidos por Salvador Siciliano eram equivalentes aos crimes de homicídio qualificado, sequestro, associação criminosa e cárcere privado, dessa forma, tendo sido reconhecida a prescritibilidade. Um dos argumentos mencionados para negar a extradição se baseou nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em que buscava essa proteção ao extraditando, reconhecendo, desse modo, que os crimes já estavam prescritos (BRASIL, 2016)

É interessante mencionar que o voto de Edson Fachin, o qual foi favorável à extradição, se baseou na Convenção de Viena, considerando que, segundo o ministro, a Convenção busca incidir sobre os crimes de Guerra e crimes contra a Humanidade a imprescritibilidade internacional.:

Embora a Convenção não tenha sido ratificada pelo Estado brasileiro, diversos países do continente Americano o fizeram, razão que levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a assentar, em diversas oportunidades, que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade obrigava os Estados integrantes do sistema interamericano de direitos humanos a punir os suspeitos da prática de tais crimes (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, par. 41; Caso La Cantuta, mérito, sentença de 29 de novembro de 2006, par. 152; e Caso Do Massacre de Las Dos Erres, sentença de 24 de novembro de 2009, par. 129) (FACHIN, 2016, p. 6)

Ante o exposto, é possível notar que decisões internacionais, com ênfase nas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foram utilizadas tanto para votos favoráveis, quanto para os votos não favoráveis à extradição, demonstrando a interação da corte brasileira com o direito internacional.

Levando em consideração os três casos citados, percebe-se que a utilização do transconstitucionalismo pelo Supremo Tribunal Federal se evidencia em votos isolados ou no próprio acórdão. No primeiro caso, o transconstitucionalismo foi usado para proteger o povo judaico, estabelecendo que atos discriminatórios contra essa população seriam equivalentes ao crime de racismo.

No segundo julgado, decisões estrangeiras foram utilizadas para demonstrar as peculiaridades do regime militar brasileiro, demonstrando que essa conversação não se limita tão somente a uma importação do direito estrangeiro.

Já na terceira decisão, nota-se que o transconstitucionalismo foi utilizado a favor e contra o extraditando e que a partir das ponderações do caso concreto, prevaleceu o entendimento de que os crimes cometidos pelo argentino prescreveram.

Diante disso, é possível observar que o transconstitucionalismo já é uma realidade na corte constitucional brasileira, sendo possível citar diversos exemplos, nos quais foi estabelecido um diálogo com outros ordenamentos para efetivamente solucionar problemas que ultrapassam o direito doméstico.

Acerca do objeto de estudo deste trabalho, o qual se dá pela análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 (BRASIL, 2018), é importante esclarecer que a finalidade é verificar se a decisão que foi de grande relevância para comunidade LGBTQIA+, haja vista, afirmou direitos dos transexuais, foi proferida conforme o transconstitucionalismo, levando em consideração que a teoria se propõe a enfrentar problemas que são comuns às diversas ordens jurídicas.

3.1 ADI 4275/DF - MUDANÇA DO NOME E DO GÊNERO NO REGISTRO CIVIL SEM A NECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Tendo em vista que até o julgamento da ADI 4275 (BRASIL,2018) a mudança do nome do transgênero era condicionada à cirurgia de transgenitalização que acarreta à infertilidade de quem se submete a ela, bem como a limitação do número de procedimentos dessa natureza no Sistema Único de Saúde (SUS), no qual somente nove hospitais realizavam esta intervenção (FUX,2018), constatou-se que essa exigência acabava por restringir o direito fundamental ao nome, além de violar a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 (BRASIL,2018), a fim de possibilitar que a alteração do nome no registro civil fosse feita sem a necessidade de se submeter a uma cirurgia.

Diante disso, em março de 2018 o tribunal pleno do STF decidiu pela procedência da ação, cabendo a este trabalho analisar se os argumentos utilizados pelos ministros estão de acordo com o transconstitucionalismo.

3.1.1 Síntese do Caso

No dia 21 de julho de 2009, foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 (BRASIL,2018), a qual tinha como pedido principal buscar a interpretação do art. 58 da lei 6.015/73 (BRASIL, 1973) conforme à Constituição.

Na petição inicial, Deborah Duprat (2009) procuradora responsável pelo ajuizamento da ADI, a Constituição Federal fundamentava a mudança do nome, bem como a do gênero no registro civil sem a necessidade de cirurgia de redesignação, quando estabelecia à dignidade da pessoa humana, o objetivo da República em promover o bem de todos sem qualquer discriminação e por fim, a isonomia e a inviolabilidade da privacidade.

O art. 58 da lei 6015/73 (BRASIL, 1973) estabelece que: “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”. Para a procuradora geral, o caso dos transgêneros se encaixa em apelidos públicos notórios. Além disso, também entende que a manutenção do nome em desacordo com a identificação pessoal, causa vexame, requisito que também permite a mudança do nome.

Segundo a Procuradoria-Geral da República, o conceito de transexual era instituído a partir de duas perspectivas: uma biológica e outra social. A primeira, define a identificação com o sexo oposto como patologia, denominada de Transtorno de Identidade de Gênero. Já a segunda concepção vinculava a noção de transexual aos direitos à liberdade e à privacidade.

Também é estabelecido limites acerca de qual grupo o pedido se trata, tendo em vista que é feita uma classificação de transgênero e transexual, em que o primeiro se refere ao grupo como um todo, incluindo as travestis, e o segundo trata daquelas pessoas que não se identificam com a morfologia do seu corpo.

Além da alteração do nome social, também se defende a mudança do sexo no registro civil, uma vez que, seria contraditório mudar somente o nome. Sobre isso, são trazidos dois exemplos internacionais: o primeiro é o do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, o qual entendeu que a “[...]recusa em autorizar a retificação de certidão de nascimento de transsexual ofende a garantia à vida privada prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos” (AURÉLIO,2018, p.2). Já o segundo exemplo se

refere ao Tribunal Constitucional Federal alemão que condiciona as alterações de nome e sexo no registro civil, em que só é possível realizar a mudança se a cirurgia de redesignação for feita ou, não sendo executada, é preciso que a pessoa tenha pelo menos 18 (dezoito) anos de idade e convicção há três anos de que é transexual, além de observar quesitos estabelecidos por especialistas de diversas áreas.

Relacionado à cirurgia, a qual começou a ser fornecida pelo Sistema Único de Saúde em 2008 a partir de um julgamento do 4º Tribunal Regional Federal, é importante esclarecer que à época da demanda, era regulamentada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.652/2002 e que, posteriormente, foi revogada pela resolução nº 1955/2010 do mesmo conselho. O que é defendido pela autora da ação é que submeter-se à cirurgia não é imprescindível para classificar o indivíduo como transexual, visto que, o descompasso entre o que está posto no registro civil e o modo como a pessoa se identifica já é suficiente para que se tenha o reconhecimento jurídico.

Ainda no que se refere a tese, para que seja acolhido o pedido, é mencionado a violação grave aos direitos fundamentais caso não seja possibilitado a alteração no registro civil sem a mudança de sexo.

Por fim, é possível notar a tendência do pedido em seguir os moldes da Corte alemã, visto que, o requerimento da mudança de nome e sexo no registro civil é feito no seguinte formato:

Pede, caso o indivíduo não opte pela cirurgia, a fixação dos seguintes requisitos para a alteração do assentamento: (i) idade superior a 18 anos; (ii) convicção, há pelo menos 3 anos, de pertencer ao gênero oposto ao biológico; e (iii) baixa probabilidade, de acordo com pronunciamento de grupo de especialistas, de modificação da identidade de gênero. Pugna, ao fim, pela confirmação da tutela de urgência. (AURÉLIO, 2018, p.3)

Foi solicitado pela presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, o posicionamento do Advogado-Geral da União acerca do tema, o qual se posicionou contra a admissibilidade da ADI nº 4275 (BRASIL, 2018), alegando que a interpretação do art. 58 da lei de registros públicos (BRASIL, 1973) conforme à Constituição Federal não abrange os transexuais e que não seria a vontade do legislador disciplinar sobre a mudança do nome de acordo com a não identificação do gênero que consta no registro civil.

No tocante ao posicionamento do Senado Federal, o entendimento foi contrário à admissibilidade e ao mérito da ação. Defendeu que o amparo do poder público para

efetivar direitos da minoria LGBTQIA+ é eficiente, além disso declarou ser inviável o pedido, pois caso houvesse a mudança do nome sem a cirurgia de redesignação haveria um descompasso com a realidade, dessa forma, considerou imprescindível que a alteração do registro só deveria ocorrer após o procedimento.

Foram admitidos no processo como *amicus curiae* o Instituto Brasileiro de Direito de Família, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais do Rio Grande do Sul, o Grupo pela Dignidade-pela cidadania de Gays, Lésbicas e Trans, o Centro Latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos, o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e Gênero, Políticas e Direitos e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por fim, em 01 de março de 2018 foi decidido que a ADI 4275 (BRASIL, 2018), a qual tinha como pedido principal a alteração do nome e do gênero no registro civil, era procedente e que não haveria necessidade nem de cirurgia, nem de tratamentos hormonais. Em uma das passagens da ementa afirma-se que a “[...]identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la” (BRASIL, 2018, p.2).

Dito isso, será feita uma análise dos votos dos ministros na tomada desta decisão, a fim de entender se o transconstitucionalismo entre cortes foi utilizado em alguma medida, tendo em vista que o julgamento foi de extrema relevância para afirmação de direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+ e que o objetivo da teoria é o enfrentamento de questões que ultrapassam os limites territoriais

3.2 ANÁLISE DA DECISÃO À LUZ DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

No julgamento em questão, muitos argumentos foram levantados para chegar ao acórdão que deu procedência à Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF (BRASIL, 2018). É interessante mencionar que quase todos os ministros, com exceção de Marco Aurélio Mendes de Farias, o qual era relator, utilizaram o direito estrangeiro para compor os votos. Desse modo, como objetivo é verificar se a fundamentação desses ministros se baseou no método do transconstitucionalismo, a fundamentação daquele não será analisada neste trabalho.

O ministro Alexandre de Moraes inicia seu voto com o argumento de que a realização da cirurgia de redesignação de sexo como condição para a mudança do nome no registro civil é desnecessária, visto que, para ele, é contraditório o nome está em desconformidade com a forma que aquela pessoa se apresenta perante a sociedade:

Embora a Resolução 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, enumere como requisito para o reconhecimento da condição de transexual o “desejo expresso de eliminar os genitais” do sexo original, com vistas a adquirir as características do sexo oposto, a tendência atual dos ordenamentos jurídicos – inclusive em termos de direito comparado – é no sentido de dispensar a realização de cirurgia de redesignação de sexo. (MORAES, 2018, P.3)

A partir deste entendimento, Alexandre de Moraes faz menção à Lei dos Transexuais - *Transsexuellengesetz* de 1981 da República Federal da Alemanha, que condicionava a mudança de nome no registro à cirurgia de transgenitalização, demonstrando que este já foi o entendimento do país, porém em 2011, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu pela inconstitucionalidade da exigência da cirurgia, a qual teve como fundamentação os direitos à privacidade e à autodeterminação do homem.

Dando continuidade ao seu voto, também menciona o *Gender Recognition Act*, o qual é uma espécie de certificado de gênero, estabelecido na Grã-Bretanha no ano de 2004. Este certificado pode ser usado por aquelas pessoas que se consideram transexuais há pelo menos dois anos, desse modo, não sendo necessária a cirurgia de transgenitalização.

Ademais, é lembrada a Lei nº 3, de 15 de março de 2007 da Espanha, a qual permite aos maiores de dezoito anos a solicitação direta ao responsável pelos registros para mudança de nome e do sexo na certidão. Para tanto, são estabelecidos alguns requisitos como o tratamento médico, que serve como um auxílio à adequação social, por pelo menos dois anos. Porém, não há previsão alguma da cirurgia como essencial para mudança do registro civil.

O ministro também faz referência às leis nº 7 de 15 de março de 2011, de Portugal e da lei nº 26.743 de 2012 da Argentina. A primeira traz como requisito para mudança do nome, a maioria e um relatório médico confirmando que aquela pessoa se identifica com o gênero oposto. Já a segunda traz somente como requisito

que o solicitante tenha mais de dezoito anos. Assim como na lei de 2007 da Espanha, nenhuma prevê a intervenção cirúrgica para que a alteração seja realizada.

Diante disso, o ministro chega à conclusão de que é possível a mudança do nome e do sexo no registro civil sem a necessidade de uma cirurgia. Porém, há o argumento de que a certidão original não deve ser eliminada, mencionando mais uma vez o direito estrangeiro:

A manutenção do assentamento original em nada prejudica os direitos do indivíduo interessado na alteração de seu prenome e de seu sexo no Registro Civil, uma vez que anotações relativas a tais alterações não devem constar das certidões a serem expedidas, permanecendo disponíveis apenas para ele próprio, ou mediante ordem judicial. [...] Em Portugal, esses dados somente são acessíveis ao próprio interessado e seus herdeiros, ou ainda a “autoridades judiciais ou policiais para efeito de investigação ou instrução criminal” (art. 214, n. 3, do Código de Registo Civil, com a redação dada pela Lei n. 7/2011). Solução similar é dada pela lei argentina, limitando o acesso aos dados originais àqueles que estejam autorizados pelo próprio titular, ou em caso de ordem judicial escrita e fundamentada (art. 9o da Lei 26.743/2012) (MORAES, 2018, p.5).

Por fim, Alexandre de Moraes, vota pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 (BRASIL, 2018), mas faz observação quanto à não eliminação do registro original, para fins, sobretudo, criminais, além de que a mudança seja feita após ordem judicial, oficiando aos órgãos estatais para que também faça a alteração em seus sistemas.

Durante a elaboração do voto, é possível notar que o ministro menciona a legislação de diversos países, demonstrando que em nenhum deles há o requisito da submissão a uma cirurgia para mudança de nome no registro civil. No entanto, o direito internacional não é a base do voto, funcionam como fortalecimento deste, pois, é possível notar a tendência do ministro pela procedência da ação, quando se refere à incoerência de o registro ter algo que não representa a realidade com a qual a pessoa se apresenta perante a sociedade, no caso, como homem ou mulher transexual.

Desse modo, ele se utiliza do direito estrangeiro para consolidar seu fundamento, ou seja, a essência do voto é a defesa de que há uma desconformidade entre o registro e a realidade social e para reforçar este entendimento, ele aponta países em que não há a necessidade de uma cirurgia para reconhecer o gênero com o qual aquela pessoa se identifica.

Apesar de não ser a razão de decidir, a legislação estrangeira é parte fundamental na construção do voto, o que não deixa de ser uma interação entre ordens jurídicas, considerando que “[...]embora não façam por si só parte da *ratio*

decidendi, contribuem para formação dos argumentos que a constituem. Nessa nova orientação, não se trata apenas de mera ‘retórica bacharelesca’, mas também de significativos debates no âmbito de uma ‘conversação’ transconstitucional” (NEVES, 2009, p.181).

Quanto à ressalva que ele faz relacionada à não eliminação do registro original, para fins criminais e tributários, o principal argumento levantado é de que não será prejudicial ao transgênero, visto que só o titular ou ordem do juiz poderá liberar este acesso. A fim de consolidar este argumento, ele menciona que Portugal seguiu a mesma ideia, utilizando o direito estrangeiro como *obiter dictum*.

Em síntese, é possível chegar à conclusão de que no voto do ministro Alexandre de Moraes, apesar de mencionar legislação estrangeira, não se configurou o transconstitucionalismo, tendo em vista que a ideia da teoria é utilizar estes outros ordenamentos como essenciais para a decisão, o que não ocorreu neste caso.

O voto do ministro Luiz Edson Fachin também foi construído com menções ao direito internacional. Inicialmente, ele estabelece algumas premissas como por exemplo: o direito à igualdade e à identidade de gênero. Afirmando que a “pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental” (FACHIN, 2018, p.1)

Além dessas premissas, o ministro também elenca algumas bases para a construção do voto, as quais são: a base constitucional, em que estão contidos o direito à dignidade, à intimidade, à honra, à vida privada e à imagem; a base convencional em que são listados direitos estabelecidos pelo Pacto de São José da Costa Rica, como o direito ao nome, à liberdade pessoal e ao reconhecimento da personalidade jurídica; a base doutrinária, a qual se fará uso de doutrinadores como Carlos Santiago Nino e Álvaro Ricardo de Souza Cruz e, por fim, a base em precedentes, que se utilizará de julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial a Opinião Consultiva 24/17.

Para análise deste voto, será importante o que diz respeito à base constitucional, convencional e em precedentes. A princípio, Fachin afirma que a Constituição Federal do Brasil (1988) estabelece em seu art. 5º a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade entre homens e mulheres, à honra e à imagem. Dito isso, ele menciona que a Constituição também traz em seu art. 5º, § 2º a possibilidade de o direito nacional seguir princípios e tratados internacionais dos quais

o Brasil seja signatário, além de seguir o princípio da prevalência dos direitos humanos, em suas relações internacionais, como bem determina o art. 4º, II da mesma constituição.

A partir desta perspectiva, o ministro afirma que a isonomia estabelecida na Constituição Federal (BRASIL, 1988), comunica-se com o que é estabelecido no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como com o art. 1 do Pacto de São José da Costa Rica. Também faz menção a Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Da forma como redigido, o dispositivo da Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva: "(...) a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ou sua expressão de gênero" (FACHIN, 2018, p.10).

Ademais, o ministro também traz para construção do seu voto os Princípios de Yogyakarta, que é um documento assinado em 2006 na cidade que tem o mesmo nome, o qual estabelece algumas diretrizes sobre a aplicação de direitos humanos à nível internacional. De acordo com esses princípios, a identidade de gênero está diretamente relacionada à experiência individual do ser, o que, desse modo, pode ser diferente daquilo que é posto no registro civil.

Mais uma vez, foi mencionada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que se trata sobre o entendimento do que significa identidade de gênero. Para a Corte IDH, assim como os princípios de Yogyakarta este entendimento é subjetivo:

[...]Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza uma pessoa, por ser um fato da natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detenha ou residam em construção da identidade de gênero auto-percebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito a vida privada (FACHIN, 2018, p.11).

Além disso, Edson Fachin, ainda seguindo a jurisprudência da Corte IDH argumenta que é responsabilidade do Estado garantir a proteção da dignidade destas pessoas, estabelecendo maneiras de se manter a isonomia entre homens e mulheres,

desse modo, o direito ao nome e o reconhecimento da personalidade jurídica são formas de assegurar essa igualdade entre os indivíduos. Para o ministro é necessário também que haja um posicionamento negativo do Estado, tendo em vista que não é papel dele constituir o gênero de alguém, mas de tão somente trazer meios que o reconheçam juridicamente.

Ante o exposto, Edson Fachin se posiciona contrário à realização de cirurgia para mudança do nome e do sexo no registro civil, afirmando que condicionar essa alteração a um procedimento cirúrgico viola à dignidade, à integridade física e a autonomia do indivíduo:

É nessa direção que aponta a Corte Interamericana. Conforme consta de sua opinião consultiva, já referida nesta manifestação, os Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais adequado de conformidade com as características próprias de cada contexto e de seu direito interno, os trâmites e procedimentos para a mudança de nome, adequação de imagem e retificação da referência ao sexo ou ao gênero, em todos os registros e em todos os documento de identidade para que estejam conformes à identidade de gênero auto-percebidas, independentemente de sua natureza jurisdicional ou materialmente administrativa, desde que cumpram com os seguintes requisitos: “a) devem estar dirigidos à adequação integral da identidade de gênero auto-percebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) devem ser confidenciais e os documentos não podem fazer remissão às eventuais alterações; d) devem ser expeditos, e na medida do possível, devem tender à gratuidade; e e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais”. (FACHIN, 2018, p.14)

Posto isso, Edson Fachin, entende que para mudança do registro civil, não há necessidade de cirurgia ou laudos médicos que comprovem que o indivíduo se reconhece como sendo de gênero diferente daquele que está na certidão, sendo a favor de que esta modificação seja feita diretamente no cartório, sem qualquer ordem judicial. Desse modo, julga procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 (BRASIL, 2018).

Ao observarmos o voto em questão, é possível notar que foi composto por diversas referências à Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que diz respeito à Opinião Consultiva 24/17. Também foram mencionados os Princípios de Yogyakarta, bem como a Convenção Americana, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Relacionado às menções feitas ao Pacto de São José da Costa Rica e aos Princípios de Yogyakarta, o transconstitucionalismo não se fez presente. Visto que,

ambos foram ratificados pelo Brasil e, desse modo, é esperado que em suas decisões, o Supremo Tribunal Federal utilize desses pactos internacionais nas fundamentações, tendo em vista o art. 5º, §2 (BRASIL, 1988), o qual afirma, que os direitos e garantias previstos na Constituição Federal “[...]não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

No tocante à resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível reconhecer que a interação entre direito nacional e direito estrangeiro, está de acordo com o transconstitucionalismo. Considerando que não há uma hierarquia entre as duas ordens e o ministro, ao construir seu voto, em quase sua totalidade, a partir de uma Opinião Consultiva da Corte IDH, demonstrou que, apesar de não haver uma hierarquia, o entendimento dela se adequa ao caso em questão e, por tanto, era fundamental no julgamento acerca da mudança de nome no registro civil, desse modo, utilizou a Opinião Consultiva 24/17 da Corte IDH como *ratio decidendi*.

Luís Roberto Barroso, ao proferir seu voto, já percebendo a tendência dos demais ministros ao favorecimento da ação, aprofundou o debate para questões como: a possibilidade da alteração do nome somente pela via administrativa, a necessidade de se exigir laudos médicos ou não e o uso do termo transgênero, visto que, na petição inicial da Procuradoria-Geral da República foi feita uma distinção entre transgênero e transexual e na Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os termos foram usados como sinônimos.

Primeiramente, ele menciona a Opinião Consultiva 24/17 da Corte IDH para argumentar que o reconhecimento da identidade de gênero e, por conseguinte, a alteração do nome no registro civil, prescinde de laudos médicos que a comprovem. Acerca desse entendimento, o qual Barroso considera o mais importante, ele se manifesta contrário à exigência de laudos médicos e de uma decisão judicial:

À vista disso, Presidente, eu estou me manifestando no sentido da desnecessidade de decisão judicial. Se nós entendemos que o procedimento é por autodeclaração, qual é o sentido de uma decisão judicial? Se se exigisse uma perícia, faria sentido a decisão ser judicial, mas se é por autodeclaração, a meu ver pode ser prestada perante o oficial do Registro Civil, que, como observou o Ministro Luiz Edson Fachin, se tiver alguma dúvida, suscité-la-á ao juiz competente. (BARROSO, 2018, p.5).

No que se refere ao termo transexual ou transgênero, o ministro adere o segundo, pois de acordo com ele, é o termo mais utilizado, inclusive por diversas Associações de Psicologia, como por exemplo a Associação Americana.

Ao final, Luís Roberto Barroso, vota pela procedência da ADI 4275 (BRASIL, 2018), sendo favorável à possibilidade da alteração do nome e do sexo de nascimento no registro civil sem a necessidade de qualquer procedimento cirúrgico e laudos médicos ou psicológicos, bem como da judicialização do pedido, sendo possível ser feito diretamente aos cartórios.

Apesar de Barroso não ter se alongado em suas argumentações, fica clara a presença do transconstitucionalismo, pelos mesmos motivos do voto de Edson Fachin, pois, mais uma vez, o entendimento da Corte IDH foi utilizado como fundamento principal do raciocínio, evidenciando o caráter persuasivo da Opinião Consultiva 24/17.

Referente ao voto de Rosa Maria Pires Weber, é importante mencionar que ela inicia trazendo conceitos médicos acerca da transexualidade, como é o caso da definição trazida pela Resolução 1955 de 2010 do Conselho Federal de Medicina, o qual estabelece alguns requisitos para a pessoa ser considerada transgênero e um deles é a vontade de eliminar os genitais do sexo com o qual não se identifica.

Para confrontar esta definição, a ministra traz julgados brasileiros em que as decisões afirmavam categoricamente que condicionar a mudança do registro civil é ir de encontro à dignidade da pessoa humana e à liberdade do indivíduo.

Ainda sobre esse entendimento, Rosa Weber traz para construção do seu voto o julgamento do caso *Affaire A.P, Garçon Et Nicot c. France*³, ocorrido em 2017 e julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A corte decidiu que condicionar esterilização para mudança de nome no registro civil é medida incompatível com o que é estabelecido na Convenção Europeia de Direitos Humanos. A partir desta decisão os direitos da minoria transexual passaram a ser mais discutidos:

Conquanto a Corte Europeia não possa obrigar os Estados a promoverem modificações legislativas, em matéria de reconhecimento e tutela dos direitos de gênero, de modo a assegurar e realizar os direitos das pessoas à privacidade, autodeterminação, não discriminação e dignidade, é certo que

³ *Affaire A.P, Garçon Et Nicot c. France*, trata sobre o caso de três mulheres trans que tiveram negado o pedido da mudança do sexo no registro civil por não terem comprovado a submissão à cirurgia de redesignação, tendo decidido a Corte Europeia de Direitos Humanos que tal condição era incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos

os cidadãos transgêneros desses países têm forte precedente jurídico para contestar interpretação divergente adotada nos respectivos tribunais nacionais. (WEBER, 2018, p.14)

Além disso, o voto também menciona que 12 (doze) agências da Organização das Nações Unidas (ONU) publicaram em 2015 uma declaração acerca dos direitos da comunidade LGBTQIA +. Essa declaração pede aos Estados que busquem a efetivação de direitos fundamentais desta parcela da sociedade por meio de políticas públicas.

Dando continuidade, Rosa Weber também se refere a uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que julgou o caso *Atala Riffo e Crianças vs. Chile*⁴, em que foi decidido que a orientação sexual em nada interfere na guarda dos filhos. De acordo com ela, apesar de o caso não está diretamente ligado aos direitos de transgêneros, estabelece que o Estado não pode interferir na vida privada do indivíduo.

Além desta decisão, a ministra também argumenta que a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos editou quatro resoluções acerca do direito da minoria LGBTQIA+, exigindo que os direitos fossem efetivados por meio de medidas concretas

Também é mencionado, um relatório elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 2015, em que considerou a identidade de gênero como algo que “[...] transcende o conceito de sexo como masculino ou feminino, e como um fenômeno biológico.” (WEBER, 2018, p.19). Em outras palavras, a identidade de gênero está muito mais vinculada a uma construção individual e social do que a fatores biológicos.

Rosa Weber também lembra os princípios de Yogyakarta, no tocante ao reconhecimento da personalidade jurídica e à responsabilidade do Estado em criar políticas públicas que concretizem os direitos estabelecidos naquele, afirmando que o “papel do Estado e da democracia deve ser o de assegurar a máxima igualdade entre as pessoas e o exercício da liberdade de manifestação, de forma a permitir um

⁴ *Atala Riffo e Crianças vs. Chile*, trata sobre uma ação ajuizada em face de Karen Atala, pelo seu ex marido, Ricardo López, para que as filhas do casal ficassem sob sua guarda, pois argumentava que a convivência com a mãe, que agora morava com sua companheira Emma de Ramón, seria prejudicial ao desenvolvimento das crianças, decidindo a Corte IDH que a orientação sexual não é critério para definir a guarda de filhos.

tratamento entre os indivíduos com igual respeito e consideração” (WEBER, 2018, p.23)

Por fim, a ministra conclui que exigir uma cirurgia para mudar o registro civil é medida que põe em risco a integridade física do indivíduo, que tão somente deseja o reconhecimento jurídico de como se apresenta à sociedade. Este requisito viola, inclusive, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Dito isso, o voto é pela procedência da Ação, sem a necessidade de cirurgia, laudos médicos ou ordem judicial.

Na construção dos seus argumentos, Rosa Weber traz questões como a liberdade, a dignidade e a autodeterminação do ser, além da responsabilidade do Estado em agir para que direitos fundamentais desta parcela da população sejam efetivados.

Ao mencionar a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, a ministra se utiliza do transconstitucionalismo, tendo em vista que, logo após fazer menção a este julgado, Rosa Weber deixa claro, que apesar de não ser uma decisão vinculante ela é um forte argumento para que aquela minoria tenha seus direitos efetivados, a partir deste entendimento. Levando em consideração o raciocínio utilizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos é mencionada a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o entendimento da CIDH, buscando argumentar que, apesar de não haver uma hierarquia, é uma decisão de caráter persuasivo.

Rosa Weber cita que algumas agências da Organização das Nações Unidas elaboraram uma declaração acerca dos direitos LGBTQIA+, também menciona os princípios de Yogyakarta. Nestes dois exemplos, não se faz presente o transconstitucionalismo, pelos mesmos motivos citados no voto de Edson Fachin, visto que, já é esperado que o Brasil se vincule tanto aos princípios quanto aos entendimentos da ONU por ser signatário.

No tocante ao voto do ministro Luiz Fux, o primeiro argumento posto é que a partir da alteração do nome no registro civil alguns direitos são concretizados, como por exemplo o da dignidade da pessoa humana e o direito à busca da felicidade. Sobre este último, Fux traz a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, no caso

da *Sentencia T-063/15*⁵, em que afirmou que o reconhecimento da personalidade jurídica, assim como o livre desenvolvimento da personalidade, é representado por três direitos: o direito de viver como quiser, o direito de viver bem e o direito de viver sem humilhação.

Também são mencionados alguns processos brasileiros, os quais também estabelecem a dignidade da pessoa humana e declaram que o reconhecimento do gênero é uma forma de ter concretizado este direito fundamental, visto que, cada indivíduo poderá ser reconhecido como ele mesmo se identifica:

O critério jurídico feminino-masculino não se refere *ab initio* a questões biológicas, mas ao gênero. A universalização do direito à identificação civil importa que reflita a verdade dos fatos, especificamente, no caso, a identidade de gênero. Se o transexual masculino se identifica como homem íntima e socialmente, por decorrência lógica, pretende a retificação de seu registro, como as demais pessoas que postulam sua identificação civil. (FUX, 2018, p.9).

Um outro ponto apresentado pelo ministro é que a cirurgia de redesignação de sexo é um direito e não um dever, e condicionar o transgênero a realização daquela para retificação do registro civil fere a liberdade individual e a autonomia da vontade, assim como o direito à integridade física, à saúde e à isonomia.

Além disso, cita a discriminação quanto a preocupação em um transgênero masculino engravidar, visto que, há uma diferença entre identidade de gênero e orientação sexual e exigir que a pessoa realize uma cirurgia, a qual, a torna infértil viola a intimidade do agente. Sobre isso é feita referência às Cortes Constitucionais da Áustria e da Alemanha:

As Cortes Constitucionais da Áustria e da Alemanha enfrentaram a questão ao admitir que transexuais tivessem seus registros civis alterado sem que precisassem dissolver seus casamentos com suas esposas. O tribunal austríaco, ressaltou que "changing a sex entry in a birth certificate cannot be hindered by marriage" (FUX, 2018, p.19).

Fux elenca diversos argumentos para ser favorável à ADI 4275, inclusive econômicos, tendo em vista que a disponibilidade de hospitais que realizam a cirurgia de transgenitalização pelo Sistema Único de Saúde ainda é muito restrita e que se a

⁵ *Sentencia T-063/15*, se refere ao caso de uma mulher trans que precisou recorrer ao judiciário e apresentar laudos médicos para que pudesse mudar o nome no registro civil, tendo decidido a Corte Constitucional da Colômbia que precisar mover o judiciário para essa questão violaria os direitos individuais, tendo em vista que tal procedimento partia do pressuposto que o Estado tinha poder de definir como o ser humano se reconhece em sua intimidade.

mudança do nome fosse condicionada a isso, limitaria o número de transgêneros que iriam conseguir usufruir deste direito.

Para a análise que interessa a este trabalho, apesar de o ministro ter trazido outras fundamentações, as que foram expostas são suficientes. O voto foi pela procedência da ação e para argumentar mencionou a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, a qual traz decisões que relacionam o direito à liberdade individual à felicidade e à dignidade. No que se refere a esta justificativa, Luiz Fux utilizou a menção da Corte Constitucional colombiana para fortalecer uma ideia, que ao longo do raciocínio, foi fundamentada com a legislação nacional. Isso não deixa de ser uma interação, mas não se configura como transconstitucionalismo, tendo em vista que a jurisprudência da Corte da Colômbia não foi a essencial para este entendimento.

O ministro também dialoga com as Cortes da Áustria e da Alemanha, assim como acontece com a Corte da Colômbia, a finalidade é de consolidar e expor que outros países já têm entendimentos sólidos diante do assunto. Posto isso, o voto do ministro Luiz Fux, apesar de interagir com outras cortes constitucionais, não se utilizou do transconstitucionalismo em sua fundamentação principal.

Relacionado aos argumentos do ministro Enrique Ricardo Lewandowski, o qual foi favorável à ação, foi construído em quase sua totalidade por julgamentos de tribunais nacionais e por estudos doutrinários acerca do reconhecimento jurídico do transgênero. A única menção que fez ao direito internacional se restringiu aos princípios de Yogyakarta, já tendo sido elucidado que a Corte brasileira seguir estes princípios não caracteriza o transconstitucionalismo, sendo assim, como já foram explicados os motivos pelos quais a menção a estes princípios não se relaciona com a teoria estudada, passo a análise do voto do ministro Celso de Mello.

José Celso de Mello inicia o voto enfatizando a importância da discussão para comunidade LGBTQIA+, sobretudo, no que diz respeito aos transgêneros. Afirma que a identidade é essencial para concretização da dignidade da pessoa humana, trazendo, inclusive, assim como outros ministros trouxeram, os princípios de Yogyakarta.

Para o ministro, o Estado não pode interferir na liberdade pessoal de cada indivíduo, inclusive no que se refere à mudança do registro civil sem a necessidade de ser feita uma cirurgia de redesignação, “[...]mesmo porque não é a cirurgia que

atribui à pessoa a condição de transgênero, nem é esse procedimento cirúrgico que constitui requisito para o livre exercício, pelo transgênero, desse expressivo direito da personalidade” (MELLO, 2018, p.4).

Um outro fundamento que fez parte do voto foi o do direito à busca da felicidade e à privacidade. Afirmou-se que o iluminismo considerou esses direitos como requisitos fundamentais na construção do ser. Para demonstrar essa importância, Celso de Mello menciona julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos, nos casos *Meyer vs. Nebraska*⁶ e *Loving vs. Virginia*⁷, dentre outros.

Ainda sobre o direito à busca da felicidade, são mencionadas as Constituições do Japão de 1947 e a Constituição da República Francesa de 1958, assim como a Constituição do Reino de Butão de 2008, afirmando que em todas elas o direito à busca da felicidade é reconhecido.

A principal fundamentação do voto gira em torno da busca da felicidade e da autodeterminação, também traz o princípio da isonomia, afirmando que a garantia à mudança no registro civil do nome e do gênero, é essencial para que se cumpra requisitos básicos de um Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista o voto de Celso de Mello, o qual foi pela procedência da ação, inclusive para afastar o requisito de laudos médicos, é possível notar que ao defender o direito à busca da felicidade são feitas menções aos julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos, assim como a algumas Constituições estrangeiras. No que se refere à teoria do transconstitucionalismo, os exemplos citados pelo ministro auxiliaram na consolidação dos fundamentos e não como razão de decidir.

Dessa forma, apesar de haver essa menção ao direito estrangeiro, ela não está conforme o transconstitucionalismo, visto que, não é a base do fundamento do voto, porém demonstra que o direito à busca da felicidade já é discutido em outros países, sendo possível trazer o mesmo debate ao cenário nacional.

⁶ *Meyer vs. Nebraska*, trata do caso de Robert Meyer que foi processado por ensinar alemão em uma escola luterana no estado de Nebraska, diante do caso a Corte Americana decidiu que cabia aos pais entender o que era melhor para educação de seus filhos, desse modo não deveria o Estado interferir na esfera privada.

⁷ *Loving vs. Virginia*: no tocante a este caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que as leis que proibiam casamento inter-racial violavam o direito à igualdade, à privacidade e à busca da felicidade, diante do casamento de Mildred Loving – mulher negra- e Richard Amar -homem branco- que foram condenados à prisão por terem se casado.

Acerca do voto de Gilmar Ferreira Mendes, assim como Ricardo Lewandowski, aquele utilizou como essência dos seus argumentos decisões nacionais. O ministro, se filia à ideia de que é preciso ordem judicial para alteração do registro, porém não há necessidade de um procedimento cirúrgico para isso, em síntese, afirma que se “a decisão judicial é requisito para as alterações de nome, independentemente do sexo ou da orientação sexual do postulante, não há que se estabelecer outro procedimento para os pedidos de alteração de gênero” (MENDES, 2018, p.4).

O ministro defende o direito à autodeterminação e para isso, assim como outros votos, utilizou a Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No entanto, diferente dos demais, como por exemplo Rosa Weber, Gilmar Mendes utilizou a jurisprudência da Corte IDH como reafirmação de uma ideia, mostrando que há um precedente internacional, mas não o adequando ao caso brasileiro, desse modo, não usou a Opinião Consultiva como decisão de caráter persuasivo.

Também empregou, apenas como exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Y.Y vs. Turquia*⁸, o qual decidiu que exigir a esterilização de transgêneros para mudança de nome no registro civil, vai de encontro ao entendimento do Convênio Europeu para a Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Por fim, o voto foi pela procedência da ação, porém com alguns requisitos como por exemplo a ordem judicial e que a alteração seja averbada, ou seja, pela impossibilidade de se construir um novo registro, mas que apenas acrescente a mudança.

Referente ao voto de Cármen Lúcia Antunes Rocha, é importante mencionar que o principal fundamento do voto é o da igualdade, sobretudo, a igualdade material. Além disso, também fala da responsabilidade do Estado de não interferir na vida privada. Para a ministra: “[...]o Estado há que registrar o que a pessoa é e não o que o Estado acha que cada um de nós deveria ser, segundo sua conveniência” (LÚCIA, 2018, p.2)

⁸ *Y.Y vs. Turquia*, tratado caso de uma mulher trans que foi tratada no processo pelo sexo masculino por não ter realizado a cirurgia de redesignação, decidindo o tribunal que a exigência de uma cirurgia viola o direito à privacidade e à liberdade do ser.

A ministra cita dois casos em que a identidade de gênero foi discutida como uma questão de direitos humanos. O primeiro caso é o da Suprema da Corte da Índia, em que foi decidido que questão de gênero não é um tema da medicina, mas sim algo que se relaciona aos direitos fundamentais. O segundo caso mencionado é o de uma decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha que aprova que os registros de criança venham com gênero indefinido:

Essa mudança é uma opção para pais de bebês hermafroditas, que nascem fisicamente com ambos os sexos. A nova legislação abre a possibilidade de a criança, ao se tornar adulta, escolher posteriormente se prefere ser definida como homem ou mulher. Ou mesmo seguir com o sexo indefinido pelo resto da vida. [...]A nova lei é amparada em uma decisão do tribunal constitucional alemão que estabeleceu que pessoas que se sentem profundamente identificadas com um determinado gênero têm o direito de escolher seu sexo legalmente (LÚCIA, 2018, p.7).

A ministra afirmou que a Organização Mundial da Saúde tem mudado o entendimento quanto à questão de identidade de gênero, a qual, até a votação era classificada como transtorno mental, estudando a possibilidade de não mais classificá-la desse modo.

Cármem Lúcia demonstra que a situação é delicada e que condicionar a “[...] pessoa com prenome masculino ao registro do sexo oposto (ou vice-versa) importaria não apenas em insegurança jurídica, mas em inaceitáveis sofrimento e constrangimento, em afrontosa contrariedade aos direitos de sua personalidade” (LÚCIA, 2018, p.19).

Em conclusão, o voto foi pela procedência da ADI 4275 (BRASIL, 2018) sem a necessidade de cirurgia ou ordem judicial para mudança do registro civil. A construção, em grande parte foi por meio de entendimentos doutrinários e julgados nacionais, como por exemplo a ADI 4277 (BRASIL,2011) que decidiu por reconhecer a união homoafetiva, afirmando direitos da comunidade LGBTQIA +.

O exemplo que ela menciona do direito internacional, os quais são o da Suprema Corte da Índia e o da Suprema Corte da Alemanha, servem como auxílio para fundamentar a importância do tema e não como argumento essencial. Desse modo, apesar de haver uma interação, ela não se configura como transconstitucionalismo.

Após a deliberação, a maioria dos ministros votou pela procedência à ADI 4275 (BRASIL,2018), sem a necessidade de uma cirurgia ou de tratamentos médicos deste cunho, bem como sem a imposição de uma ordem judicial.

Também ficou evidente que a teoria do transconstitucionalismo foi utilizada nos votos de Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, ao empregarem a Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos como *ratio decidendi*.

Em resumo, fica demonstrada que a utilização do transconstitucionalismo foi essencial para tomada de decisão acerca da possibilidade de mudança do nome e do gênero no registro civil, sem a necessidade de um procedimento cirúrgico ou tratamentos hormonais.

Quando observa-se o modelo de transconstitucionalismo utilizado nos votos, nota-se que o diálogo ocorrido foi entre ordem estatal e ordem internacional, no caso, a Corte IDH, em que não foi feita uma mera imposição da Opinião Consultiva 24/17, mas aplicada por alguns ministros com a finalidade de enfrentamento do problema, para que o direito fundamental ao nome, estabelecido pela Convenção Americana, fosse concretizado para parcela da população *trans* sem a obrigatoriedade de interferência do Estado, visto que, como dito em alguns votos, a função do Estado é de tão somente reconhecer o indivíduo e não de constituí-lo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que a partir do surgimento da sociedade mundial e da diferenciação entre os sistemas houve a limitação do Estado, sob a perspectiva da resolução de conflitos internos, principalmente os que tratam direitos humanos, foi necessário que se estudassem métodos para que o enfrentamento desses conflitos fosse efetivo.

A partir dessa necessidade, surge o transconstitucionalismo, o qual tem como objetivo fundamental a resolução de problemas que estão presentes em diversas ordens jurídicas, por meio da interação entre elas. Diante desta constatação, percebeu-se a importância de se estudar sobre o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, a partir dessa teoria, considerando que o transconstitucionalismo mostra-se como alternativa ao enfrentamento de impasses que envolvem direitos humanos e fundamentais.

O objetivo principal da pesquisa era verificar se a ADI 4275, a qual possibilitou que os transgêneros tivessem afirmado o direito ao nome que representassem o gênero pelo qual se identificam, foi julgada conforme o transconstitucionalismo. Constatou-se que, de fato, a teoria foi importante na construção dos votos dos ministros e, conseqüentemente, teve relevância para concretização deste direito fundamental.

Primeiramente foi trazido o conceito de transconstitucionalismo, tendo como base a teoria dos sistemas, explicando como se formou a sociedade multicêntrica e como ela influenciou na limitação do Estado no enfrentamento de questões que envolvem direitos humanos e fundamentais.

Ao definir o transconstitucionalismo e seus modelos, foi possível observar que no caso da ação estudada a interação ocorreu entre a Corte Constitucional brasileira e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, se configurando, desse modo, o transconstitucionalismo entre ordem estatal e ordem internacional, indo de encontro à hipótese de que nesta decisão teria sido utilizado o transconstitucionalismo entre ordens estatais.

É importante esclarecer que as interações ocorridas em que não se fez presente o transconstitucionalismo também são relevantes, visto que apesar de não

serem a razão de decidir, contribuem para a formação dos argumentos, não tendo sido utilizadas em desconexão com o caso concreto.

Também é possível perceber a importância do transconstitucionalismo para efetivação de direitos fundamentais, inclusive fazendo a constatação de que o STF já aderiu o método em outros julgados, a fim de que problemas que ultrapassam o direito interno pudessem ser resolvidos.

Verifica-se que a interação entre ordens jurídicas é, verdadeiramente, uma alternativa possível para solução de problemas que vão além das fronteiras do Estado e que no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 foi essencial para a afirmação do direito ao nome.

Por fim, conclui-se que os objetivos estabelecidos foram alcançados, no tocante a entender como funciona o transconstitucionalismo, quais suas bases teóricas e se a decisão estudada se utilizou dele para afirmar direitos dos transexuais. No entanto, é importante esclarecer que o tema ainda é abrangente e que outras linhas podem ser estudadas, como por exemplo a influência do transconstitucionalismo em ordens que não aderem ao constitucionalismo, como é o caso de algumas tribos indígenas. Ao final deste trabalho, afirma-se que a ADI 4275 foi proferida conforme o transconstitucionalismo e que a teoria é relevante na concretização de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cicero; WAIZBORT, Leopoldo. **Sistema e evolução na teoria de Luhmann: (mais: Luhmann sobre o sistema mundial)**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, 1999. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451999000200010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 jan. 2021.

BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. **Niklas Luhmann**. Tempo Social. São Paulo, 2001. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702001000200010. Acesso em: 9 jan. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências... **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor... **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Relator: min. Eros Grau. Julgamento em 29 abr. 2010. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 06 ago. 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180280/false>. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: min. AYRES BRITTO. Julgamento em 05 de maio 2011. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em:<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. Ação direta julgada procedente. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275. Relator: min. Marco Aurélio. Julgamento em 01 mar. 2018. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 07 mar. 2019. Disponível em:<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELA REPÚBLICA ARGENTINA. DELITOS QUALIFICADOS PELO ESTADO REQUERENTE COMO DE LESA-HUMANIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA DA LEI PENAL BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA DUPLA PUNIBILIDADE (ART. 77, VI, DA LEI 6.815/1980 E ART. III, C, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO). INDEFERIMENTO DO PEDIDO. Extradicação n. 1362. Relator: min. Edson Fachin. Julgamento em 09 jan. 2016. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 27 ago. 2018. Disponível em:https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Ext%201362%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 3 fev. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. Habeas Corpus n. 82424. Relator: min. Moreira Alves. Julgamento em 17 set. 2003. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em:<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1955, de 03 de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=215155>. Acesso em: 10 mar. 2021.

ELAMUER, Douglas. **O Direito na Teoria Crítica dos Sistemas**: da justiça autossubversiva à crítica imanente do direito. São Paulo, 2015. 315 p. Dissertação (Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-08042016-163250/publico/Douglas_Elmauer_Mestrado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

ELAMUER, Douglas. TRANSCONSTITUCIONALISMO: do Acoplamento Estrutural à Racionalidade Transversal. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**, São Paulo, v. 108, p. 855-864, 22 nov 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68006/70863>. Acesso em: 18 jan. 2021.

GONÇALVES, Bruno José Pedrosa de Arruda. **O transconstitucionalismo na jurisprudência do tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal**: o diálogo entre ordens jurídicas distintas como mecanismo de motivação e fortalecimento das decisões que versam sobre direitos fundamentais proferidas entre 2010 e 2017. Recife, 2018. Dissertação (Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1084>. Acesso em: 10 dez. 2020.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 93, dez 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 jan. 2021.

NEVES, Marcelo. **Constituição E Direito Na Modernidade Periférica**: UMA ABORDAGEM TEÓRICA E UMA INTERPRETAÇÃO DO CASO. Tradução Antônio Luz Costa. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. Tradução de: *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine interpretation des Falls Brasilien*.
NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o estado de direito**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. 1996. Disponível

em:https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451996000100006. Acesso em: 5 dez. 2020.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. São Paulo, 2005. Dissertação (Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em:<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02102005-215154/pt-br.php>. Acesso em: 13 jan. 2021.

NUNES, Péricles Stehmann; LYRA, José Francisco Dias da Costa. A CORRUPÇÃO SISTÊMICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DA TEORIA LUHMANNIANA. **REVISTA DE SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICA**, v. 3, 01dez 2017. Disponível em:<https://www.indexlaw.org/index.php/culturajuridica/article/view/2365/pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

RESENDE, Carlos Alberto. **Inter e transconstitucionalismo: a análise transversal no Supremo Tribunal Federal**. Uberlândia, 2011. Dissertação (Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. Disponível em:<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13234>. Acesso em: 10 dez. 2020.

RODRÍGUEZ, Dário. Los Limites del Estado en la Sociedad Mundial: De la Política al Derecho. In: NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos Entre Ordens Jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25-52.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Organização do poder político: o estado constitucional em niklas luhmann. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, v. 6, dez 2009. Disponível em:<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/802/846>. Acesso em: 10 jan. 2021.

SIQUEIRA, Thiago dos Santos. **Raça sob uma perspectiva sistêmica: observações à luz de uma aproximação entre a teoria dos sistemas e os estudos pós-coloniais**. Brasília, 2020. Dissertação (Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em:<https://repositorio.unb.br/handle/10482/39136>. Acesso em: 9 jan. 2021.