

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

GABRIELE LOPES DE MELLO

**A CONTRIBUIÇÃO DO CNJ COM VISTAS AO REGISTRO CIVIL COMO  
INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA E DE DIGNIFICAÇÃO  
DOS TRANSGÊNEROS**

CURITIBA  
2023

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

GABRIELE LOPES DE MELLO

**A CONTRIBUIÇÃO DO CNJ COM VISTAS AO REGISTRO CIVIL COMO  
INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA E DE DIGNIFICAÇÃO  
DOS TRANSGÊNEROS**

Dissertação de Mestrado Acadêmico apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito no Centro  
Universitário Internacional Uninter - Jurisdição e  
Processo na Contemporaneidade.

Orientador: Daniel Ferreira

CURITIBA  
2023

GABRIELE LOPES DE MELLO

**A CONTRIBUIÇÃO DO CNJ COM VISTAS AO REGISTRO CIVIL COMO  
INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA E DE DIGNIFICAÇÃO  
DOS TRANSGÊNEROS**

Dissertação de Mestrado Acadêmico apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito no Centro  
Universitário Internacional Uninter - Jurisdição e  
Processo na Contemporaneidade.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Dr. Daniel Ferreira  
PPGD/UNINTER  
Orientador e Presidente da Banca

Prof. Dr. Luciano Elias Reis  
PUCPR  
Membro Externo

Estefânia Maria de Queiroz Barboza  
PPGD/UNINTER  
Membro Interno

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, pela compreensão das minhas ausências e por todo o apoio recebido.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel Ferreira, que aceitou o projeto e permitiu que a pesquisa fosse possível.

Aos meus colaboradores, pela paciência e compreensão das minhas faltas e ausências.

À mestranda Isabela Bonfim por toda a ajuda no decorrer do curso e os diálogos durante a escrita da dissertação.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>05</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>06</b>
<b>LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....</b>	<b>07</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>CAPÍTULO 1. IDENTIDADE AUTOPERCEBIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Dignidade da pessoa humana.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 Direito ao nome e gênero.....</b>	<b>23</b>
<b>1.3 Proteção jurídica do nome e do gênero.....</b>	<b>40</b>
<b>CAPÍTULO 2. NORMATIVA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ NAS ATIVIDADES NOTARIAIS E REGISTRAS.....</b>	<b>43</b>
<b>2.1 O Conselho Nacional de Justiça – CNJ.....</b>	<b>43</b>
<b>2.2 O poder normativo do CNJ e o seu controle.....</b>	<b>55</b>
<b>2.3 Os limites do poder normativo do conselho nacional de justiça - CNJ - face às atividades notariais e registras.....</b>	<b>73</b>
<b>CAPÍTULO 3. TRANSGÊNEROS E O DIREITO AO NOME E AO GÊNERO.....</b>	<b>84</b>
<b>3.1 Algumas considerações a respeito das pessoas trans.....</b>	<b>84</b>
<b>3.2 Uma lei para os transgêneros?.....</b>	<b>104</b>
<b>3.3 O Provimento 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça.....</b>	<b>109</b>
<b>3.4 Lei 14.382/2022: uniformização da alteração de nome em âmbito nacional e o registro civil como garantidor da segurança jurídica e da dignidade das pessoas transgêneras.....</b>	<b>113</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>120</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>125</b>

## RESUMO

O objetivo desta dissertação é demonstrar o papel fundamental do Registro Civil das Pessoas Naturais na dignificação dos transgêneros, bem como o papel da Corregedoria Geral do Conselho Nacional de Justiça na construção desta dignidade mediante normatização específica. Para isso, é preciso entender o que significa dignidade da pessoa humana, bem como os mecanismos jurídicos existentes para garantir este direito fundamental. O texto demonstra a ligação que o princípio da dignidade da pessoa humana tem com os direitos da personalidade, em especial o direito ao nome e ao gênero; e, ainda, a sua proteção jurídica. Apresenta a legislação aplicada e a regulamentação existente em relação aos transgêneros, editada através de um provimento pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e sua possível incompetência legislativa sobre o tema. O presente estudo também analisa a real função do CNJ, seu poder normativo e os limites de atuação na regulamentação das atividades notariais e registrais. Cumprindo tal proposta, o texto menciona algumas considerações a respeito dos transgêneros, desde projetos de lei a entendimentos jurisprudenciais e situações que claramente afrontam a dignidade desta população. Além disso, questiona a regulamentação existente a respeito dos transgêneros e a necessidade de uma lei específica a fim de alcançar uma uniformização em âmbito nacional, principalmente em relação à alteração de nome e gênero nos Registros Cíveis. Em que pese haver uma nova lei flexibilizando a alteração de nome nos assentos de registros públicos, nada foi editado em relação ao gênero, motivo pelo qual defende-se a criação de uma lei específica que regulamente o tema e proporcione maior dignidade à população trans. Com este estudo inicial, chega-se à conclusão de que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da sua Corregedoria Geral, mostrou-se importante na expedição de um Provimento a respeito dos transgêneros; e, ainda, que o Registro Civil atua como instrumento de realização da autodeterminação de gênero sob uma perspectiva dos direitos humanos, permitindo que as pessoas transgêneras tenham autonomia sobre quem são e o direito a uma existência feliz, minimizando o preconceito e a visão cultural deturpada da sociedade sobre as minorias.

**Palavras-chave:** Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Direitos humanos; Dignidade da pessoa humana; Transgêneros; Registros Públicos.

## ABSTRACT

The objective of this dissertation is to demonstrate the fundamental role of the Civil Registry of Natural Persons in the dignity of transgenders, as well as the role of the General Internal Affairs of the National Council of Justice in the construction of this dignity through specific regulation. For this, it is necessary to understand what human dignity means, as well as the existing legal mechanisms to guarantee this fundamental right. The text demonstrates the connection that the principle of human dignity has with personality rights, especially the right to name and gender; and also its legal protection. It presents the applied legislation and existing regulations in relation to transgenders, edited through a provision by the National Council of Justice (CNJ) and its possible legislative incompetence on the subject. The present study also analyzes the real function of the CNJ, its normative power and the limits of action in the regulation of notary and registration activities. Fulfilling this proposal, the text mentions some considerations regarding transgenders, from bills to jurisprudential understandings and situations that clearly affront the dignity of this population. In addition, it questions the existing regulations regarding transgenders and the need for a specific law in order to achieve uniformity at the national level, especially in relation to the change of name and gender in Civil Registries. Despite the fact that there is a new law making it easier to change names in public records, nothing has been edited in relation to gender, which is why the creation of a specific law is defended to regulate the topic and provide greater dignity to the trans population. With this initial study, we come to the conclusion that the National Council of Justice, through its General Internal Affairs, proved to be important in the issuance of a Provision regarding transgenders; and, further, that the Civil Registry acts as an instrument for achieving gender self-determination from a human rights perspective, allowing transgender people to have autonomy over who they are and the right to a happy existence, minimizing prejudice and distorted cultural vision of society on minorities.

**Keywords:** National Council of Justice (CNJ); Human rights; Dignity of human person; Transgenders; Public Records.

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CC - Código Civil

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça



## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo examinar o papel desempenhado pela Corregedoria Geral do Conselho Nacional de Justiça na construção da dignidade das pessoas transgêneras, mediante normatização específica direcionada aos Registros Cíveis. Para isso, é preciso entender os limites da sua atuação em relação aos cartórios. Importante ressaltar que, em que pese haver muitos projetos de lei para resolver soluções de conflitos de identidade de gênero, o Brasil não possui nenhuma lei específica sobre o tema. Desta forma, as decisões judiciais, até 2018, amparavam-se nos direitos constitucionais de dignidade, intimidade, vida privada, honra, imagem, igualdade e identidade ou expressão de gênero sem discriminações. Além destes direitos, também utilizavam como fundamento os direitos ao nome, à personalidade jurídica e à liberdade pessoal, todos impostos pela legislação internacional de direitos humanos, em especial o Pacto de San Jose da Costa Rica.

Antes de 2018, havia um entendimento jurisprudencial de que para adequar a identidade autopercebida dos transgêneros nos registros cíveis era necessário uma cirurgia de transgenitalização, tendo em vista que o transexualismo era visto como uma patologia pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução nº 1.955/2010), sendo revogado este entendimento com a publicação da Resolução nº 2.265/2019, reconhecendo, em seu artigo 1º, como transgênero a “não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento”.

Diante de inúmeras modificações de entendimento, entre a medicina e o direito, surgiu a necessidade de uma regulamentação normativa para que o direito à alteração de nome e gênero fosse realmente observado. Então, em 28 de junho de 2018, a Corregedoria Geral do Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou o Provimento nº 73 que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN), normatizando as referidas alterações nos Registros Cíveis. Este provimento levou em consideração, dentre outros, a legislação internacional dos direitos humanos, em especial, o Pacto de San Jose da Costa Rica; a Opinião Consultiva nº 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos; e, ainda, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275/DF que reconheceu a desnecessidade de cirurgia de redesignação sexual como requisito para alteração de prenome e gênero. Ocorre que tal provimento, apesar de ser uma grande conquista aos transgêneros, tem encontrado barreiras à sua aplicabilidade, seja em relação aos agentes públicos, operadores do Direito, seja pela falta de conhecimento dos próprios interessados, ou pela sua legalidade questionada. Tal questionamento se deve pelo fato da

Constituição Federal brasileira dispor, em seu artigo 236, parágrafo 1º, que lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Com isso, o Provimento citado faz com que a sua legalidade seja discutida, e não apenas ele, mas todo o poder normativo do CNJ face às atividades notariais e registrais, principalmente os criadores de direitos e obrigações, competência específica do poder normativo primário, englobando nesta classificação as leis e as medidas provisórias. O fato é que, diante da ausência de uma lei específica a respeito dos transgêneros, o CNJ atuou como legislador positivo, ultrapassando os limites legais de sua competência. Ora, se não há competência, há violação ao princípio da separação dos poderes e da legalidade.

Importante destacar que, com o advento da Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022, flexibilizando a alteração de nome de todas as pessoas nos assentos civis, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à alteração de nome foi facilitado, inclusive para os transgêneros. No entanto, a referida lei não tratou a respeito do gênero, permanecendo uma lacuna legislativa que dá margem a várias interpretações no momento da análise registral pelos agentes públicos (registradores civis).

Não se pode negar que esta lei proporcionou ao Registro Civil a função de ser o instrumento de dignificação das pessoas transgêneras, permitindo um grande avanço em relação aos direitos desta população. Mas isto não é o suficiente para reduzir significativamente as dificuldades enfrentadas pelos transgêneros, principalmente por dispor de comandos normativos antagônicos em comparação aos do Provimento nº 73/2018 do CNJ. Consequência disso são as diversas interpretações possíveis no tocante à aplicabilidade destes direitos pelos registradores civis. Uns flexibilizando a alteração, outros tornando o procedimento mais burocrático (e por isso a urgência de uma lei).

No intento de atingir seu objetivo, a pesquisa partirá de fontes e revisões bibliográficas a respeito dos transgêneros, do poder normativo do CNJ e os limites de sua atuação em relação aos cartórios, e da necessidade de uma lei específica que promova dignidade à população trans, sendo o Registro civil o personagem principal na aplicabilidade desta lei.

Para tal fim, serão elaborados três capítulos. No primeiro capítulo, será necessário discorrer a respeito da dignidade da pessoa humana - principal fundamento das decisões judiciais e provimentos editados pelo CNJ a respeito dos transgêneros – bem como o direito ao nome e ao gênero, entendidos como direitos fundamentais a serem observados, juntamente com a sua proteção jurídica. Tudo isso para entender que o direito ao nome e ao gênero são direitos fundamentais que precisam ser respeitados, independente de origem, sexo, idade, ou

quaisquer forma de discriminação; e, ainda, a importância do reconhecimento e proteção da identidade pessoal e da autonomia privada.

No segundo capítulo, será necessário analisar o Conselho Nacional de Justiça desde a sua criação, englobando as suas funções, competências e limites em relação aos cartórios. E, ainda, identificar a diferença entre poder normativo primário e secundário, à luz do princípio da legalidade e da separação de poderes, para verificar se a Corregedoria Geral do CNJ tem competência para regulamentar a respeito das atividades notariais e registrais como vem regulamentando.

No terceiro capítulo, serão apresentadas algumas considerações a respeito dos transgêneros, desde a sua conceituação, regulamentação, projetos de lei e análise do Provimento nº 73/2018 do CNJ e da Lei nº 14.382/2022, a fim de verificar o que realmente deve ser observado para permitir que a dignidade da pessoa transgênera seja alcançada e qual o papel dos Registros Cíveis nesse sentido.

A ideia desta pesquisa se deu pelo fato da pesquisadora trabalhar diretamente com o assunto, e presenciar as diversas interpretações realizadas pelos operadores do direito (registradores civis) diante da lacuna legislativa a respeito da alteração de nome e gênero nos registros públicos. A ideia de que a pessoa transgênera depende da “sorte” de morar em um Estado que facilita tais alterações causa um certo inconformismo e senso de injustiça. Por que a demora em fazer uma lei uniformizando o tratamento em âmbito nacional? Por que a Lei nº 14.382/2022 foi omissa em relação aos transgêneros, nada dispondo sobre a alteração de gênero nos assentos civis? Todas essas questões, bem como os demais constrangimentos presenciados pelos transgêneros, seriam reduzidos se houvesse uma lei disciplinando a matéria. Além disso, saber que o Registro Civil desempenha um papel importantíssimo de garantidor da dignidade dos transgêneros, ao concretizar a alteração de nome e gênero nos assentos civis, adequando a realidade aos assentos públicos, faz com que o orgulho dessa profissão seja cada vez maior.

Além disso, os Registros Cíveis atuam para garantir o direito e igualdade de todos, independente de gênero ou orientação sexual, especialmente os direitos da personalidade, questão extremamente relevante no exercício da cidadania e no reconhecimento da sua identidade perante a comunidade social.

Diante deste contexto, para que fosse possível escrever o presente trabalho, utilizou-se como metodologia a verificação bibliográfica, documental e jurisprudencial. Bibliográfica, a fim de entender a conceituação e características da identidade autopercebida, dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como realizar um estudo aprofundado

sobre o direito ao nome e ao gênero. Além do mais, entender a diferença entre poder normativo e regulamentar, e as funções, limites e competências do Conselho Nacional de Justiça em relação às atividades notariais e registrais é de suma importância para aferir se os atos normativos editados por este Órgão possuem legitimidade. Já no que tange à verificação documental, a mesma foi utilizada para identificar o conteúdo das resoluções de medicina sobre os transgêneros, os Princípios de Yogyakarta, o Conselho Nacional de Justiça e demais legislações pertinentes. Quanto à verificação Jurisprudencial, houve a necessidade de sua utilização para ratificar a posição dos Tribunais Superiores do Brasil quanto à alteração do prenome e gênero das pessoas trans nos Registros Cíveis das Pessoas Naturais. Todos os procedimentos citados foram necessários para entender que a identidade autopercebida deve ser vista como um direito fundamental; e, ainda, que o reconhecimento e proteção da identidade pessoal concretiza-se no respeito pela privacidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome e à igualdade, todos vinculados à dignidade da pessoa humana.

Ante o exposto, apesar dos direitos (objeto do presente estudo) serem considerados direitos fundamentais, é preciso observar a sua necessidade de regulamentação em relação aos transgêneros, para que haja uma maior efetividade. Isso porque a falta de normatização tem ensejado diversas interpretações de aplicabilidade, pelos agentes públicos, causando morosidade e prejuízo à população trans quando da alteração de nome e gênero nos assentos públicos. E não apenas isso, a demora na efetivação destes direitos realça o senso de injustiça e discriminação, bem como a exclusão social, situações incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

## **CAPÍTULO 1. IDENTIDADE AUTOPERCEBIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

### **1.1 Dignidade da pessoa humana**

Fazendo uma breve introdução à origem da dignidade da pessoa humana, na antiguidade clássica, sua noção dizia respeito à posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, admitindo-se a existência de pessoas mais dignas e menos dignas. Por outro lado, no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade inerente ao ser humano, intimamente ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo, bem como a ideia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade. Com efeito, de acordo com o jurista, político e filósofo romano Marco Túlio Cícero, percebe-se a vinculação da noção de dignidade com a pretensão de respeito e consideração a que faz jus cada ser humano, sendo proibido que uns prejudiquem aos outros. Assim, principalmente em relação a Roma, percebe-se que Cícero desenvolveu uma compreensão de dignidade desvinculada de cargo ou posição social. Conseqüentemente, é possível reconhecer a coexistência de um sentido moral – no que diz respeito às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, etc. – e sociopolítico de dignidade – aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo<sup>1</sup>.

No período medieval, a dignidade da pessoa humana passou a entrelaçar-se aos valores inerentes à filosofia cristã. A ideia de dignidade passa a ficar vinculada a cada indivíduo, lastreada no pensamento de que o homem é criação divina e possui livre arbítrio para a tomada de suas decisões. Já na esfera do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, o conceito de dignidade da pessoa humana percorre um processo de racionalização e laicização, ainda que mantenha a igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Aqui, a concepção de dignidade humana perde a correlação com os fundamentos transcendentais de natureza religiosa pois a ideia central da dignidade resta incorporada à vida pública e ao discurso político-jurídico, uma espécie de ética pública dos membros da sociedade<sup>2</sup>.

Contudo, foi a partir da concepção de Immanuel Kant<sup>3</sup> que a dignidade partiu da autonomia ética do ser humano, tendo sua construção a partir da natureza racional do mesmo.

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9 ed., 2007, p.17.

<sup>2</sup> MELLO, Cleyson De Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 64; 74.

<sup>3</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 2007, p. 76-77.

O tema foi abordado pelo autor em 1785, no livro “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, onde Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Para o autor, o homem é compreendido como ser racional e não como mero objeto social, ou seja, é a partir de sua racionalidade que o homem é qualificado como pessoa.

Com base nessa premissa, Kant defende que os seres racionais são dotados de um valor denominado dignidade, pois estão acima de todo o preço, não permitindo nenhum equivalente<sup>4</sup>. Para ele, a dignidade é o valor de uma tal disposição de espírito que põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

Verifica-se, nesta perspectiva kantiana, que a dignidade da pessoa humana há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção<sup>5</sup>.

Convém mencionar a lição de Kurt Seelmann<sup>6</sup>, no sentido de que uma proteção jurídica da dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, como, por exemplo, a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um enquadramento no processo de interação social. Nesta senda, a concepção jurídica moderna de dignidade da pessoa humana, no mundo ocidental, se reveste de uma ideia universalista como expressão da autonomia da pessoa, sendo reproduzida em diversos textos internacionais de proteção aos direitos humanos.

<sup>4</sup> “No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento* (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*”. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 2007, p. 76-77.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9 ed., 2007, p.21.

<sup>6</sup> SEELMANN, Kurt. **Person und Menschenwürde in der Philosophie Hegels** *apud* DREIER, Horst (Org.), Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie. Geburtstagssymposium für Hasso Hofmann, Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 125-145. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9 ed., 2007, p.21.

Para Miguel Reale<sup>7</sup>, toda pessoa é única e nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana. Além disso, toda pessoa deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra. Consequentemente, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência.

A dignidade da pessoa humana, hoje, é o epicentro do ordenamento jurídico, sendo imprescindível seu entrelaçamento com o estudo dos direitos fundamentais e do direito constitucional de forma geral no contexto do Estado Democrático e Social de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988. É, pois, um conceito em eterno processo de construção.

A título de conhecimento, em Portugal, a Constituição da República Portuguesa de 1976 determina, em seu artigo 1º, que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E, ainda, na Alemanha, o item 1 do artigo 1º da Constituição Alemã proclama que a dignidade da pessoa humana é inviolável. Disso surgem as teses de que a dignidade da pessoa humana é um princípio hierarquicamente superior aos demais<sup>8</sup>, fundamento que influenciou constituições como a da África do Sul, Camarões, Tanzânia e Etiópia<sup>9</sup>.

Em relação ao Brasil, não é difícil observar que a doutrina brasileira também recepcionou a concepção kantiana de dignidade da pessoa humana. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>10</sup> considera tal princípio, inclusive, como valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional<sup>11</sup>, em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º da Carta Magna de 1988.

<sup>7</sup> REALE, Miguel. **Pluralismo e Liberdade**. São Paulo, Saraiva, 1978.

<sup>8</sup> “Nesse sentido, o próprio STF já considerou que a dignidade será sempre preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República (1ª turma, HC 83.358/SP), bem como que a inclusão da dignidade humana entre os princípios fundamentais revela que a Constituição lhe dá preponderância em relação a outros princípios constitucionais (Pleno, HC 79.512/RJ)”. In: REALE, Miguel. **Pluralismo e Liberdade**. São Paulo, Saraiva, 1978.

<sup>9</sup> MELLO, Cleyson De Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 114.

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172-173.

<sup>11</sup> (...) Numa palavra, se bem entendemos, a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos — ontologicamente dotados de igual dignidade — entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172-173.

Alexandre de Moraes<sup>12</sup> entende que a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente à personalidade, pois a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. Desta forma, somente em caráter excepcional, é possível que sejam feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

Semelhante entendimento é o de Luís Roberto Barroso ao esclarecer que a dignidade da pessoa humana assume sua dimensão transcendental e normativa. E, ainda, que a Constituição já não é apenas o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade. O autor também afirma que a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de ordem religiosa, do respeito ao próximo<sup>13</sup>.

A dignidade humana pode ser descrita, também, nas lições da constitucionalista Ana Paula de Barcellos<sup>14</sup>, como um dos fenômenos cuja existência antecede e é externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado. Inclusive trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um *status* diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica. Segundo a autora, do ponto de

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 79.

<sup>13</sup> “Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter. [...] A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais.[...] O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial”, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. [...] A doutrina civilista, por sua vez, extrai do princípio da dignidade da pessoa humana os denominados direitos da personalidade, reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado”. In: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78; 286-292.

<sup>14</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 157-158.



vista jurídico, o conteúdo da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais, isto é, terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles. A autora ainda cita a expressão de José Carlos Vieira de Andrade no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.

É certo que a dignidade humana descreve uma realidade complexa e essa complexidade é consequência de ao menos duas ordens de razões: em primeiro lugar, a dignidade humana não se resume a ter acesso a prestações de saúde e educação, havendo muito mais do que isso (liberdade, autonomia individual, trabalho, integridade física e moral, etc.). Em segundo lugar, a complexidade<sup>15</sup> da noção de dignidade humana não decorre apenas da variedade de bens que ela congrega, ela deriva, também, das diferentes maneiras como esses bens se relacionam entre si.

Desta forma, o conteúdo fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem brasileira abrange quatro componentes<sup>16</sup>:

- a) Valor intrínseco da pessoa: identifica-se com a mencionada visão kantiana, segundo a qual o ser humano não pode ser visto como meio, mas como fim em si;
- b) Autonomia: envolve tanto o direito de fazer as escolhas de vida e de agir de acordo com elas quanto o de participar na formação da vontade coletiva da comunidade política;

<sup>15</sup> “A essa complexidade, própria da dignidade humana, agrega-se outra, comum aos princípios em geral e já discutida anteriormente, que é a relativa indeterminação de seus efeitos por força das diferentes concepções políticas, ideológicas, filosóficas e religiosas, naturais em uma sociedade plural. As pessoas e grupos têm concepções diversas acerca do que a dignidade significa e exige – a sua própria e a dos demais –, de tal modo que, embora haja conteúdos mínimos acerca dos quais há razoável consenso, há também diversidade no particular. Note-se que, no caso do Brasil contemporâneo, a Constituição de 1988 e a legislação infraconstitucional cuidam de forma bastante detalhada de variados aspectos da dignidade humana em diferentes ambientes. Assim, frequentemente não será necessário ou mesmo próprio recorrer ao princípio da dignidade humana quando a solução de determinada questão é dada, validamente, por uma regra constitucional ou infraconstitucional. Com efeito, é frequente que o princípio seja utilizado apenas como uma espécie de adereço retórico, o que pode ser facilmente observado na medida em que sua exclusão do debate não faria qualquer diferença na hipótese: a mesma conclusão seria apurada com ou sem menção ao princípio. Essa utilização puramente retórica do princípio da dignidade humana, longe de o prestigiar, o banaliza e o desgasta. Se qualquer pretensão individual, qualquer direito alegado como violado, pode ser descrito como uma violação à dignidade humana, já não é possível distinguir quaisquer ilegalidades e descumprimentos de contratos, de um lado, e aquelas situações gravíssimas nas quais há violação ao núcleo do princípio em questão. Não são as ilegalidades e descumprimentos contratuais que ganham com a equiparação, mas o núcleo da dignidade humana que perde”. *In*: BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 157-158.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 98.

- c) Mínimo existencial: garantia das condições materiais básicas para a vida digna;
- d) Reconhecimento: tem a ver com o direito ao igual respeito da identidade pessoal, o que envolve a vedação da imposição de barreiras a prejudicar o gozo de direitos universais por parte de grupos estigmatizados de pessoas, bem como medidas específicas que visem a valorizar as diferenças e a atender necessidades particulares dessas pessoas, incluindo políticas de ações afirmativas.

A proteção da dignidade da pessoa humana passa, portanto, pelo reconhecimento de que o indivíduo é o objetivo principal da ordem jurídica. Envolve tanto a repulsa às práticas que coloquem a pessoa em posição de desigualdade perante as demais quanto as que acabam por desconsiderar o ser humano como pessoa, seja reduzindo-o ou assemelhando-o à condição de “coisa”, seja privando-o dos meios minimamente necessários à subsistência com dignidade<sup>17</sup>.

Ainda que a dignidade da pessoa humana seja mesmo o princípio ao redor do qual gravitam os demais, não há relação de preponderância necessária nem hierarquia entre eles. Assim, a preponderância que se costuma atribuir à dignidade da pessoa é do tipo valorativa, ou mesmo filosófica, se não preponderantemente jurídico-normativa, sob pena de transformar princípio em algo absoluto, prevalecente em quaisquer casos, o que daria margens a absurdos<sup>18</sup>.

Robert Alexy<sup>19</sup> defende que a dignidade da pessoa remete a uma “norma”, que tanto pode ser um princípio quanto uma regra. Para ele, a dignidade (como princípio) pode ser livremente ponderada em face de outros princípios. No entanto, se ela for vista como regra, não se pergunta se ela se precede ou não a outras normas, mas apenas se ela é simplesmente

<sup>17</sup> “No Recurso Especial nº 670.422/RS, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade, bem como na respectiva convivência desses princípios em face dos princípios da publicidade, da informação pública, da segurança jurídica, da veracidade dos registros públicos e da confiança, o STF aprovou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 761): i) o **transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero** no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) **Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transgênero’**; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos (grifo nosso)”. In: BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. Tomo II – Direito Constitucional Positivo. Coord. Leonardo Garcia. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 241

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 245.

violada ou não. Logo, se ao nível dos princípios precede a dignidade da pessoa humana, então, ao nível das regras, a dignidade da pessoa humana é ou não lesionada.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana não deixa de admitir ponderação relativamente a outros princípios, ainda que seu peso valorativo lhe permita preponderar na maior parte dos casos. Essa questão da relatividade do princípio se explica pelo caráter dúplice da dignidade da pessoa humana. Paralelamente, convivem tanto a **concepção estática** - onde a dignidade possui núcleo irreduzível e invariável de indivíduo para indivíduo, de modo que a todos deve ser garantido um *status* mínimo de dignidade independente de origem, sexo, raça, condição social - como na **concepção dinâmica** da dignidade, onde determinados fatores podem justificar uma relativização da dignidade desde que preservado o núcleo mínimo garantido pela concepção estática. Isso explica, por exemplo, por que o Estado pode encarcerar o indivíduo que tenha afrontado valores igualmente relevantes, muito embora esse encarceramento deva preservar a dignidade da pessoa presa<sup>20</sup>.

Ante o exposto, verifica-se que a dignidade pode ser compreendida como uma qualidade integrante e irrenunciável do ser humano, devendo ser reconhecida, respeitada e protegida, não podendo ser retirada (embora possa ser violada). Por outro lado, há quem aponte que a dignidade não é algo inerente à natureza humana, na medida que possui também um sentido cultural, fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo<sup>21</sup>. Em que pese haver posições no sentido de que a dignidade não é qualidade inerente ao ser humano, tal entendimento não deve prevalecer, pois colocaria em risco a efetividade da sua proteção jurídica.

Registre-se, neste contexto, o significado da formulação apresentada pela Constituição Federal de 1988 ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a concepção de dignidade tem por escopo o indivíduo, de modo a evitar a possibilidade do sacrifício da pessoa individual em prol da dignidade humana como bem de toda a humanidade. Por outro lado, não há como descartar uma necessária dimensão social desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>21</sup> HÄBERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: J.Isensee-P. Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I. Heidelberg: C. F. Müller, 1987, p. 860 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9 ed., 2007, p.24.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 27.

Dito isso, é de se perguntar até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade, são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que em determinados quadrantes são tidos como legítimos, encontrando-se enraizados na prática jurídica e social de determinadas comunidades. Em verdade, ainda que se pudesse ter um conceito universal de dignidade, não haveria como evitar a disparidade e conflituosidade sempre que tivesse que avaliar se uma determinada conduta é ou não ofensiva. Nesta linha de entendimento, parece situar-se o pensamento de Dworkin que, ao sustentar a existência de um direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, refere que qualquer sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui esta indignidade, critérios que variam conforme o local e a época<sup>23</sup>.

Logo, o que se percebe é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados; e, ainda, onde não houver o reconhecimento da identidade dos transgêneros pelo Estado, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças<sup>24</sup>.

É notório que o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente ligado aos direitos fundamentais, sendo o fundamento da sua grande maioria. Consequência disso é que, atualmente, no âmbito jurisdicional brasileiro, tal princípio tem sofrido uma certa banalização, pois muitas vezes é utilizado de maneira forçada e sem fundamentação suficiente. Para Virgílio Afonso da Silva<sup>25</sup>, não se trata de um fenômeno apenas brasileiro, em outros países a garantia da dignidade da pessoa humana tem também servido como um recurso universal para a solução de problemas jurídicos que poderiam ser resolvidos com recurso a outros direitos. Para o autor, há um grande risco nisso, pois com o passar do tempo quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor, o que vem ocorrendo com a dignidade da pessoa humana.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>25</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 195.

Alexandre Coutinho Pagliarini<sup>26</sup> sustenta que a dignidade da pessoa humana passou a receber um hiperdimensionamento a ponto de todos os demais direitos fundamentais terem, obrigatoriamente, de ser interpretados como válidos se e somente se observantes da dignidade da pessoa humana, preponderância esta que pode causar (e tem promovido, de fato) sérias consequências na prática interpretativa dos juízes em julgamentos e atos administrativos, os quais fogem da primeira interpretação possível e devida: a gramatical (ou literal).

Em que pese haver posições doutrinárias a respeito da não superioridade da dignidade da pessoa humana, alguns doutrinadores defendem o caráter absoluto deste princípio. É o caso do autor Dieter Grimm<sup>27</sup> que fundamenta que a elevação de *status* absoluto da dignidade tem como preço a redução do âmbito de incidência do próprio princípio, sob pena de resultados inaceitáveis.

A partir de certas projeções do direito à dignidade da pessoa humana, há quem identifique outros direitos fundamentais de prevalência absoluta, tais como: a) o direito à liberdade, em fase da escravidão, e o direito à incolumidade físico-psíquica, em face da tortura (BOBBIO, 2004, p. 40); b) a proibição à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (UADI BULOS, 2007, p. 406-407; e DÍAZ REVORIO, 2009, p. 92); c) o direito à vida, o direito a não ser torturado nem submetido a penas de caráter cruel, o direito à identidade pessoal e o direito a não retroatividade da lei penal (VIEIRA ANDRADE, 2001, p. 298); e d) o direito à observância do princípio do juiz natural, à vedação ao anonimato e à vedação de extradição de brasileiro nato (Ministro CELSO DE MELLO, em decisão no HC 83.113/DF)<sup>28</sup>.

No Brasil, o caráter da dignidade da pessoa humana não é absoluto, ou seja, prevalece a tese da relatividade. De fato, é a tese mais assertiva, tendo em vista que nem o direito à vida é absoluto. Vale dizer, os direitos fundamentais, assim como a dignidade da pessoa humana, atuam no centro do ordenamento jurídico-constitucional convivendo, muitas vezes, de forma indissociável. Importa repisar que nem todos os direitos fundamentais têm fundamento na dignidade da pessoa humana, em que pese esta pressupor o reconhecimento e proteção daqueles. Assim, há uma relação primária entre dignidade e direitos humanos (direitos fundados necessariamente na dignidade da pessoa), o que não se confunde com direitos

<sup>26</sup> PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos e Garantias Fundamentais**. 1.ed. Curitiba: InterSaberes, 2021.

<sup>27</sup> *Apud* SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 96.

<sup>28</sup> BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. Tomo II – Direito Constitucional Positivo. Coord. Leonardo Garcia. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 762.

fundamentais (estes considerados como direitos que, independente de terem ou não relação direta com a dignidade da pessoa humana, são assegurados por força de sua previsão constitucional)<sup>29</sup>.

E qual é o posicionamento da jurisprudência brasileira? No Mandado de Segurança nº 23.452/RJ<sup>30</sup>, o Plenário do STF decidiu que os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto, ou seja, não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas a proteger a integridade do interesse social e, de outro lado, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Independentemente das discussões a respeito da relatividade/absolutividade da dignidade da pessoa humana, o fato é que, no Brasil, tal princípio passou a ocupar um lugar de destaque em nosso ordenamento jurídico, constituindo o cerne essencial dos direitos fundamentais, havendo um consenso de que a essência dos direitos humanos é a dignidade da pessoa.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, a qualidade reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Consequentemente, isso implica um conjunto de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa a proteção contra qualquer ato desumano ou degradante e, ainda, a garantia de condições mínimas existenciais para uma vida saudável.

Partindo desta ideia, nota-se que a dignidade da pessoa humana pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, muito embora nem todos tenham fundamento nela.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9 ed., 2007, p.48.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: MS 23452 RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>> Acesso em 29 abr.2022.

Portanto, pensar em dignidade da pessoa humana é pensar em autonomia, ou seja, aptidão para tomar decisões através de uma razão. Autonomia no sentido de liberdade, isto é, capacidade de formar sua própria existência e desenvolver sua personalidade e identidade pessoal. E é com base nesta premissa que se consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Para além das conexões já referidas, o reconhecimento e proteção da identidade pessoal concretiza-se no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome e à igualdade, todos vinculados à dignidade da pessoa. Isso tem relação direta com o direito dos transgêneros à identidade de gênero autopercebida<sup>31 32</sup>, que será tratada no capítulo quarto.

## 1.2 Direito ao nome e gênero

A Constituição Federal tem entre seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sendo um de seus fundamentos a proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Com isso, é possível perceber que a vedação à discriminação abrange não apenas pessoas heterossexuais, como também os homossexuais e os transexuais. Desta forma, a Carga Magna tutela os indivíduos à sua orientação sexual e garante, ainda, o direito à saúde, que deve ser preservado, tanto em seu aspecto físico, como psíquico e social.

<sup>31</sup> “A identidade de gênero é a experiência interna e individual do gênero como cada pessoa a sente, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento, incluindo a experiência pessoal do corpo (o que poderia envolver – ou não – a modificação da aparência ou da função corporal através de meios médicos, cirúrgicos ou outros, desde que seja escolhido livremente) e outras expressões de gênero, incluindo o vestuário, o modo de falar e maneirismos. A identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação, e que se refere à experiência que uma pessoa tem de seu próprio gênero. Assim, a identidade de gênero e sua expressão também assumem várias formas, algumas pessoas não se identificam como homens, nem mulheres, ou se identificam como ambos”. *In*: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Parecer Consultivo OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)> Acesso em 16 mai. 2022.

<sup>32</sup> “Tradicionalmente, fala-se em quatro tipos de identidade de gênero: cisgêneras são as pessoas que possuem uma identidade de gênero que corresponde ao sexo biológico; transgêneras são aquelas que possuem uma identidade de gênero distinta do sexo biológico; os travestis vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou mulheres (e sim com um não gênero ou de um terceiro gênero); os transexuais, objeto do nosso estudo, são as pessoas transgêneras que fazem a transição de gênero, com ou sem cirurgia de readequação genital”. *In*: ANDRADE, Daniela. **Cis, Trans, Travesti: o que significa?** Não me Kahlo. Disponível em: <<https://naomekahlo.com/cis-trans-travesti-o-que-significa/>> Acesso em 30 jun.2022.

Além disso, há um rol (não taxativo) de direitos e garantias fundamentais que deve ser respeitado, dentre eles, o direito à intimidade, vida privada, honra e à imagem, direitos também conhecidos como direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade surgiram, na segunda metade do século XIX, para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado<sup>33</sup>. Eram considerados essenciais à condição humana, a serem protegidos pelo Estado.

Com base teórica jusnaturalista, para Luiz Edson Fachin<sup>34</sup>, os direitos da personalidade se estruturam a partir da ideia de essencialidade e inerência à própria condição humana. O autor cita, ainda, a seguinte definição de Euclides de Oliveira: “entende-se por personalidade o conjunto de caracteres físicos, psíquicos e morais que compõem o ser humano. Daí decorrem os direitos concernentes à pessoa humana, que são prolongamentos e projeções da personalidade”.

No decorrer dos séculos, os direitos da personalidade foram tratados sob diferentes denominações. A Assembleia Constituinte da França, por exemplo, referiu-se, em sua Declaração de 1789, aos Direitos do Homem e do Cidadão. Já a Declaração das Nações Unidas, de 1948, utiliza a expressão Direitos Humanos. A Constituição brasileira de 1988 dedica-se, em seu Título II, aos Direitos e Garantias Fundamentais e o Código Civil brasileiro reserva um capítulo aos Direitos da Personalidade. Mas, afinal, qual a diferença entre essas expressões?

Tradicionalmente, afirma-se que os direitos humanos buscam fundamento no direito natural, isto é, são direitos derivados da própria natureza do homem, inerentes ao ser humano, que por isso mesmo são comuns a todos os homens e válidos em todos os tempos e lugares. Já a concepção positivista vê os direitos humanos como faculdades outorgadas e reguladas por lei. E, partindo do positivismo, pode-se afirmar que os direitos da personalidade existem apenas e na medida que a lei os reconhece<sup>35</sup>. No entanto, os autores atualmente têm apontado a tendência de superação das vertentes tradicionais dessas teorias, dando espaço a um fundamento histórico. Bobbio assevera que os direitos do homem são uma classe variável,

<sup>33</sup> RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Booksellers 1999, v. 1, p. 275-276.

<sup>34</sup> FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.1, p. 36-60, jul.-set., 2014. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/130>> Acesso em: 15 mai.2022.

<sup>35</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 54.



bastando uma análise da história do homem para que se constate que no decorrer do tempo muitos direitos foram incluídos ou excluídos do rol dos direitos inerentes à natureza humana, isso sem falar naqueles que sofreram transformações fundamentais, como o direito de propriedade<sup>36</sup>.

A doutrina e a jurisprudência tratam, muitas vezes, as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos. Ocorre que tais expressões não se confundem. A expressão *direitos humanos* é mais utilizada no plano internacional como, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem (1948), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969). Ela é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. Esses direitos subsistem independentemente de seu reconhecimento através do direito positivo, por isso devem ser respeitados e protegidos pelo Estado. Outrossim, a tutela dos direitos do homem nem sempre encontra mecanismos de implementação, sendo que, quando isso ocorre, geralmente não é possível o acesso direto de pessoas e instituições privadas às cortes internacionais<sup>37</sup>. Há, ainda, casos em que a tutela internacional apenas é possível após o esgotamento de todos os mecanismos disponibilizados pela ordem jurídica interna.

*Direitos fundamentais*, por sua vez, é um termo normalmente empregado para designar direitos reconhecidos pela constituição de um determinado Estado, que garantem a toda pessoa uma esfera de ação própria protegida de violações por parte das autoridades públicas. São direitos que tutelam os indivíduos frente ao Estado, o que foi acolhido pela Constituição Federal brasileira de 1988, em seu Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Assim, os direitos fundamentais devem ser entendidos como os direitos do homem positivados, consagrados nas constituições estatais, ou seja, os direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. Importante ressaltar que há muitos direitos considerados fundamentais por determinados Estados e negados por outros, o que não é admissível quando se trata de direitos humanos, os quais deveriam ser aceitos por todos os Estados, dado seu caráter universal. Desta feita, um país pode não reconhecer um direito do homem como fundamental em seu ordenamento

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 38.

<sup>37</sup> REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 215.

jurídico, bem como acolher no rol de direitos fundamentais um direito que não faz parte daqueles considerados humanos<sup>38</sup>.

Para Canotilho

as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta<sup>39</sup>.

Diante de tais concepções, verifica-se que os direitos fundamentais são reconhecidos pelo ordenamento jurídico, já os direitos humanos são reconhecidos pela ordem internacional. Outra importante questão é a de que muitos direitos humanos são reconhecidos como fundamentais, mas isso não significa coincidência, pois o ingresso no rol dos direitos fundamentais decorre da opção feita por cada Estado. E, ainda, os direitos fundamentais podem ser invocados diretamente pela pessoa contra o Estado, já os direitos humanos normalmente não permitem o acesso direto de pessoas e instituições privadas às cortes internacionais.

Os direitos humanos não podem ser confundidos, ainda, com os *direitos da personalidade*, termo normalmente empregado na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional<sup>40</sup>. Além disso, há direitos do homem que não figuram entre os direitos da personalidade, seja porque eles não são direitos, mas simples liberdades, seja porque eles são estranhos à personalidade<sup>41</sup>. Os direitos humanos, portanto, somente podem ser invocados em face de um Estado, enquanto os

<sup>38</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A eficácia horizontal e a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos. **Revista civilistica.com**, v. 10, n. 2, 19 set. 2021, p. 7.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

<sup>40</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

<sup>41</sup> “Conforme adverte *Tercier*, se os direitos do homem definem um conteúdo mínimo da liberdade que o Estado deve respeitar nas relações com os particulares, esses direitos também definem um conteúdo mínimo de proteção que tal Estado deveria garantir em seu ordenamento jurídico nas relações entre particulares. E nessa mesma ordem de ideias, conclui o professor suíço afirmando que é normal que o juiz se inspire nos direitos do homem quando chamado a se pronunciar sobre a extensão da proteção dos direitos da personalidade”. In: TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 28 *apud* ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A eficácia horizontal e a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos. **Revista civilistica.com**, v. 10, n. 2, 19 set. 2021, p. 12.

direitos da personalidade regulam as relações entre particulares e são dirigidos aos sujeitos submetidos ao direito privado.

Existe, ainda, uma proximidade entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, uma vez que esses direitos colocam a proteção do ser humano no centro dos seus objetivos. Como visto, os direitos fundamentais estão previstos nas constituições, são direitos que integram o direito público, tendo em vista particularmente a posição do indivíduo face ao Estado. Já os *direitos da personalidade* atendem às emanções da personalidade humana em si, tendo como objetivo a proteção da dignidade de seu titular, enquanto pessoa única, individual, irrepetível e infungível, e não uma pessoa em geral, nem um membro da humanidade. Desta forma, as disposições concernentes aos direitos da personalidade valem nas relações entre pessoas privadas, isto é, nos casos de relações paritárias entre particulares ou entre estes e o Estado destituído de sua posição de supremacia.

No entanto, há quem defenda que os direitos da personalidade e os direitos fundamentais tratam dos mesmos direitos, encarados sob ângulos diversos.

Contudo, a distinção não é simples assim, não podendo tal ponto de vista ser aceito, pois há direitos fundamentais que, por não terem como objeto tutelado diretamente a personalidade humana, não se traduzem, ao nível juscivilístico ou nem sequer no plano da garantia juspublicística, em direitos de personalidade. Nessa linha, a atribuição de direitos a organizações que não são pessoas físicas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais não se amolda à categoria dos direitos da personalidade. Pode-se ainda citar os casos das garantias de acesso aos tribunais e da maioria das garantias processuais, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, que não podem ser consideradas como direitos da personalidade, mas estão arroladas entre os direitos fundamentais<sup>42</sup>.

Com isso, fica claro que existe na Constituição federal de 1988 direitos que são considerados direitos da personalidade e direitos fundamentais, assim como aqueles que apenas são direitos fundamentais, não enquadráveis como direitos da personalidade. Logo, nem todos os direitos fundamentais constituem direitos da personalidade e nem todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais<sup>43</sup>.

A Constituição consagra como fundamentais os mais importantes direitos da personalidade, sem que isso signifique total coincidência destes direitos. De fato, em face da constitucionalização do direito civil, surge a questão teórica e prática atinente à aplicação dos direitos fundamentais às relações de direito privado. É certo, portanto, que os direitos

<sup>42</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A eficácia horizontal e a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos. **Revista civilística.com**, v. 10, n. 2, 19 set. 2021, p. 14.

<sup>43</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 581.

fundamentais acabam não tendo a sua aplicação restrita à relação entre o Estado e os indivíduos, permitindo-se também a sua incidência nas relações entre particulares.

Importante lembrar que os direitos inerentes à pessoa humana como vida, honra, integridade física e moral e liberdade, nem sempre foram direitos reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos no curso da história. Os direitos personalíssimos constituem uma categoria inconfundível de direitos subjetivos essenciais que pertencem à pessoa, sendo, portanto, inatos, vitalícios, necessários, essenciais, indisponíveis, intangíveis e absolutos<sup>44</sup>.

Dentre os direitos da personalidade, pode-se encontrar o direito ao nome e ao próprio corpo, que assumem importante papel na criação da identidade do ser humano e na sua autodeterminação. No que tange às pessoas transgêneras, esses direitos são ainda mais essenciais, tendo em vista que a identidade de gênero é um elemento que constitui a identidade das pessoas. Logo, o seu reconhecimento pelo Estado é de extrema importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos, incluindo a proteção contra violência, tortura, maus-tratos, saúde, educação, bem como a liberdade de expressão.

Além disso, o direito à identidade é um meio de exercer os direitos e liberdades fundamentais na sociedade democrática, comprometida com a cidadania e as liberdades fundamentais. Conseqüentemente, a privação do direito à identidade coloca as pessoas em situações que dificultam o gozo de seus direitos, criando diferenças de tratamento, violação ao direito de igualdade perante a lei e a não discriminação, bem como ofensa ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Importante destacar que a identidade tem como função a individualização e a identificação da pessoa na sociedade. Esta identidade vai além do nome, parte-se do pressuposto de como o indivíduo se reconhece e como ele é reconhecido pela sociedade. Logo, a identidade pessoal (direito ao *ser*), bem como o direito ao corpo, se encapsulam como direitos da personalidade de modo que o nome ganha especial relevo na construção identitária ao mesmo tempo que o direito ao corpo é parte integrante da essência humana<sup>45</sup>.

No tocante aos transgêneros, por exemplo, a relação com o seu corpo é essencial para construir a sua identidade, de modo que deve haver uma correspondência entre o sexo psicológico e o expressado nos assentos de registro civil, compatibilizando o prenome e o gênero sexual à real condição psicológica do indivíduo. Nesse sentido, o direito ao corpo

<sup>44</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos Teoria e Prática**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.189.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

como formador de identidade deve ser exercido em liberdade, principalmente no mundo contemporâneo onde há uma supervalorização da estética e, por conseguinte, do corpo humano, de modo que constitui elemento relevante na qualidade de vida dos indivíduos<sup>46</sup>.

Isso significa dizer que o Estado deve assegurar aos indivíduos a autonomia privada e a liberdade relacionada ao corpo, para que ele cumpra a função social na identificação do indivíduo.

No mesmo sentido, os Princípios de Yogyakarta<sup>47</sup> determinam que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão, independente de sua orientação sexual<sup>48</sup> ou identidade de gênero<sup>49</sup>. Isso inclui a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, vestimenta, características corporais, escolha do nome ou qualquer outro meio.

Em vista disso, um aspecto central do reconhecimento da dignidade é a possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias convicções e escolhas. Neste contexto,

o princípio da autonomia da pessoa desempenha um papel fundamental, o que veda toda ação estatal que procure a instrumentalização da pessoa, isto é, que a converta em um meio para fins alheios às escolhas sobre sua própria vida, seu corpo e o pleno desenvolvimento de sua personalidade, dentro dos limites impostos pela Convenção. Desta forma, de acordo com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade ou autonomia pessoal, cada pessoa é livre e autônoma para seguir um modelo de vida de acordo com seus valores, crenças, convicções e interesses<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf)> Acesso em 16 mai.2022.

<sup>48</sup> “Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”. *Ibidem*.

<sup>49</sup> “Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”. *Ibidem*.

<sup>50</sup> “Por outro lado, e nesta ordem de ideias, esta Corte interpretou amplamente o artigo 7.1 da Convenção Americana, afirmando que ele inclui um conceito de liberdade em um sentido amplo, que é entendido como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que legalmente é permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social de acordo com suas próprias escolhas e convicções. A liberdade definida como tal é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que é projetado em toda a Convenção Americana. Sobre este ponto, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas expressou que a noção de vida privada se refere à esfera da vida de uma pessoa em que ele ou ela podem expressar livremente sua identidade, seja em suas relações com a outros ou sozinha. De acordo com o que foi expresso, para este Tribunal, portanto, o reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e da proteção do direito à vida privada, um direito à identidade, intimamente relacionado com a autonomia da pessoa e a identifica como um ser autodeterminado e autônomo, ou seja, que é dono de si mesmo e de seus atos”. *In*: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Parecer Consultivo OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo.

E mais, todas as pessoas têm o direito de desenvolver sua identidade pessoal sem qualquer intervenção, quer do Estado ou da sociedade onde estiver inserido. O direito à liberdade deve garantir a qualquer indivíduo a possibilidade de autodeterminar-se sem submissão a outrem. Existem nos seres humanos tantas diferenças que não poderia o Estado, nem a própria comunidade, efetuar uma imposição de seus valores sob pena de impedir que seus membros pudessem alcançar qualquer parcela de felicidade ou mesmo desenvolver a sua identidade de forma plena<sup>51</sup>.

A autonomia, no que se refere à disponibilidade do próprio corpo, além de ser necessário à própria autoconfiança pessoal, é fundamental para a configuração da própria identidade<sup>52</sup>. Esta questão da identidade pessoal, ligada ao corpo, é uma forma de garantia da dignidade da pessoa humana. Sem garantir a autonomia, atributo que justifica e fundamenta o direito ao desenvolvimento da personalidade, expressamente previsto em algumas constituições ocidentais, não haverá respeito à pessoa<sup>53</sup>.

Embora a Constituição brasileira não tenha previsto expressamente o direito ao desenvolvimento da personalidade, implicitamente o fez pela conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. O princípio da liberdade individual, que implica o respeito à privacidade, intimidade e ao exercício da vida privada, garante a todos a possibilidade de realizar as próprias escolhas individuais, da forma mais conveniente. É pelo viés da liberdade que a autonomia se consolida como um dos meios de realização da dignidade da pessoa humana, sendo considerada como verdadeiro instrumento de promoção da personalidade. Com isso, as pessoas assumem uma ampla liberdade para desenvolver a sua personalidade, ainda que suas escolhas sejam moralmente discutíveis. Isso por que o que se busca é a felicidade<sup>54</sup>.

Dito isso, fica evidente, na atualidade, a necessidade de se pensar biograficamente para além do binômio igualdade/diferença. Ver sob esta ótica em certa medida implica ver heteronormativamente. É preciso que se pense em uma nova categoria, a da diversidade, a fim de tornar possível a problematização jurídica de questões contidas ao lado de fora da identificação heteronormativa-binomial dos fenômenos sociais e jurídicos. Nesse sentido, a

Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)> Acesso em 16 mai. 2022.

<sup>51</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010.

<sup>52</sup> FREITAS, Riva Sobrado de. **Autonomia Decisória e direito ao próprio corpo**: os reflexos da nova concepção de Autonomia Privada em questões de gênero, identidade genética e eutanásia. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 241-264, jul.-dez. 2018.

<sup>53</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; LINS, Ana Paola de Castro e. Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 17-41, jul.-set. 2018.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

ordenação heteronormativa-binomial do Direito implica situações de exclusão de histórias e pessoas da esfera de proteção dos direitos. Existe uma esfera jurídica de proteção e concretização limitada a sentidos de igualdade e/ou diferença que não compreendem determinadas relações identitárias, principalmente no que se relaciona à percepção do gênero e da sexualidade, causando estados de exclusão e diferenciação negativa do outro<sup>55</sup>.

Desta forma, é cediço que a atribuição de sexo e gênero encontra-se ligada ao nascimento. No entanto, a identidade humana deve ser vista de forma ampla, compreendendo questões que abrangem o nome e seus elementos que geram a individualização do indivíduo, como imagens, impressões digitais e o registro civil.

Nesse caminho, a identidade como compreendida na atualidade abarca um componente sexual que perpassa a binariedade do gênero “homem/mulher” em direção a constituições identitárias diversas que se constituem continuamente na descontinuidade, na impermanência e na instabilidade. Com efeito,

se a regra disciplinar da identidade de gênero estabelece que o desejo sexual do homem pela mulher é a base da identidade masculina e feminina, a reprodução da performance da heteronormatividade tem como efeito o ocultamento da dimensão política da regra disciplinar. Ao ser cotidianamente repetida, alcança o *status* de natural e de universal. A regra disciplinar atribui um caráter ilusório a uma essência feminina ou masculina como fundamento que irá pautar as condutas do homem e da mulher<sup>56</sup>.

Assim, além da binariedade e da heteronormatividade, a construção da identidade de gênero empreende-se desfazendo a relação de necessariedade entre sexo, gênero e desejo. A transexualidade, por exemplo, desfaz publicamente a relação entre sexo, sexualidade e gênero e desmistifica a relação homem/mulher.

Insta ressaltar que o que compreende a reivindicação dos transexuais é a sua identidade de gênero que é desconhecida devido à incompatibilidade entre o que é biológico e psicológico, ocorrendo a formação de uma subjetivação, ou seja, a formação dessa subjetividade se dá a partir do desenvolvimento de um processo tanto social quanto cultural que auxilia na transformação de si mesmo. Essa identidade sexual está associada à personalidade, à saúde e à própria liberdade do indivíduo, ou seja, quando se fala da realização da cirurgia de redesignação sexual e da não alteração do registro civil deste transexual, por exemplo, tem-se na verdade uma falsidade em termos de sexualidade deste,

<sup>55</sup> LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. A (In)Diferença no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 57.

<sup>56</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transexualismo no STJ: desafios para a despatologização à luz do debate Butler-Fraser. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, vol. 21, n. 1, p. 343-376, jan-abr. 2016.

devendo constar o sexo que o mesmo sente, aquele que é vivido por este dentro da sociedade<sup>57</sup>.

Além disso, outro direito fundamental que deve ser observado é o direito à informação. Sem uma informação precisa, o sujeito raramente conseguirá fazer uma escolha verdadeira e satisfatória para a construção de sua identidade. O controle sobre o próprio corpo engloba a possibilidade de tomar decisões sobre ele, no que se refere, por exemplo, a saúde, questões genéticas, riscos possíveis quanto à ingestão de medicamentos etc. Assim, no que se refere a tratamentos hormonais e até mesmo cirurgias relacionadas aos transgêneros, por exemplo, informações mais próximas da realidade quanto aos resultados das opções (e até mesmo a sua desnecessidade) seriam fundamentais para a construção da sua identidade pessoal<sup>58</sup>.

A identidade, assim, consistirá no resultado de todas as escolhas, sem a obrigação de se enquadrar no que é tradicionalmente aceito pela sociedade. Não faz sentido limitar a autonomia existencial pela intuição moral construída a partir do que a maioria discrimina como certo ou errado, melhor ou pior, mais ou menos elevado, tampouco condenar o sujeito a partir de um padrão social de moralidade. Isto porque a identidade individual se sobrepõe a qualquer ideia de pertencimento ou identidade nacional<sup>59</sup>. Vai muito além do sexo morfológico, tendo em vista que deve ser analisado o comportamento psicológico de cada indivíduo, onde o sexo será definido após uma conexão entre o físico, o psíquico e o comportamento desse indivíduo, dando origem ao seu estado sexual.

Sobre esse tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>60</sup> também indicou a conceituação de direito à identidade ao estabelecer que se trata de um conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa na sociedade e que inclui vários direitos de acordo com o sujeito de direitos em questão e as circunstâncias do caso.

Parte-se da premissa de que a pessoa humana é livre no processo de desenvolvimento de sua personalidade e, conseqüentemente, na afirmação de sua identidade. O gênero não pode ser considerado uma construção biológica inata e sim uma construção subjetiva ao longo da vida, acatada como uma manifestação da personalidade, reconhecida e respeitada pelo

<sup>57</sup> SCHOOR, Janaína Soares; STURZA, Janaína Machado. Transsexualidade e os Direitos Humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, vol. 15, n. 1, p. 265-283, jan-jun. 2015, p. 279.

<sup>58</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010.

<sup>59</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; LINS, Ana Paola de Castro e. Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 17-41, jul.-set. 2018.

<sup>60</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Parecer Consultivo OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)> Acesso em 16 mai. 2022.



Estado e pela sociedade. Logo, a identidade de gênero em desacordo com o sexo biológico não pode ser considerada um efeito patológico a ser corrigido, tampouco um desvio moral a ser repreendido<sup>61</sup>.

Dito isso, não há como falar em identidade sem estudar o direito ao nome e ao gênero, ambos decorrentes dos direitos da personalidade. José Roberto Neves Amorim<sup>62</sup> atribui ao nome a natureza jurídica de direito de personalidade na medida em que identifica o indivíduo dentro da sociedade e da própria família e é capaz de ser tutelado *erga omnes*. Sendo um direito da personalidade, apresenta características como a obrigatoriedade, indisponibilidade, exclusividade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e imutabilidade relativa, dentre outras. Para o autor, a obrigatoriedade diz respeito à obrigação de ter um nome e registrá-lo perante o Cartório de Registro Civil. A indisponibilidade, por sua vez, diz respeito à incapacidade de dispor do nome. A exclusividade se refere à ideia do nome pertencer a uma única pessoa. Já a imprescritibilidade se refere ao fato do titular jamais perder o direito ao nome e a irrenunciabilidade significa que o titular não pode dele renunciar. O autor também menciona a imutabilidade relativa do nome, haja vista que a própria legislação (Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/1973) prevê situações de alteração de nome como nos casos de exposição ao ridículo e integração de apelido público notório, por exemplo.

Como já estudado, além da designação sexual, o nome é uma etiqueta social<sup>63</sup> de extrema importância na identificação do indivíduo. Mas em que consiste o nome? De acordo com o artigo 16 do Código Civil brasileiro em vigor, o nome é composto por dois elementos essenciais: prenome e sobrenome. O prenome é o elemento de identificação do sujeito dentro da sua família, enquanto o sobrenome permite a sua identificação perante a sociedade. É possível, ainda, que o nome contenha elementos secundários, não essenciais, como o pseudônimo (falso nome que a pessoa se atribui para se tornar conhecida e se fazer designar, no exercício de certas atividades, no lugar de seu nome verdadeiro), cognome (apelidos pelos quais a pessoa se torna conhecida na sociedade e que passam a agregar sua personalidade) e o agnome (partícula diferenciadora cujo objetivo é evitar a homonímia dentro da mesma família. Exemplo: neto, júnior, etc). Em regra, o nome é dado à pessoa em seu nascimento e o

<sup>61</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; LINS, Ana Paola de Castro e. Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 17-41, jul.-set. 2018.

<sup>62</sup> AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

<sup>63</sup> JOSSERAND *apud* DE FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral de LINDB**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

acompanha até o fim da sua personalidade, que ocorre com a morte. Sua aquisição pode se dar por ocasião do nascimento, casamento, adoção e outras situações previstas em lei<sup>64</sup>.

Percebe-se que o nome possui uma dimensão pública incontestável, tendo em vista que é essencial para a identificação do sujeito na maior parte das suas relações sociais pois toda e qualquer pessoa pratica atos da vida civil sob o nome que lhe é atribuído e que é enunciado em seu registro de nascimento. Daí a importância e a obrigatoriedade do assento de nascimento, costumeiramente chamado de primeiro ato de cidadania e, por isso mesmo, gratuito por determinação legal. É em torno do nome que a mente agrupa uma série de atributos pertinentes aos diversos indivíduos, o que permite a sua caracterização e o seu relacionamento com os demais.

O nome passou a ser cada vez mais fundamental, uma vez que os caracteres e princípios que envolvem o nome, tais como a identificação e a individualização, são fundamentais para possibilitar o desenvolvimento pleno da pessoa dentro de uma sociedade. Nesse sentido, Adolfo Pliner defende que *“el nombre nace como una necesidad de lenguaje. Una larga evolución, de milenios, lo convirtió en objeto de una institución, respondiendo a una necesidad del ordenamiento jurídico”*<sup>65</sup>

O **direito ao nome**, portanto, é fundamental porque permite garantir o respeito aos demais direitos da pessoa, imputar-lhes deveres, tutelar-lhe se hipossuficiente, uma vez que possibilita a individuação humana, permitindo que alguém se refira a outrem de maneira única e inconfundível. Além de estar positivado no artigo nº 16 do Código civil brasileiro, a legislação brasileira determinou que o direito ao nome fosse efetivado pelo Registro Civil das Pessoas Naturais, conforme artigo nº 55 da Lei nº 6.015/73<sup>66</sup>. E, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>67</sup>, em seu artigo nº 18, determina que toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes.

<sup>64</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos Teoria e Prática**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 190-193.

<sup>65</sup> *Apud* BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.31-33.

<sup>66</sup> “Art. 55. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, observado que ao prenome serão acrescidos os sobrenomes dos genitores ou de seus ascendentes, em qualquer ordem e, na hipótese de acréscimo de sobrenome de ascendente que não conste das certidões apresentadas, deverão ser apresentadas as certidões necessárias para comprovar a linha ascendente”. BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm)> Acesso em: 15 mai.2022.

<sup>67</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Página Institucional. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em: 15 mai.2022.

O direito a um nome, por sua vez, denota o direito a determinado nome, isto é, direito ao seu próprio nome, definido no Registro Civil das Pessoas Naturais. Pode-se concluir, então, que o direito ao nome nasce com a pessoa, enquanto o direito a um nome é adquirido no assento de Registro Civil. Todavia, este direito não pode se transformar em algo absoluto, em descompasso com os interesses da pessoa e da sociedade. Assim, haverá situações em que essa regra não prevalecerá, sobrepondo-se algum princípio em colisão, como nos casos onde a pessoa é conhecida por um nome que não é o que consta em seu assento de nascimento. Nesta situação, o princípio da dignidade da pessoa humana irá prevalecer, bem como o princípio da segurança jurídica, e a pessoa poderá alterar seu nome nos assentos de registro civil, para adequá-lo à realidade, como será visto adiante.

No tocante ao gênero, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4.275/DF<sup>68</sup>, determinou que a identidade de gênero consiste na manifestação da própria personalidade jurídica e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ou seja, 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.

Mas o que significa gênero? Nas lições de Maria Eunice Figueiredo Guedes<sup>69</sup>, gênero é uma forma de entender, visualizar e referir-se à organização social da relação entre os sexos. É a construção social atribuída ao sexo. A forma como a pessoa se manifesta, age e se identifica perante a sociedade é relacionada à sua identidade de gênero, feminino ou masculino, mas desde criança são orientadas a agir de acordo com o sexo biológico, pois para grande parte da sociedade é este que define o gênero de uma pessoa.

Para Luiz Edson Fachin, o conceito de gênero

visa suplantar as limitações do sexo biológico, levando em consideração que não apenas características biológicas e anatômicas determinam a identidade de cada sujeito. Trata-se de um conceito deveras complexo. O conceito de gênero é formulado, numa certa perspectiva, a partir de discussões dos movimentos feministas, justamente para contrapor a noção de sexo biológico. Não se trata de negar totalmente a biologia dos corpos, mas enfatizar que existe uma construção social e histórica sobre as características biológicas. Sendo assim, a categoria de homem e a categoria de mulher se dariam em decorrência de uma construção da realidade social e não meramente de uma diferenciação anatômica<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 15 mai.2022.

<sup>69</sup> GUEDES, Maria Eunice Figueiredo. **Gênero, o que é isso?** Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98931995000100002>> Acesso em 15 mai.2022.

<sup>70</sup> FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.1, p. 36-60, jul.-set., 2014. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/130>> Acesso em: 15 mai.2022.

Como visto, via de regra, o gênero é utilizado como referência ao sexo biológico da pessoa, no entanto, tal conceituação é errônea tendo em vista que a identidade de gênero diz respeito ao gênero com o qual uma pessoa se identifica, independente do sexo<sup>71</sup> biológico. Nesse sentido, Guacira Lopes Louro<sup>72</sup> defende que esse é um processo constrangido e limitado desde o seu início, tendo em vista que o sujeito não decide sobre o sexo que irá ou não assumir.

Em virtude da relevância do direito ao gênero, este também é concebido como um direito fundamental, em que pese as normas pátrias não abordarem especificamente a temática. No entanto, há uma abertura do catálogo dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, que determina que os direitos e garantias nela expressos 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. Tal dispositivo permite o reconhecimento de novos direitos que atendam às demandas sociais, visando proteger o indivíduo da maior gama possível de situações jurídicas que lhe podem ofender ou desrespeitar a sua dignidade<sup>73</sup>.

O direito à identidade de gênero, enquanto fundamental e de personalidade, não pode somente ser compreendido diante das atividades sexuais reprodutivas ou pelos papéis sociais exercidos socialmente por homem e por mulher, é necessário o igual respeito às diversas manifestações sexuais e o acesso de todos, sem distinções, aos bens necessários para uma vida

<sup>71</sup> “Desta forma, o sexo, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos atribuídos às diferenças biológicas em torno do sexo atribuído no nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva da pessoa que a detém e descansa sobre uma construção autopercebida da identidade de gênero relacionada ao livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada. Portanto, quem decide se assumir é titular de interesses juridicamente protegidos, que em nenhuma circunstância podem ser sujeitos a restrições pelo simples fato de que o conglomerado social não compartilha estilos de vida específicos e únicos, como resultado de medos, estereótipos, preconceitos sociais e morais que não possuem fundamentos razoáveis. Assim, em vista dos fatores que definem a identidade sexual e de gênero de uma pessoa, uma preferência do fator subjetivo sobre suas características físicas ou morfológicas (fator objetivo) é apresentado na realidade. Nesse sentido, a partir da natureza humana complexa que leva cada pessoa a desenvolver sua própria personalidade com base na visão particular que eles têm sobre si mesmos, um caráter preeminente deve ser dado ao sexo psicossocial frente ao morfológico, a fim de respeitar plenamente os direitos da identidade sexual e de gênero, sendo aspectos que, em maior medida, definem a visão que a pessoa tem de si própria e a sua projeção ante a sociedade”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Parecer Consultivo OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)> Acesso em 16 mai. 2022.

<sup>72</sup> LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação** – uma perspectiva pós-estruturalista. 16 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

<sup>73</sup> VERSAN, Juliana Rizzo da Rocha Loures. CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dos aspectos controvertidos do registro civil de pais e mães transgêneros à luz do provimento nº 73 do CNJ e dos direitos da personalidade. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 15, n. 3, p. 58-78, set.-dez., 2019, p. 65.

digna em sociedade, direcionando-se, essencialmente, à realidade de grupos minoritários como os transgêneros.

Nessa ótica, o direito à identidade de gênero deve propiciar proteção jurídica e promoção da liberdade e da diversidade, sem fixar-se em identidades ou condutas meramente toleradas ou limitar-se às situações de vulnerabilidade social feminina e suas manifestações sexuais. É preciso invocar princípios que criem um espaço livre de rótulos ou menosprezos a questões relacionadas à homossexualidade, bissexualidade e transgêneros<sup>74</sup>.

Assim como o direito ao nome, o corpo também cumpre uma função social na conformação de uma identidade do sujeito e mesmo de sua própria felicidade. Além disso, como já mencionado, é incontestável que no mundo contemporâneo há uma supervalorização da estética e, conseqüentemente, do corpo humano, de modo que constitui elemento relevante na qualidade de vida dos indivíduos. É necessário, portanto, que seja garantido ao indivíduo a autodeterminação sobre si mesmo, não sendo lícito restringir de forma arbitrária e desmedida a liberdade de dispor sobre a corporalidade<sup>75</sup>.

Percebe-se, então, que a categoria gênero é muito mais ampla que a ideia de sexo biológico. Assim, a identidade de gênero figura como conceito fundamental para entender os transgêneros, tendo em vista que está relacionada ao gênero com o qual o sujeito se identifica, ainda que não corresponda ao seu sexo biológico.

Insta ressaltar que a Corte Interamericana<sup>76</sup> assentou que a identidade de gênero também encontra-se ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência. Dessa forma, de acordo com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade ou autonomia pessoal, cada pessoa é livre e autônoma para seguir um modelo de vida de acordo com seus valores, crenças, convicções e interesses, assim como o direito à proteção de sua vida privada.

<sup>74</sup> RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Revista Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 71-100, jul.-dez., 2006, p. 82.

<sup>75</sup> FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.1, p. 36-60, jul.-set., 2014. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/130>> Acesso em: 15 mai.2022.

<sup>76</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Parecer Consultivo OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)> Acesso em 16 mai. 2022.

Sobre esse ponto, na ADI nº 4.275/DF<sup>77</sup>, o Supremo Tribunal Federal recordou que a identidade de gênero foi definida como

a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. (...) o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deve estar sujeita à sua genitália. 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 autopercebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito a vida privada<sup>78</sup>.

E, ainda, afirmou que o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso à seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação. Por isso, o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito.

Pois bem, se o Estado deve assegurar a mesma dignidade a todos, deve também assegurar-lhes o direito ao nome e ao gênero, bem como o reconhecimento de sua personalidade jurídica, sem qualquer discriminação. Dito isso, condicionar a realização de cirurgia de redesignação sexual para que o direito ao nome e ao gênero sejam observados configura ato atentatório à dignidade da pessoa humana, à integridade física e à autonomia da vontade. É por isso que na ADI nº 4.275/DF, acima citada, o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento sobre a necessidade de tal procedimento, possibilitando que os transgêneros, por exemplo, pudessem ter seu direito ao nome e ao gênero garantidos diretamente nos Registros Cíveis apenas por livre manifestação de vontade da pessoa, que visa expressar sua identidade de gênero.

No citado julgamento, o Ministro Lewandowski baseou o seu voto no princípio da igualdade e na luta pelo reconhecimento. Segundo ele, a autodeterminação da pessoa trans deve integrar o patrimônio normativo na luta por reconhecimento deste grupo minoritário. Isto

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 15 mai.2022.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

é, numa sociedade igualitária e democrática, que respeite os direitos fundamentais, as pessoas devem ver reconhecidos seus direitos ao nome e ao gênero de acordo com sua autoidentificação, sem que possam ser exigidas condicionantes irrazoáveis. O Ministro ainda defendeu que se deve afastar qualquer resquício de abordagem patologizante da questão, pois não se coaduna com um Estado democrático que respeita os indivíduos enquanto tais e confere, a todos, igual estima social. Devendo-se estabelecer um novo paradigma normativo que coloque o reconhecimento em seu centro e que consiga refletir de forma complexa e não binária sobre a identificação da pessoa humana<sup>79</sup>.

Diante disso, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>80</sup> e no reconhecimento da personalidade jurídica à liberdade pessoal, à honra e ao nome, a Ação direta de inconstitucionalidade mencionada foi julgada procedente pelo STF, dando interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica, ao artigo nº 58<sup>81</sup> da Lei nº 6.015/73, para reconhecer aos transgêneros o direito à substituição do prenome e sexo diretamente no Registro Civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de realização de qualquer tratamento hormonal ou patologizante. Isto porque, segundo o Ministro Marco Aurélio, a expressão “apelidos públicos notórios”, inserida no artigo, abrange o prenome social dos transexuais, ensejando também a modificação relativa ao registro de gênero. E complementa a fundamentação no sentido de que impor ao cidadão a manutenção de prenome em descompasso com a própria identidade atenta contra a dignidade e compromete a interlocução com terceiros, em espaços públicos e privados.

Por fim, é preciso que haja o entendimento de que a relação do sujeito com o seu nome e o próprio corpo é elemento fundamental da intimidade e da busca por uma identidade, não

<sup>79</sup> HOLANDA, Liv Lessa Lima. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. O tratamento das questões de gênero no Direito brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p.217-240, jul.-dez.2018.

<sup>80</sup> “É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. Descabe potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais [...]. A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio. [...] A alteração no assentamento decorre da dignidade da pessoa humana, presente incompatibilidade da morfologia sexual com a identidade de gênero. Legitima-se a modificação para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade, tal como se percebe”. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 15 mai.2022.

<sup>81</sup> “Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”. *In*: BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm)> Acesso em: 15 mai.2022.

cabendo maiores questionamentos pela sociedade ou pelo Estado, mas sim o devido respeito. O nome é o símbolo da personalidade do ser, a forma como o particular é conhecido na sua vida social. Por isso, a necessidade de se buscar uma identidade vai muito além de ser somente a busca de um documento, é a busca de uma identidade física, psicológica e emocional. A alteração de nome e gênero diz respeito à liberdade e autodeterminação, por isso deve ser assegurada pelo Estado<sup>82</sup>. Não é possível que uma pessoa seja tratada civilmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal<sup>83</sup>.

### 1.3 Proteção jurídica do nome e do gênero

No sistema jurídico brasileiro, prepondera o princípio da imutabilidade do nome, ou seja, somente em algumas hipóteses poderão ocorrer alterações. Tal princípio visa a preservação da segurança jurídica nas relações sociais, de forma a manter a estabilidade de contratos e pactos realizados, bem como os demais atos da vida civil.

Até pouco tempo atrás, havia uma severa resistência em admitir alterações de nome ou sobrenome e somente correções de erros é que poderiam ser levadas a efeito pela via administrativa. Outros casos, apenas de forma motivada e excepcionalmente. Como exemplo, é possível citar algumas possibilidades de alteração de nome admitidas legalmente, como o casamento, união estável, reconhecimento de paternidade, proteção a testemunhas, divórcio, viuvez, anulação de casamento, adoção, exposição ao ridículo e transexualidade. Neste último caso, havendo divergência entre a identidade civil e a identidade sexual, há necessidade do nome espelhar a identificação social. Ocorre que essa resistência mudou com o advento da Lei nº 14.382/2022, onde tal imutabilidade tornou-se ainda mais relativa, o que será visto no capítulo quarto.

No tocante à proteção jurídica do nome, o Código Civil brasileiro, em seu artigo nº 17, estabelece que o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou

<sup>82</sup> HOLANDA, Liv Lessa Lima. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. O tratamento das questões de gênero no Direito brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p.217-240, jul.-dez.2018.

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário RE 670422/RS**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>>. Acesso em: 22 jun. 2022.



representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. O artigo nº 18, por seu turno, explicita que sem autorização não se pode usar nome alheio em propaganda comercial. Diante disso, o titular do nome pode exigir que cesse a lesão ao seu direito de personalidade e reclamar perdas e danos.

Insta ressaltar que o pseudônimo goza da mesma proteção legal conferida ao nome (artigo nº 19 do Código Civil brasileiro); no entanto, é preciso esclarecer que ele não tem a função de substituí-lo, mas de manifestar-se cultural ou artisticamente.

No tocante ao direito fundamental ao corpo, o ordenamento jurídico consagra o princípio da autonomia privada desde a autonomia para contratar até a autonomia sobre a própria vida e é dentro desse contexto de autonomia e liberdade que se insere a discussão do direito ao corpo<sup>84</sup>.

Nas lições de Luiz Edson Fachin:

na ambiência do direito ao corpo, portanto, o paradigma da autonomia privada deve ser analisado em sua essencialidade, isto é, respeitando-se a liberdade que se deve conferir ao indivíduos, ao mesmo tempo em que se emprega atenção, e no caso do direito ao corpo, especial atenção, aos limites provenientes do ordenamento jurídico. Os limites de que tratamos são os limites do ordenamento, vale dizer, campo e o horizonte das limitações decorrem objetivamente da racionalidade sistemática do Direito, logo não se confundem com limites de cunho moral e religioso. Pleno há de ser, por certo, a liberdade de crença e de vivenciar a respectiva religiosidade numa sociedade democrática e plural; por igual, pleno há de ser, no espaço social regulado pelo Estado democrático, o respeito à diversidade<sup>85</sup>.

No mesmo sentido, Anderson Schreiber<sup>86</sup> defende que o tratamento jurídico reservado ao corpo humano sofreu profunda influência religiosa ao longo dos anos tendo em vista que, antigamente, o corpo era visto como merecedor de uma proteção superior aos desígnios individuais. Tal pensamento mudou na modernidade, rompendo essa perspectiva e recolocando gradativamente a integridade corporal no campo da autonomia do sujeito.

Insta ressaltar que o direito ao corpo se encontra inserido em nosso ordenamento jurídico no artigo nº 13 do Código Civil, no qual proíbe a disposição sobre o corpo quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, salvo por exigência médica. Luiz Edson Fachin<sup>87</sup> faz uma interpretação deste dispositivo no sentido

<sup>84</sup> FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.1, p. 36-60, jul.-set., 2014. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/130>> Acesso em: 15 mai.2022.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

de que o objetivo do legislador era vedar atos de violência contra o próprio corpo, sendo outro o campo da liberdade e da autodeterminação oriundas da autonomia corporal.

Ante o exposto, é notório que o direito ao nome e ao gênero são essenciais para a formação da identidade de uma pessoa, principalmente para afirmar a sua própria individualidade. Além disso, uma vida digna está atrelada com a própria identidade do sujeito. Reconhecer o direito à mudança de nome e sexo no registro civil é colocar o direito em consonância com a realidade social, garantindo qualidade de vida, felicidade e inclusão social. No tocante aos transgêneros, para assegurar tais direitos, a Coregedoria Geral do Conselho Nacional de Justiça regulamentou a alteração de nome e gênero nos registros civis por meio de um provimento, mas será que o CNJ tem competência para regulamentar sobre o tema? A resposta será analisada no próximo capítulo.

<sup>87</sup> FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.1, p. 36-60, jul.-set., 2014. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/130>> Acesso em: 15 mai.2022.

## CAPÍTULO 2. A FUNÇÃO NORMATIVA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ NAS ATIVIDADES NOTARIAIS E REGISTRAS

### 2.1 O Conselho Nacional de Justiça - CNJ

Em primeiro lugar, é importante entender um pouco melhor a respeito do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>88</sup> (EC nº 45/2004), com a finalidade de ser um órgão administrativo do Poder Judiciário. Esta criação objetivou a formação de um órgão que pudesse atuar como uma espécie de sentinela do Poder Judiciário, em assuntos administrativos, financeiros e de cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes<sup>89</sup>. O CNJ é um órgão composto, de forma híbrida, por quinze membros<sup>90</sup> e desprovido de personalidade jurídica tendo em vista que é resultado da desconcentração de funções do Judiciário. Esta desconcentração ocorre quando há uma distribuição interna ou um remanejamento de atividades dentro de uma pessoa jurídica<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> A EC nº 45/2004, além de criar o Conselho Nacional de Justiça, também realizou as seguintes alterações: 1) assegurou a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF); 2) estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, §3º, CF); 3) efetuou modificações nos princípios e regras aplicáveis à magistratura (art. 93, CF); 4) permitiu a aprovação de súmulas com efeito vinculante pelo STF (art. 103-A, CF), entre outras. *In*: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

<sup>89</sup> TAVARES, André Ramos. **CN(J)?**. Folha de São Paulo, 09 jun. 2007. Opinião, A3. Disponível em: [https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0906200708.htm?aff\\_source=56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm\\_term%3D56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm\\_campaign%3DHome+Esporte+Clube%26utm\\_medium%3Daffiliate%26utm\\_source%3Dafiliado%26utm\\_content%3DUOL+Esporte+Clube](https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0906200708.htm?aff_source=56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm_term%3D56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm_campaign%3DHome+Esporte+Clube%26utm_medium%3Daffiliate%26utm_source%3Dafiliado%26utm_content%3DUOL+Esporte+Clube). Acesso em: 25 jul.2022.

<sup>90</sup> “Art. 103-B: O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal”. *In*: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

<sup>91</sup> DELFINO, Lúcio. SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **A função do Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua competência normativa**. Disponível em: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201773174734.pdf>. Acesso em: 8 fev.2022.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>92</sup>,

os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas). Como partes das entidades que integram, os órgãos são meros instrumentos de ação dessas pessoas jurídicas, preordenados ao desempenho das funções que lhes forem atribuídas pelas normas de sua constituição e funcionamento<sup>93</sup>.

O Conselho Nacional de Justiça é órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas sem funções jurisdicionais, pois a relação entre o Direito e o Juiz é direta, sem que nenhum outro sujeito ou órgão possa intervir no momento de tomar suas decisões<sup>94</sup>.

Luiz Roberto Barroso<sup>95</sup> explica que o Conselho Nacional de Justiça é

um órgão integrante da estrutura do Judiciário – tanto assim que fazem parte membros de órgãos judiciários estaduais, e não um órgão do ente central ou dos entes locais. O pressuposto da alegação formulada na inicial – de que o Conselho seria um órgão da União que estaria a interferir com as Justiças estaduais – simplesmente não corresponde à realidade. De tal sorte, e em qualquer caso, não se cogita aqui de qualquer esvaziamento da autonomia atribuída aos entes federados ou de restrição a sua participação na formação da vontade nacional.

O CNJ é um órgão do Poder Judiciário composto de magistrados, membros do Ministério Público, advogados e dois cidadãos indicados pelo Poder Legislativo, cuja competência é o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais, isto é, de questões disciplinares envolvendo magistrados em geral<sup>96</sup>.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 criou o CNJ com atribuição de efetivar a supervisão da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. De composição mista, o Conselho possui competência de grande significado institucional, como a expedição de atos regulamentares, atribuição esta que certamente tem ensejado maiores contestações e polêmicas<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 72.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1002.

<sup>95</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça *apud* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). Reforma do poder judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005, p. 461.

<sup>96</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 33.

<sup>97</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martins. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1033.

Importante ressaltar que o Poder Judiciário é uno e a sua divisão estrutural é apenas didática, pois se busca um melhor exercício de sua competência. Logo, a divisão da estrutura judiciária brasileira em *Justiças*, segundo o STF, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais<sup>98</sup>.

Foi nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal concluiu sobre o assunto na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.367/DF dizendo que nunca se ouviu ostentar que as particularidades concretas da organização da estrutura judiciária violassem o pacto federativo<sup>99</sup>, nem se ouviu em múltiplos órgãos dotados de sedes e de âmbitos distintos de competência, não se descobrindo, por esse ângulo, por que a instituição do Conselho Nacional de Justiça não se ajustaria à organização constitucional do poder.

Segundo Gilmar Mendes<sup>100</sup>, a Associação dos Magistrados do Brasil questionou a constitucionalidade da EC nº 45/2004 no que concerne à criação do CNJ, sustentando, fundamentalmente, a violação ao princípio da separação de poderes e a lesão ao princípio federativo. Segundo a Associação,

o tribunal rejeitou a tese de afronta ao princípio da separação de Poderes, enfatizando que, tal como concebido, o Conselho Nacional de Justiça configura órgão administrativo interno do Poder Judiciário e não instrumento de controle externo, e que, em sua maioria, os membros que o compõem são integrantes do Poder Judiciário. Assinalou-se, também, que o próprio Congresso Nacional havia aprovado proposta de emenda que impõe aos membros do Conselho as mesmas restrições e impedimentos constitucionais impostos aos juízes, o que estaria a sinalizar a plena integração do órgão na estrutura do Poder Judiciário. Ademais, por expressa disposição constitucional, os atos do Conselho estão submetidos ao recontrole judicial do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102,1, r). (...) Da mesma forma, não se acolheu a impugnação quanto à afronta ao princípio federativo, tendo em vista o perfil nacional do Poder Judiciário, fortemente enraizado na versão original do texto constitucional de 1988<sup>101</sup>.

Danilo Lima dos Santos<sup>102</sup> também defende que o Supremo Tribunal Federal não admite a criação de mecanismos de controle administrativo, como o CNJ, no âmbito do próprio Poder Judiciário federado, pois não há formas previstas originalmente pelo legislador

<sup>98</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de inconstitucionalidade nº 3.367/DF**. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>> Acesso em fev. 2022.

<sup>99</sup> “O pacto federativo é o conjunto de dispositivos constitucionais que configuram a moldura jurídica, as obrigações financeiras, a arrecadação de recurso e os campos de atuação dos entes federados. Fonte: Agência Senado”. BRASIL. Senado Federal. Página Institucional. Notícias. **Pacto Federativo**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>> Acesso em: 28 abr.2022.

<sup>100</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martins. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1035.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> SANTOS, Danilo Lima dos. **O Conselho Nacional de Justiça, segundo o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/49396/o-conselho-nacional-de-justica-segundo-o-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 14 abr.2022.

constituente. Inclusive cita que o Tribunal já declarou a inconstitucionalidade das Constituições dos Estados da Paraíba, Pará, Bahia e Mato Grosso, pois entende que em tais hipóteses há afronta ao princípio da separação dos poderes.

A separação de poderes, teoria sugerida por Aristóteles, Jonh Locke, Rousseau e Kant, mas que ganhou feição definitiva e divulgação com Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, na verdade refere-se à divisão funcional de poder, tendo em vista que o poder político é uno, indivisível e indelegável. Segundo Montesquieu, tal divisão seria da seguinte forma<sup>103 104</sup>:

a) Função legislativa: consiste principalmente na edição de normas gerais e abstratas, que inovem a ordem jurídica; e na fiscalização e controle dos atos praticados no exercício da função executiva.

b) Função executiva: com atuação nos fins diretamente inerentes à administração do Estado, incluindo a economia, a arrecadação e a defesa, possuindo como funções básicas a intervenção, fomento e o serviço público.

c) Função judiciária: atua, basicamente, na aplicação ou na revisão da aplicação das normas jurídicas a casos concretos, com o objetivo de compor litígios ou, pelo menos, evitar que eles se propaguem.

Como visto, a grande contribuição de Montesquieu foi visualizar três órgãos distintos para o exercício de cada função estatal, sendo cada um autônomo e independente, não havendo subordinação entre eles e sim um controle de cada um sobre os demais. Tal estudo pretendia assegurar as liberdades individuais e tutelar os direitos coletivos. Esta organização permitiu o controle recíproco entre os poderes, garantindo independência e harmonia entre eles e assegurando um avanço sociopolítico<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. Tomo II – Direito Constitucional Positivo. Coord. Leonardo Garcia. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 51-52.

<sup>104</sup> “Diferentemente de Montesquieu, especialmente a rígida separação liberal que comandou o constitucionalismo durante séculos, a separação dos poderes tem papel de destaque no pensamento do filósofo Jean-Jacques Rousseau. Em termos esquemáticos, e assumidamente imprecisos, pode-se afirmar que, na perspectiva de Rousseau, um poder cria as normas, cujo conteúdo é justamente o caminho a ser seguido, e outro deve segui-lo fielmente. Um poder (legislativo) seria responsável por elaborar as diretrizes estatais as quais seriam concretizadas por um segundo poder (executivo)”. *In*: LIMA, Fernando Rister de Souza; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56247

<sup>105</sup> MARTINS, Dayse Braga; COLARES, Lorena de Vasconcelos. **A politização da justiça e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ face à teoria da separação dos poderes**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa12ab68091d7471>> Acesso em 21 jan. 2023.

O princípio da separação serviu de inspiração e paradigma a todos os textos da Lei Fundamental, como garantia suprema contra invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política. Tamanha importância pode ser verificada no artigo nº 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1798<sup>106</sup>, que determina que toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação de poderes, não tem Constituição.

O controle do exercício do poder político é o principal alvo dessa concepção, pois cada poder corresponde a um limite ao exercício das atividades do outro, compondo o conjunto de freios e contrapesos (*checks and balances*), destinado a proteger o cidadão da tirania que representaria a junção dessas funções em uma só autoridade. Nesse sentido, o Estado é livre quando nele o poder limita o poder, visto que a condição para o estabelecimento do respeito às leis e da segurança aos cidadãos é a de que nenhum poder seja ilimitado<sup>107</sup>.

A separação de funções do Estado em diferentes órgãos é requisito essencial à caracterização de um Estado de Direito. Sua principal finalidade é assegurar a liberdade dos cidadãos mediante a contenção do poder estatal, por intermédio da segmentação de suas funções. Cumpre a importante função de afastar o arbítrio e, conseqüentemente, privilegiar a liberdade<sup>108</sup>. Tal engrenagem foi pensada com um só intento: proteger os interesses liberais do abuso do poder absoluto, mediante a divisão do próprio poder e, sobretudo, pelo constante choque do exercício de poderes<sup>109</sup>.

Montesquieu preocupou-se em conceber um sistema de interferências e limitações recíprocas entre os poderes, de forma que os mesmos se encontrassem harmonicamente equilibrados. Percebe-se, então, que o que realmente ocorre não é uma divisão ou separação de poderes, mas uma divisão de funções.

Não há dúvidas de que o Princípio da separação dos poderes continua merecendo especial *status* na configuração do Estado contemporâneo. No entanto, a evolução da concepção clássica exige que se considere que o princípio não está a serviço do primado da lei

<sup>106</sup> FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>> Acesso em: 24 out. 2022.

<sup>107</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 29.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p.30.

<sup>109</sup> LIMA, Fernando Rister de Souza; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018.

e do legislador, mas da limitação dos poderes. Nem o poder legislativo, nem o executivo e nem o judiciário são autores do seu próprio poder, mas a Constituição. Por isso, qualquer um dos poderes está vinculado aos direitos fundamentais que a Constituição consagra e deve poder fiscalizar se os outros poderes estaduais os violam<sup>110</sup>.

A separação dos poderes sofreu considerável mudança com o novo constitucionalismo pautado, entre outras características, pelo primado dos direitos fundamentais, de forma que permaneceu o sentido original da limitação ao poder, embora não como um fim em si mesmo. Ao contrário, a dimensão instrumental do princípio deve prevalecer como esteio para a realização dos direitos fundamentais e dos objetivos de cada Estado. Isso exige que as concepções originais sejam confrontadas com o ordenamento de cada Estado, não mais prevalecendo como valor dogmático e receita universal<sup>111</sup>.

Logo, a separação de poderes possui como fundamento o entendimento de que as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a diferentes órgãos, havendo a necessidade de instrumentos para controles recíprocos entre eles. Por este princípio, não é possível haver modificações que acarretem a concentração de funções em um só poder e esvaziamento de independência de outro. Diante deste entendimento, no caso do Conselho Nacional de Justiça, o STF entendeu que não houve concentração de poderes já que suas decisões podem ser revistas por este.

No tocante à composição híbrida do CNJ, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito fundamentando que tal situação não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício interfira no desempenho da função típica do Judiciário (jurisdicional). Além disso, afirmou que a existência, no Conselho, de membros alheios ao corpo da magistratura, além de viabilizar a erradicação do corporativismo, estende uma ponte entre o Judiciário e a sociedade, permitindo a oxigenação da estrutura burocrática do Poder e a resposta a críticas severas<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> “Controlar-se-ão reciprocamente, de modo que nenhum possa, por si só, alterar ou subverter o quadro das competências em que se integram, o que constituiria o primeiro passo para a supressão ou, pelo menos, para a conversão dos direitos fundamentais em meras tolerâncias”. In: PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra, 1989, p. 196.

<sup>111</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 57.

<sup>112</sup> “Afirmou-se que o constituinte desenhou a estrutura institucional desses Poderes de forma a garantir-lhes a independência no exercício das funções típicas, por meio da previsão de autonomia orgânica, administrativa e financeira, temperando-a, no entanto, com a prescrição de outras atribuições, muitas de controle recíproco, cujo conjunto forma um sistema de integração e cooperação preordenado a assegurar equilíbrio dinâmico entre os órgãos, em benefício da garantia da liberdade, consistindo esse quadro normativo em expressão



Superada a questão, ao menos pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, importante ressaltar que a EC nº 45/2004 deu origem ao artigo nº 103-B<sup>113</sup> da Carta Magna de 1988 que estabelece a composição deste órgão, bem como as suas competências, dentre elas a de zelar pela autonomia do Poder Judiciário, zelar pela observância do artigo nº 37 da Constituição Federal e a de receber e conhecer reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços

natural do princípio na arquitetura política dos freios e contrapesos. Com base nisso, esclareceu-se que o CNJ é órgão próprio do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (CF, art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, assim, sem vestígios de representação orgânica, dois dos quinze membros, não podendo essa indicação se equiparar a nenhuma forma de intromissão incompatível com a ideia política e o perfil constitucional da separação e independência dos Poderes. Salientou-se, ademais, que a composição híbrida do CNJ não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício interfira no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional. Levando em conta as atribuições conferidas ao Conselho - controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário e controle ético-disciplinar de seus membros - assentou-se que a primeira não atinge o autogoverno do Judiciário, visto que, da totalidade das competências privativas dos tribunais (CF, art. 96), nenhuma lhes foi usurpada, e que a segunda não acarreta imparcialidade jurisdicional, eis que representa expressiva conquista do Estado democrático de direito a consciência de que os mecanismos de responsabilização dos juízes, por inobservância das obrigações funcionais, são imprescindíveis à boa prestação jurisdicional, sendo de reconhecer, como imperativo do regime republicano e da inteireza e serventia da função, a necessidade de convívio permanente entre a independência jurisdicional e instrumentos de responsabilização dos juízes que não sejam apenas formais, mas que cumpram, com efetividade, o papel que se lhes predica. Acrescentou-se que a existência, no Conselho, de membros alheios ao corpo da magistratura, além de viabilizar a erradicação do corporativismo, estende uma ponte entre o Judiciário e a sociedade, permitindo a oxigenação da estrutura burocrática do Poder e a resposta a críticas severas”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de inconstitucionalidade nº 3.367/DF**. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>> Averso em fev. 2022.

<sup>113</sup> “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução [...] §1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. §2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. § 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal. § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por

auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e registrais que atuem por delegação do poder público ou oficializados, etc.

Ainda, o artigo nº 103-B da Constituição Federal estabelece que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) exercerá a função de Ministro Corregedor do CNJ, ficando excluído da distribuição de processos no Tribunal e terá como atribuições, além das que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, a de receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral e requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. Também determina que a União criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

No tocante à Presidência do CNJ, a previsão originária de composição estabelecia que o Supremo Tribunal Federal escolheria um de seus Ministros após ser aprovado pelo Senado Federal. Corretamente, na opinião de Alexandre de Moraes<sup>114</sup>, o Supremo Tribunal Federal definiu administrativamente que sempre elegeria seu próprio Presidente para compor o Conselho Nacional de Justiça, a fim de garantir maior integração e harmonia entre os órgãos. Foi assim com os três primeiros Presidentes do CNJ, Ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. De acordo com o autor,

a EC nº 60, de 11-11-2009, constitucionalizou essa praxe judicial, estabelecendo expressamente como membro nato na presidência do Conselho Nacional de Justiça o Ministro-Presidente do STF e aproveitou para colmatar importante omissão legislativa, quanto à Vice-Presidência do órgão. Assim, a citada emenda estabeleceu que nas ausências e impedimentos do Presidente do CNJ, esse será substituído pelo Vice-Presidente da Corte Suprema. Em ambos os casos, não há necessidade de submissão à sabatina e aprovação no Senado Federal, nem tampouco à nomeação pelo Presidente da República. A partir da EC nº 60, de 11-11-2009, o texto constitucional deixou de exigir idades mínima e máxima para a escolha dos membros do Conselho Nacional de Justiça, que serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O mandato dos membros do Conselho Nacional de Justiça é de dois anos, permitindo-se somente uma recondução sucessiva<sup>115</sup>

ocasião da abertura da sessão legislativa [...]”. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

<sup>114</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1005.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

Pois bem, ao analisar o artigo nº 103-B da Constituição Federal, nota-se que o CNJ, além de exercer o controle externo<sup>116</sup> do Poder Judiciário, exerce também o controle correicional e disciplinar dos magistrados e dos prestadores de serviços notariais e registrais. Também é atribuição do CNJ, através de seu Corregedor, expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça, entre outras atribuições constantes no artigo 8º<sup>117</sup> do Regimento interno do CNJ.

Alexandre de Moraes ressalta que

não se trata de um verdadeiro controle externo ao Poder Judiciário, nem tampouco de última instância controladora da magistratura nacional, uma vez que sempre haverá a possibilidade de impugnação das decisões tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja competência para o processo e julgamento de eventuais ações propostas será sempre do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, r, da Constituição Federal. [...] Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, a partir de uma nova e sistemática interpretação do texto constitucional, havia pacificado que somente os processos e julgamentos das ações “tipicamente constitucionais” (mandados de segurança, de injunção, *habeas data* e *habeas corpus*) contra atos do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público são de sua competência originária. Em relação às demais ações ordinárias, a competência para o ajuizamento deveria seguir as normas processuais comuns. [...] Não me parece, contudo, o melhor posicionamento, pois acabou por permitir verdadeiro esvaziamento de inúmeras decisões institucionais do CNJ, que, apesar de válidas para toda a magistratura, passaram a ser contestadas e, não raras vezes suspensas, por decisão monocrática de 1ª Instância, tornando inócuo o artigo 102, I, r, do texto constitucional. Em face disso, ambas as turmas do STF vêm aceitando a

<sup>116</sup> “Outro ponto muito controvertido, sempre, foi o do chamado controle externo do Poder Judiciário. Esta expressão peca por sua má significação, porque transmite a ideia de que o Poder Judiciário seria controlado por um órgão externo. Isso seria inconcebível, porque então este órgão é que seria o Poder. Isso não exclui a necessidade de um órgão não-judiciário para o exercício de certas funções de controle administrativo, disciplinar e de desvios de condutas da magistratura, como é previsto na constituição de vários países[...] Esse tipo de órgão externo é benéfico à eficácia das funções judiciais, não só por sua colaboração na formulação de uma verdadeira política judicial, como também porque impede que os integrantes do Poder Judiciário se convertam num corpo fechado e estratificado. Sob outro aspecto não é desprezível a ideia de que esse tipo de órgão contribua para dar legitimidade democrática aos integrantes do Poder Judiciário, cuja investidura não nasce da fonte primária da democracia, que é o povo. O Conselho Nacional de Justiça, criado pelo art. 103-B introduzido na Constituição pela EC-45/2004 assume alguma dessas funções e, por isso, juntamente com o Conselho nacional do Ministério Público, certamente poderá prestar bons serviços ao sistema nacional de administração da Justiça, embora seja tipicamente um órgão interno do Poder Judiciário, pelo predomínio de magistrados em sua composição”. In: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 568.

<sup>117</sup> “Art. 8º: Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) X - expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regimento Interno nº 67, de 03 de março de 2009**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>> Acesso em: 28 abr.2022.

competência originária da Corte em ações originárias, além daquelas definidas como “tipicamente constitucionais” e que, inicialmente, estavam sendo propostas perante a Primeira Instância. Há, claramente, a tendência da Corte em afastar a autorrestrrição imposta à sua própria competência, inclusive, tendo a 1ª Turma remetido ao Plenário nova questão de ordem para redefinir esse entendimento<sup>118</sup>.

Vale lembrar que, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal defendia a composição do CNJ restrita a membros da magistratura, o que acabou não acontecendo. Situação controvertida também surgiu a respeito da criação deste Conselho, conforme já mencionado, justamente por sua composição mista, o que desrespeitaria a separação de poderes.

Há três pontos importantes, citados por Alexandre de Moraes<sup>119</sup>, que são caracterizadores do Conselho Nacional de Justiça e que afastam a possibilidade de declaração de sua inconstitucionalidade por interferência na separação de poderes: ser órgão integrante do Poder Judiciário, sua composição apresentar maioria absoluta de membros do Poder Judiciário e possibilidade de controle de suas decisões pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário (STF). No entendimento do autor,

essas três marcantes características garantem a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, além de reforçarem e centralizarem na força do Supremo Tribunal Federal todo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, tornando-o, não só a cúpula jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro, como tradicionalmente estabelecido, mas também, a partir da EC nº 45/04, sua cúpula administrativa, financeira e disciplinar, pois todas as decisões do Conselho Nacional de Justiça sobre o controle da atuação administrativa e financeira dos diversos tribunais e sobre a atuação funcional dos magistrados serão passíveis de controle jurisdicional pelo STF (CF, art. 102, I, r), que fixará o último posicionamento<sup>120</sup>.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do CNJ afirmando que este é um órgão próprio do Poder Judiciário, composto em sua maioria por membros desse mesmo Poder e que, conforme já estudado, a sua composição híbrida não compromete a independência interna e externa do Judiciário, pois não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício interfira no desempenho da função típica do Judiciário<sup>121</sup>.

Analisando o artigo nº 103-B da Constituição Federal, acima citado, vislumbra-se que competem ao Conselho Nacional de Justiça duas grandes categorias de funções: uma delas composta por atribuições primárias (principais) e outra composta por atribuições secundárias (ou suplementares).

<sup>118</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1006.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 1008.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de inconstitucionalidade nº 3.367/DF**. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>> Averso em fev. 2022.

Para André Ramos Tavares as atribuições primárias possuem três categorias<sup>122</sup>:

- 1) exercer um controle da atuação administrativa<sup>123</sup> do Poder Judiciário;
- 2) exercer um controle da atuação financeira<sup>124</sup> deste mesmo poder e;
- 3) verificar o cumprimento, por parte dos magistrados, de seus deveres funcionais<sup>125</sup>.

Segundo o autor, a supervisão funcional parece merecer destaque dentre as categorias de atribuições primárias, considerando ter sido ela uma das preocupações da Reforma do Judiciário e a criação do CNJ. E não apenas isso, a baixa funcionalidade do Judiciário representa um desnível na proteção dos direitos fundamentais e da cidadania em qualquer país onde o modelo constitucional esteja baseado na atuação desse órgão.

No tocante às atribuições suplementares (decorrentes das atribuições primárias ou que tratam de procedimento necessário à efetivação do exercício das atribuições principais), Tavares<sup>126</sup> cita exemplos como o dever de zelar pela autonomia do Poder Judiciário; pela observância do artigo 37 da CF e apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Judiciário, bem como a elaboração de relatórios estatísticos semestrais sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário e a atribuição revisional de processos disciplinares.

Por fim, a Constituição Federal ainda prevê a expedição de atos regulamentares, disciplinando a forma de aplicação do Estatuto da Magistratura, bem como a recomendação de providências. Tais medidas têm a finalidade de tornar eficaz o controle que o CNJ tem exercido sobre o Poder Judiciário, com o objetivo de fiscalizar o cumprimento dos parâmetros normativos existentes. O exercício desses poderes, no entanto, deve estar necessariamente

<sup>122</sup> “O autor ressalva que Gilmar Mendes (2008, p. 990) defende a divisão de apenas duas grandes categorias: i) supervisão administrativa, e; ii) supervisão financeira, das atividades do Poder Judiciário nacional”. In: TAVARES, André Ramos. O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n.9, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/151/10637/19975?searchpage=1&keywords=null>> Acesso em 05 mai.2022.

<sup>123</sup> “**Controle administrativo:** pode-se considerar como atividade administrativa do Judiciário aquela que diga respeito a sua gestão ou organização. É o autogoverno. Assim, cabe ao CNJ, em sua fiscalização administrativa, verificar o respeito, por parte do Poder Judiciário, ao princípio da normatividade, o qual apregoa que todo o ato do Estado haverá de encontrar expressa e anterior previsão em norma jurídica positiva”. *Ibidem*.

<sup>124</sup> “**Controle financeiro:** seu objetivo é controlar no que e como são gastos os recursos econômicos destinados a esse Poder, especialmente considerada a escassez de recursos com a qual deve lidar o Estado como um todo”. *Ibidem*.

<sup>125</sup> “**Controle do cumprimento dos deveres funcionais:** fiscalização que estes órgãos exercerá com vistas a assegurar que os juízes cumpram com seus deveres funcionais”. *Ibidem*.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

associado às atribuições constitucionais do Conselho, inclusive quando se trata do poder normativo.

## 2.2 O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - e o seu controle

Antes de falar sobre o poder normativo, é necessário abordar a respeito do Princípio da Legalidade – decorrência lógica e necessária do Estado de Direito e ligado diretamente à separação de poderes. O princípio da legalidade surge como forma de proteção do indivíduo frente ao Estado pois a lei seria uma forma de limitação do poder e, conseqüentemente, garantia de liberdade individual (finalidade precípua do Estado Liberal)<sup>127</sup>.

O princípio da legalidade é uma técnica precisa por meio da qual se consagra a ideia de que somente a comunidade pode impor mandamentos aos homens, mediante a lei feita por ela, podendo castigar, proibir, habilitar ação de agentes, juizes e funcionários que atuam em seu nome<sup>128</sup>. Tal princípio eleva a lei à condição de veículo supremo da vontade do Estado. É uma garantia, mas não exclui a necessidade de ser protegida contra possíveis atentados à sua inteireza e contra possíveis máculas que a desencaminhem do seu norte autêntico<sup>129</sup>.

O princípio da legalidade em sentido estrito significa que a Administração só pode agir mediante prévia determinação legal, ou seja, por um dos atos normativos previstos pela Constituição Federal, em seu artigo nº 59. E, ainda, não se pode ignorar a vinculação ao cumprimento da finalidade da lei, sob pena de permitir que sejam mascaradas arbitrariedades, verdadeiras formas de ofensa à Constituição<sup>130</sup>.

O princípio da legalidade materializa a superioridade da lei, concretização racional da vontade popular, devendo obediência apenas às normas constitucionais. No entanto, sua posição pode ser contrastada com outros atos normativos que também possuem dignidade constitucional, como os atos normativos primários (originários) e secundários (derivados). De

<sup>127</sup> GASPARETTO, Patrick Roberto. Limites, possibilidades e alcance do poder regulamentar face o princípio da legalidade e a realização dos direitos fundamentais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 6, p. 240-269, 25 mai. 2017, p. 242.

<sup>128</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La revolución francesa y la formación del derecho público. In: PASTOR, Reyna et al. Estructuras y formas del poder en la historia. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1991, p. 168 *apud* MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

<sup>129</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2.v. São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>130</sup> GASPARETTO, Patrick Roberto. Limites, possibilidades e alcance do poder regulamentar face o princípio da legalidade e a realização dos direitos fundamentais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 6, p. 240-269, 25 mai. 2017, p. 243.

acordo com Miguel Reale<sup>131</sup>, os **atos normativos originários** são os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para a edição de regras instituidoras de direito novo. São, em primeiro lugar, emanados pelo Poder Legislativo. Compõem esta categoria as leis e as resoluções e decretos legislativos. Já os **atos normativos derivados** possuem como objetivo a explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da *praxis*.

Como a lei é subordinada unicamente à Constituição, da qual retira sua força, configura-se ato normativo originário (primário), possuindo aptidão para inovar no ordenamento jurídico e preferência em relação a condutas que impliquem desrespeito a ela. Além disso, está positivada no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Além da lei, há outros atos normativos primários com fundamento direto na Constituição Federal, como as medidas provisórias. Regulamentos e demais atos normativos inferiores à lei estão vinculados à sua preferência, devendo-lhe obediência, não podendo modificá-la, revogá-la ou restringi-la, sob pena de ilegalidade. Há, ainda, o princípio da reserva legal, que determina ser a lei a única via normativa competente para regular determinado assunto – lei em sentido formal, assim entendida aquela editada pelo Poder Legislativo mediante os procedimentos constitucionalmente estabelecidos<sup>132</sup>.

Ao analisar a Constituição Federal, percebe-se que ela estabelece não somente competências legislativas, mas também competências normativas. A **função normativa** é a de produzir normas que não se resumem às leis e pode ser compreendida como gênero que abrange as espécies função legislativa e função normativa em sentido estrito (função regulamentar). Motta utiliza a expressão “funções” em vez de “poder” com o propósito de evitar indiretamente a evocação de uma concepção de direito administrativo calcada no autoritarismo, não traduzindo as conquistas e garantias do Estado Democrático<sup>133</sup>.

Pois bem, se a função normativa é a faculdade de emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei, é necessário destacar que tais atos encontram-se necessariamente em patamar hierárquico inferior à lei, ou seja, a ela subordinados.

<sup>131</sup> REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 13.

<sup>132</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 120-127.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 134-135.

Submetem-se, assim, aos princípios da reserva legal e da preferência da lei. Isso significa que, mesmo que retirem seu fundamento de validade implicitamente na Constituição, não poderão imiscuir-se no campo reservado para regulação pelas leis. Da mesma forma, estarão sujeitos a controle de legalidade *a posteriori* no caso de superveniência de lei reguladora<sup>134</sup>.

O poder normativo (função normativa) é, portanto, aquele em função do qual a Administração Pública edita atos com efeitos gerais e abstratos, ou seja, é a capacidade atribuída a determinado órgão ou pessoa da Administração no sentido de expedir normas com carga de incidência geral, abstrata e impessoal<sup>135</sup>. Compreende a edição de decretos regulamentares, instruções normativas, regimentos, resoluções e deliberações<sup>136</sup>. Muitas vezes, este poder é utilizado como sinônimo de poder regulamentar (poder normativo em sentido estrito), que é o poder que a Administração possui de editar atos para complementar a lei, visando sua fiel execução. Este poder se formaliza por decreto, nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal<sup>137</sup>.

Além do decreto, podem ser criados atos normativos como circulares, portarias, regulamentos, instruções e editais, desde que não inovem no ordenamento jurídico, apenas complementam as leis.

O regulamento é uma das fontes mais importantes da Administração Pública, necessário para uniformizar a aplicação das disposições legislativas, notadamente em atenção às exigências do princípio constitucional da igualdade. Desta maneira,

a Constituição prevê os regulamentos executivos porque o cumprimento de determinadas leis pressupõe uma interferência de órgãos administrativos para a aplicação do que nelas se dispõe, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata de atuação administrativa pressuposta. [...] Onde não houver liberdade administrativa alguma a ser exercida

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 138-139.

<sup>135</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. A deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras. **Interesse Público**. São Paulo: Editora Dialética. vol. 07, nº 35. 2006, p.51.

<sup>136</sup> “Além do decreto, são manifestações do poder normativo: **instruções normativas**: atos expedidos pelos Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, parágrafo único, II, Constituição); **regimentos**: atos administrativos normativos de atuação interna que se destinam a reger o funcionamento de órgãos colegiados ou de corporações legislativas; **resoluções**: atos administrativos normativos expedidos por altas autoridades do Executivo, à exceção do Chefe do Executivo, que edita decretos, ou pelos presidentes dos tribunais, órgãos legislativos ou colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica; **deliberações**: atos administrativos normativos ou decisórios emanados de órgãos colegiados. Meirelles diferencia ainda as deliberações normativas, que são atos gerais, das deliberações decisórias, que são atos individuais”. *In*: NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 69-70.

<sup>137</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.



(discricionarietà), não haverá lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se expõe sinteticamente<sup>138</sup>.

No Direito brasileiro, há um conceito hipertrofiado sobre regulamento, pois parte da doutrina e jurisprudência o unificam para designar todas as normas editadas pelo Poder Executivo, com hierarquia inferior à lei. Fabrício Motta<sup>139</sup> o conceitua como o ato administrativo normativo, editado privativamente pelo Chefe do Executivo, segundo uma relação de compatibilidade e hierarquia com a lei, a fim de assegurar seu fiel cumprimento e execução.

Dito isso, percebe-se, então, que o regulamento é subordinado à lei, não podendo inovar no ordenamento jurídico, apenas complementá-la. E é editado pelo Poder Executivo.

Ocorre que, conforme visto no capítulo anterior, o artigo nº 103-B da Constituição Federal atribuiu as competências do Conselho Nacional de Justiça – CNJ; dentre elas, a de expedir **atos regulamentares** (no âmbito de sua competência) ou recomendar providências com a finalidade de tornar a aplicação das leis mais eficiente.

Surge então a seguinte indagação: o poder regulamentar não é atribuição do Poder Executivo? É importante recordar que o nosso Estado detém três Poderes<sup>140</sup>: Legislativo,

<sup>138</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 333.

<sup>139</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.156.

<sup>140</sup> Pondera José Afonso da Silva: “Temos, por aí, a compreensão de que o poder político, o poder estatal, desenvolve três funções fundamentais: a legislativa, a executiva e a jurisdicional, que podem ser exercidas por um só órgão – e temos, então, a concentração de poderes – ou por mais de um órgão – e podemos, aí, chegar até a chamada divisão ou separação de poderes. O que não devemos confundir é a distinção de funções com a divisão de poderes. Se aquelas funções distintas (a de criar normas gerais, impessoais etc., chamada legislativa, a de executar e administrar e de solucionar conflitos de interesse) estiverem concentradas num único órgão, ou sob o domínio de um único órgão, elas podem até estar, digamos, formal e abstratamente separadas, entregues a mais de um órgão, mas sob o domínio de um deles, que poderá até extinguir os outros à vontade; em verdade, não ocorre, aí, uma divisão de poderes. Para que se verifique a separação de poderes, no sentido posto por Montesquieu, são necessários dois elementos: especialização funcional e independência orgânica. Pela primeira as funções especializadas (legislativa, executiva e jurisdicional) são entregues a órgãos separados, enquanto a segunda garante autonomia a esses órgãos separados (daí falar-se em separação de poderes). Não se trata, logo se vê, de uma divisão de poderes abstrata, de uma divisão do poder do Estado em si mesmo considerada (que seria impossível), mas de uma divisão concreta, organizadora do Direito, ou como forma de organização jurídica das manifestações do poder. [...] O governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a que incumbe o exercício das funções do poder político. Este manifesta mediante suas funções, que são exercidas e cumpridas pelos órgãos do governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas:

Executivo e Judiciário. Cada um deles possui funções típicas e outras funções que não lhe são próprias (atípicas). Ou seja, embora haja três Poderes, a distribuição das funções entre eles não é rígida; cada qual exerce predominantemente uma função que lhe é própria (típica), mas, paralelamente, desempenha algumas atribuições dos outros Poderes (atípicas/impróprias). Assim, a função administrativa, por exemplo, cabe, precipuamente, ao Poder Executivo, mas os outros Poderes, além de disporem de órgãos administrativos (integrando o conceito de Administração Pública), ainda exercem, eles próprios, função tipicamente administrativa<sup>141</sup>.

O Poder Legislativo tem como função típica a de legislar, elaborando normas jurídicas nos moldes previstos na Constituição. Também fiscaliza os atos do Poder Executivo, incluindo os da administração indireta (artigo 49, X, da Constituição Federal). E, como função atípica, exerce atividades de natureza executiva quando dispõe de sua organização. Já o Poder Executivo exerce função típica ao exercer atos de chefia de Estado e de Governo, bem como atos de administração. E exerce função atípica quando o Presidente adota medida provisória com força de lei, por exemplo.

No tocante ao Poder Judiciário, sua função típica é julgar casos concretos, solucionando conflitos. Já suas funções atípicas envolvem atribuições administrativas (autonomia administrativa) e legislativas (elaboração de regimentos internos, por exemplo).

Sobre o poder regulamentar, José dos Santos Carvalho Filho<sup>142</sup> defende que é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. Prerrogativa esta apenas para complementar a lei, não podendo a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando-a, pois se assim o fizer, praticará abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>143</sup>, o poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo de explicar a lei para sua correta execução ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei.

E, ainda, acrescenta que

o regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei

intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o Direito aos casos concretos, a fim de dirimir conflitos de interesse”. In: SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 356 e 357.

<sup>141</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 297.

<sup>142</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47.

<sup>143</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 149.

pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados, ou completá-la, fixando critérios técnicos e procedimentos necessários para sua aplicação. Na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada à lei<sup>144</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>145</sup> conceitua regulamento como sendo o ato geral abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>146</sup> leciona que dentre as fontes do Direito Administrativo

inserem-se inúmeros tipos de atos normativos emanados da própria Administração Pública. Eles são expedidos, seja pelo Chefe do Poder Executivo, seja por órgãos da Administração direta, seja por entidades da Administração indireta. Todos esses atos normativos podem ser enquadrados na categoria de regulamento, em sentido amplo, embora o poder regulamentar, por excelência, incumba ao Chefe do Poder Executivo das três esferas de governo (art. 84, IV, da Constituição Federal, repetido nas Constituições estaduais e leis orgânicas distritais e municipais). Este tipo de Regulamento se formaliza mediante decreto. Mas existem outros tipos de atos normativos com caráter regulamentar, expedidos por órgãos ou entidades da Administração Pública, como as resoluções, portarias, instruções, circulares, regimentos, ordens de serviço, avisos, além de atos normativos do Legislativo e do Judiciário, praticados no exercício de função administrativa. É o caso dos decretos legislativos e resoluções do Legislativo, bem como dos provimentos dos Tribunais em matéria de sua respectiva competência. Ainda podem ser mencionados os pareceres normativos e as súmulas editadas no âmbito administrativo, com efeitos vinculantes para toda a Administração Pública. Todos esses têm em comum o fato de produzirem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos, alguns com efeitos internos ao ente que os baixou, outros com efeitos externos. Todos eles subordinam-se hierarquicamente à Constituição e à lei<sup>147</sup>.

Di Pietro<sup>148</sup> também explica com excelência a existência de dois tipos de regulamentos: o executivo e o autônomo. O primeiro complementa a lei ou contém normas para sua fiel execução. Já o segundo inova a ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia e tem aplicação muito limitada no direito brasileiro<sup>149</sup>. Para a autora, no direito brasileiro, excluída a

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 337.

<sup>146</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 98.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> “No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº 32/01. Na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, o artigo 81, V, outorgava competência ao Presidente da República para “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”, única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na

hipótese do artigo 84, VI<sup>150</sup>, da Constituição Federal, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo. No entanto,

alguns órgãos ainda hoje dispõem de competência normativa, porque a legislação que a delegava, antes da Constituição de 1988, teve o prazo de vigência prorrogado por lei, tal como previsto expressamente no artigo nº 25 das Disposições Transitórias. Fora dessas hipóteses, os demais órgãos administrativos que continuam a exercer função normativa, dispondo sobre matéria reservada à lei ou ao regulamento, não mais dispõem desse poder e as normas que editam padecem do vício de inconstitucionalidade<sup>151</sup>.

A Constituição brasileira, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>152</sup>, somente admite a existência de regulamentos executivos, como auxiliares, não podendo introduzir quaisquer novidades no ordenamento jurídico, apenas dar cumprimento a normas já existentes. Por outro lado, Egon Bockmann Moreira<sup>153</sup> entende que o artigo nº 174 da Constituição Federal permite que o Estado desempenhe a atividade normativa e reguladora e não apenas o Poder Executivo, afastando, assim, a ideia de que apenas são permitidos os regulamentos executivos.

legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública. A atual Constituição, no artigo 84, VI, previa, na redação original, competência para “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”. Além disso, o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, revogou, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa. Paralelamente, o artigo 61, § 1º, II, e, faz depender de lei de iniciativa do Presidente da República “a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública”. Isto significa que nem mesmo os regulamentos autônomos em matéria de organização administrativa existem no direito brasileiro, o que é lamentável, porque esse poder é atribuído aos demais Poderes, conforme artigos 51, IV (relativo à Câmara dos Deputados), 52, XIII (relativo ao Senado) e 96, I, b (relativo aos Tribunais). Com a Emenda Constitucional nº 32, altera-se o artigo 84, VI, para outorgar ao Presidente da República competência para “dispor, mediante decreto, sobre: (a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. A competência, quanto à alínea a, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme artigo 88, alterado pela Emenda Constitucional nº 32. Quanto à alínea b, não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria. Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a. *Ibidem*.

<sup>150</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

<sup>151</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 98

<sup>152</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Poder” regulamentar ante o Princípio da Legalidade. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, ano 8, n. 64, p. 145-152, jan./mar. 2016. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/poder-regulamentar-ante-o-principio-da-legalidade/>> Acesso em 06 jun. 2022.

<sup>153</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; XAVIER, Marília Pedrosa; NASCIMENTO, Sabrina de Paula. O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça no Direito de Família. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 17. n. 68, p. 207-246, out/dez.2019, p. 216-217.

Já Neto e Torres<sup>154</sup> definem que os atos de caráter normativo produzidos pela Administração Pública são normas mas não são leis em sentido estrito, não podendo inovar o ordenamento jurídico criando direitos ou deveres para os administrados. Tais atos devem ser expedidos sempre que a lei necessitar de uma melhor orientação para o seu cumprimento. Logo, segundo os autores, não há dúvidas sobre a possibilidade do Poder Judiciário, em sua função atípica, editar atos de caráter normativo desde que respeite os limites legais.

Em sentido semelhante, Delfino e Silveira<sup>155</sup> defendem que o poder regulamentar não pode significar mais que meramente a explicitação do teor das leis, preparando a sua execução, completando-as, se for o caso, e isso apenas quando houver necessidade logística. E, ainda, que os atos regulamentares são atos secundários, incapazes de criar direitos com primazia e originalidade pois este papel é da lei com exclusividade.

Em que pese o poder normativo muitas vezes ser citado como poder regulamentar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>156</sup> defende a utilização da primeira expressão pelo fato da segunda não esgotar toda a competência normativa da Administração Pública, sendo apenas uma das suas formas de expressão. Segundo a autora, os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos. A autora ainda cita, nas lições de Miguel Reale (1980, p. 12-14) que os atos normativos podem ser originários e derivados<sup>157</sup> e que o poder regulamentar é, portanto, uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo, podendo ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, Estados e Municípios de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.

Pois bem, além do decreto regulamentar, o poder normativo da Administração se expressa por meio de resoluções, portarias, deliberações e instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo. Há, ainda, os regimentos, pelos quais os órgãos colegiados

<sup>154</sup> NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Direito Administrativo**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 193.

<sup>155</sup> DELFINO, Lúcio. SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **A função do Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua competência normativa**. Disponível em: <<http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201773174734.pdf>> Acesso em: 8 fev.2022.

<sup>156</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 158.

<sup>157</sup> “**Originários (primários)** se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo”; compreende os atos emanados do Legislativo. Já os atos normativos **derivados (secundários)** têm por objetivo a “explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da *praxis*”; o ato normativo derivado, por excelência, é o regulamento. Acrescenta o mesmo autor que “os atos legislativos não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela originariedade com que instauram situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade”. *Ibidem*.

estabelecem normas sobre o seu funcionamento interno. Todos esses atos estabelecem normas que têm alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor. Além disso, em todas as hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei e o Congresso Nacional dispõe de poder de controle sobre atos do Poder Executivo, além do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal que abrange não só a lei como também os atos normativos federais e estaduais, ou seja, abrange qualquer ato normativo baixado por órgãos administrativos<sup>158</sup>.

No Brasil, o termo “regulamento” refere-se tradicionalmente ao ato abstrato de competência privativa do Chefe do Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras, necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública<sup>159</sup>. Há doutrinadores que defendem a existência apenas dos regulamentos executivos (vinculados) como manifestação legítima do poder regulamentar no direito brasileiro, tendo em vista seu caráter subordinado à lei. Por outro lado, há doutrinadores como Hely Lopes Meirelles que defendem

a possibilidade de o regulamento abranger situações jurídicas ainda não contempladas pela lei, com o fito de criar e modelar direitos e obrigações. Esses atos, como se vê, distinguem-se dos regulamentos executivos, porque não possuem uma prescrição legal que lhes sirva de substrato (ao menos, diretamente). Qualificam-se, por essa razão, como regulamentos autônomos (*règlement autonomes*), apoiados integralmente na Constituição<sup>160</sup>.

A diferença entre o ato regulamentar (vinculado) e o autônomo está na origem do poder regulamentar. Enquanto o primeiro depende da preexistência de uma lei, o segundo encontra-se no mesmo patamar hierárquico das leis, sendo expressão do poder regulamentar primário, mas dependente de previsão na Constituição Federal. Tal previsão é requisito de validade formal e material de todas as leis e atos normativos<sup>161</sup>. Assim, o decreto autônomo está mais para norma de caráter primário do que para norma de caráter secundário (regulamento de execução – poder regulamentar).

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>159</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 315.

<sup>160</sup> PIZZOL, Ricardo Dal. **Limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça**. Estudo de um caso: Resolução CNJ nº 236/16. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/14-federalismo.pdf?d=637006247774866622>> Acesso em: 25 jul.2022.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

Com a Emenda Constitucional nº 32/2001, o artigo nº 84, VI<sup>162</sup>, da Constituição Federal passou a prever que o Poder Executivo possui competência regulamentar autônoma, tendo em vista a retirada da expressão “nos termos da lei” do diploma constitucional. Nesse sentido, José Afonso da Silva opina que

regulamentos autônomos são aqueles que demonstram a realidade de um poder regulamentar da Administração. Não há dúvida da existência deste poder quando se trata de regulamentos de organização, onde expressamente não se tenha reservado uma esfera à lei. É o que agora prevê o inciso VI deste art. 84, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional 32/2001. Não será regulamento ilegal se se limitar à esfera de competência própria e privativa do administrador<sup>163</sup>.

Eros Roberto Grau, por sua vez, examina a questão sob a ótica da teoria geral do Estado e a tripartição de poderes. Para ele, o regulamento autônomo é compatível com a Constituição brasileira, porque a separação dos poderes não está fundada somente na classificação subjetiva do Estado, mas também na divisão material dos atos praticados. O jurista entende, ainda, que o Estado exerce três funções: normativa, administrativa e jurisdicional. Nessa linha de raciocínio, a normativa não seria exclusiva da atividade legiferante, mas extensiva à edição de regulamentos pelo Poder Executivo e à formulação de regimentos e outros atos administrativos pelos tribunais<sup>164</sup>.

Partindo desta linha de raciocínio, verifica-se que os regulamentos podem ser divididos em duas categorias principais: a) regulamentos executivos: destinados a complementar o conteúdo da lei; e b) regulamentos autônomos: dirigidos a disciplinar situações não tratadas por lei anterior, mas descritas especificamente na Constituição Federal.

Logo, pode-se concluir que o poder regulamentar é uma espécie de poder normativo, sendo, portanto, o que cabe aos Chefes dos Poderes Executivos com a finalidade de expedir normas de execução ou de complementação das leis. Decorre do dispositivo contido no art. 84, IV, da Constituição, que determina ser competência privativa do Presidente expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis<sup>165</sup>.

Nesse sentido, Irene Patrícia Nohara<sup>166</sup> defende que

<sup>162</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

<sup>163</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 485.

<sup>164</sup> GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 225-55.

<sup>165</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 68.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

enquanto os decretos regulamentares, que são também chamados de decretos executórios, são editados pelos Chefes dos Executivos federal, distrital, estadual e municipal e têm alcance externo, os demais atos normativos têm, via de regra, efeitos restritos aos órgãos que os expedem e não são editados, em geral, pelos Chefes do Poder Executivo. Poder regulamentar, espécie de poder normativo, é, portanto, o que cabe aos Chefes dos Poderes Executivos com a finalidade de expedir normas de execução ou de complementação das leis. Decorre do dispositivo contido no art. 84, IV, da Constituição, que determina ser competência privativa do Presidente expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis. Além dos decretos executórios, que são estes que regulamentam fielmente a lei, há, conforme será visto, regulamentos autônomos ou independentes, isto é, aqueles que não têm por objetivo regulamentar lei<sup>167</sup>.

Sabe-se que a lei é considerada ato normativo primário, auferindo sua força normativa diretamente da Constituição, podendo inovar o ordenamento jurídico criando direitos, obrigações e proibições. Diferente da classificação de regulamento, que é ato normativo secundário, situando-se abaixo das leis, ou seja, ele é inferior e complementar, viabilizando a execução das leis<sup>168</sup>.

Dentro do conceito de lei em sentido amplo, enquadram-se tão somente as espécies normativas primárias, isto é, aquelas contidas no artigo 59 da Constituição<sup>169</sup>. Nota-se que, dentre as espécies normativas do artigo nº 59, encontram-se atos normativos primários editados pelo Chefe do Executivo, como as medidas provisórias com força de lei, que são submetidas de imediato ao Congresso Nacional, e as leis delegadas pelo Congresso Nacional, não se incluindo no rol, pelo fato de ser expressão de atividade normativa secundária do Executivo, os decretos regulamentares.

Assim, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro não admite, em geral, expedição de regulamentos autônomos ou independentes, ou seja, aqueles que não complementam nem desenvolvem nenhuma lei e que, portanto, inovam inicialmente a ordem jurídica, sendo editados sem intermediação legislativa, auferindo seu fundamento diretamente da Constituição. A única exceção, mencionada pela doutrina majoritária, recai sobre a possibilidade de o Chefe do Executivo dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração, conforme artigo nº 84, VI, a, da Constituição<sup>170</sup>.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

<sup>169</sup> “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I) emendas à Constituição; II) leis complementares; III) leis ordinárias; IV) leis delegadas; V) medidas provisórias; VI) decretos legislativos; VII) resoluções”. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

<sup>170</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 68.



Nohara adverte que mesmo os autores que admitem a existência de decreto regulamentar autônomo no Brasil o fazem contanto que não haja invasão de reserva de lei pela Constituição<sup>171</sup>.

No tocante ao Conselho Nacional de Justiça, a atribuição regulamentar está prevista no artigo nº 103-B, parágrafo 4º, o qual determina que compete ao Conselho zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir **atos regulamentares**, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências. Tal norma revela a possibilidade do CNJ expedir atos no intuito de disciplinar o conteúdo da Carta Magna. No entanto, esta competência está restrita ao “âmbito de sua competência”, ou seja, para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Vale lembrar que a edição de atos regulamentares se prende na capacidade conferida ao administrador público de editar atos com o objetivo de complementar e tornar efetiva a aplicação das leis. De acordo com a Constituição, art. 84, IV, essa prerrogativa é privativa do Presidente da República. No entanto, há uma outra categoria de atos administrativos com força normativa editados pelos entes públicos com vistas a implementar a efetiva aplicação da lei dentro de sua esfera de atuação. Nesse universo, encontram-se os atos de autogestão publicados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, com objetivo disciplinar e hierárquico<sup>172</sup>.

Aos Poderes Judiciário e Legislativo foi conferida autonomia administrativa, entendida como o poder de criar normas próprias, nos termos e limites da norma superior concessiva de forma integrada ao ordenamento jurídico como um todo. No caso específico do CNJ, o Texto Constitucional conferiu ao órgão a competência para editar atos regulamentares, sendo que a expressão “atos regulamentares” foi utilizada em sentido impróprio, não dizendo respeito somente aos atos complementares necessários à execução das leis mas sim de atos ligados à Constituição, expedidos somente para permitir o manejo adequado de suas competências<sup>173</sup>.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. MENOSSI, Rita de Cássia. Os limites da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) face aos serviços notariais e de registro. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. Brasília, v.3, n.1, p.105-120, jan-jun. 2017. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/2167/pdf>> Acesso em: 25 jul.2022.

<sup>173</sup> MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum. 2007.

Logo após a sua criação, o CNJ editou a Resolução nº 7<sup>174</sup> proibindo a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário e que serviu para elucidação da interpretação (pelo STF) a ser aplicada quanto à sua competência regulamentar. Tal atitude revelou um “desvio de personalidade” do CNJ, que passou a usurpar a competência do Parlamento, editando, sob o nome de resoluções, verdadeiras leis de conteúdo abstrato e inovador<sup>175</sup>. Questionada por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que tal resolução era constitucional ao fundamento de que o CNJ edita atos de caráter normativo primário, que tem a mesma força de lei, na medida em que retira seu fundamento diretamente da Constituição. Não se pode perder de vista, ainda, que essa competência regulamentar está adstrita à área de atuação do Conselho, qual seja, controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário bem como à disciplina de seus integrantes.

Em que pese haver discussões doutrinárias sobre a possibilidade (ou não) da edição de regulamentos com caráter normativo, o fato é que o Conselho Nacional de Justiça, hoje, edita estes atos com força de lei. Como visto, tal função foi, inclusive, objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, onde o Supremo Tribunal Federal julgou procedente pela constitucionalidade da Resolução nº 07 ao fundamento de que o CNJ edita atos de caráter normativo primário porque retira seu fundamento diretamente da Constituição Federal<sup>176</sup>.

Para Emerson Garcia,

as circunstâncias inerentes ao referido julgamento são bem conhecidas. O Conselho Nacional de Justiça, com amplo e irrestrito apoio da opinião pública, editou a Resolução nº 7, que prescrevia o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Essa medida moralizadora foi desautorizada por vários tribunais do País, motivando o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade e o correlato pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Conquanto suscitado o argumento de que a prática do nepotismo seria diretamente vedada pela Constituição da República, sendo desnecessária a mediação legislativa, prevaleceu a tese de que o Conselho Nacional de Justiça estava autorizado a editar atos normativos com o fim de proibir referida prática. Ao final, acresceu o eminente relator que o Conselho detém a competência implícita de editar atos normativos associados às matérias de sua competência expressa, permitindo a adequação das instituições controladas, com a consequente prevenção da “irrupção de conflitos”. Diversamente do que ocorre em

<sup>174</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 7 de 18 de outubro de 2005**. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/187>> Acesso em 29 jul.2022.

<sup>175</sup> TAVARES, André Ramos. **CN(J)?**. Folha de São Paulo, 09 jun. 2007. Opinião, A3. Disponível em: <[https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0906200708.htm?aff\\_source=56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm\\_term%3D56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm\\_campaign%3DHome+Esporte+Clube%26utm\\_medium%3Daffiliate%26utm\\_source%3Dafiliado%26utm\\_content%3DUOL+Esporte+Clube](https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0906200708.htm?aff_source=56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm_term%3D56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm_campaign%3DHome+Esporte+Clube%26utm_medium%3Daffiliate%26utm_source%3Dafiliado%26utm_content%3DUOL+Esporte+Clube)> Acesso em: 25 jul.2022.

<sup>176</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2358461>>. Acesso em: 09 jan.2022.

relação ao Conselho da Justiça Federal e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, não há disposição constitucional que imponha a atuação do Conselho Nacional de Justiça “na forma da lei”. A Resolução nº 7, ademais, encontra-se em harmonia com os princípios regentes da atividade estatal (impessoalidade, eficiência e igualdade), não sendo divisada qualquer antinomia<sup>177</sup>.

O acórdão citado resultou em muitas polêmicas, principalmente em relação aos destinatários das “normas primárias” do CNJ. Como mencionado anteriormente, não foi apenas a competência do CNJ objeto de discussão de constitucionalidade como também o próprio CNJ<sup>178</sup>, principalmente no tocante à violação da separação dos poderes (em razão da sua composição mista com agentes externos ao Poder Judiciário) e à violação do pacto federativo, tendo em vista a competência do órgão para fiscalizar os Tribunais estaduais. Esta discussão foi tema da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.367, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, o qual justificou que o CNJ é um órgão meramente administrativo, além de órgão interno do Poder Judiciário. Com isso, foi estabelecido que somente o STF tem o poder de dizer os limites de atuação do CNJ, o que possibilitou a consolidação do poder normativo deste Conselho<sup>179</sup>.

O entendimento exarado pelo Supremo na já citada Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF apresenta grande risco se a partir dele forem admitidos regulamentos de órgãos ou entidades dotados de poder regulamentar segundo a Constituição, que inovem no ordenamento sem qualquer comando legislativo prévio. Como assevera Urbano de Carvalho<sup>180</sup>,

<sup>177</sup> GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7240-7246, maio 2006.

<sup>178</sup> “A Associação dos Magistrados do Brasil questionou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 45 no que concerne à criação do Conselho Nacional de Justiça. Sustentava-se, fundamentalmente, a violação ao princípio da separação de Poderes e a lesão ao princípio federativo. O Tribunal rejeitou a tese de afronta ao princípio da separação de Poderes, enfatizando que, tal como concebido, o Conselho Nacional de Justiça configura órgão administrativo interno do Poder Judiciário e não instrumento de controle externo, e que, em sua maioria, os membros que o compõem são integrantes do Poder Judiciário. Assinalou-se, também, que o próprio Congresso Nacional havia aprovado proposta de emenda que impõe aos membros do Conselho as mesmas restrições e impedimentos constitucionais impostos aos juízes, o que estaria a sinalizar a plena integração do órgão na estrutura do Poder Judiciário. Ademais, por expressa disposição constitucional, os atos do Conselho estão submetidos ao controle judicial do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102,1, r). Da mesma forma, não se acolheu a impugnação quanto à afronta ao princípio federativo, tendo em vista o perfil nacional do Poder Judiciário, fortemente enraizado na versão original do texto constitucional de 1988”. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1035.

<sup>179</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; XAVIER, Marília Pedrosa; NASCIMENTO, Sabrina de Paula.. O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça no Direito de Família. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 17. n. 68, p. 207-246, out/dez.2019, p. 212.

<sup>180</sup> PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a. 61, nº 192, p. 19-64, jan./mar. 2010.

o risco é comprometer seriamente o princípio da reserva legal e o da independência e harmonia entre os poderes, porquanto afastado o limite nítido que exclui a matéria a ser tratada em lei e aquela deixada ao espaço da regulação administrativa, qual seja, a inovação reservada ao Legislativo<sup>181</sup>.

E, ainda,

Sampaio (2007) ressalta que o CNJ não pode buscar razões adicionais que extrapolem a sua condição de órgão administrativo, mas entende que a Resolução nº 07 não é inconstitucional. Não “pela decorrência direta da Constituição ou porque o Conselho tem atribuição normativa autônoma e primária” (p. 284), pois, segundo o referido autor, a resolução não inovou o nosso ordenamento, uma vez que apenas explicitou diversas normas espalhadas no sistema, bem como reproduziu jurisprudência anterior do STF. Não existem dúvidas sobre a nobreza dos fins buscados pela referida resolução, bem como a grande pressão da sociedade que influenciou a sua edição, ávida por um basta ao nepotismo. Mas referida matéria deveria ter sido trazida por uma lei, a solução cabia ao Legislativo – “órgão constitucionalmente legitimado para tanto” (RUARO; CURVELO, 2007, p. 129). A Loman foi literalmente atropelada pelo CNJ, que agiu como se fosse dotado de poder regulamentar autônomo<sup>182</sup>.

Nota-se, no cenário jurídico atual, que o Conselho Nacional de Justiça tem cometido abusos no exercício de sua atribuição regulamentar, que ameaçam a democracia e a República, ferindo com o Princípio da Separação dos Poderes e inovando no ordenamento jurídico nacional em relação a matérias que não estão no âmbito de sua competência.

Importante lembrar que a Emenda Constitucional nº 45/2004 possibilitou ao CNJ o poder de dizer sua própria competência (dentro dos parâmetros da Constituição Federal) e de se organizar conforme sua conveniência. Em razão disso, o STF ampliou de forma extensiva a interpretação da expressão “no âmbito de sua competência”, o que autorizou o Conselho a expedir atos regulamentares sobre diversas matérias, desde normas gerais para regularização fundiária a regras de fiscalização na execução de penas alternativas, por exemplo<sup>183</sup>.

Apesar de alguns doutrinadores defenderem o poder do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - de criar regulamentos autônomos e de natureza primária, conclui-se que o CNJ é um órgão do Judiciário e deve respeitar o Princípio da Separação dos Poderes de sorte que seus atos não podem situar-se no mesmo patamar hierárquico que as leis. Até por que a lei tem como característica a generalidade e abstração, enquanto os atos regulamentares destinam-se a concreções e individualizações<sup>184</sup>.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; XAVIER, Marília Pedrosa; NASCIMENTO, Sabrina de Paula. O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça no Direito de Família. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 17. n. 68, p. 207-246, out/dez.2019, p. 211-212.

<sup>184</sup> *Ibidem*.

Importante ressaltar, ainda, que o CNJ está vinculado ao Princípio da Legalidade, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II, CF). Por este princípio, o que não é proibido se presume permitido. Ocorre que tal máxima apenas se aplica aos particulares, pois em relação à administração pública aplica-se o oposto, isto é, o silêncio é entendido como vedação<sup>185</sup>.

Especificamente em relação ao CNJ, a ausência de legitimidade democrática impede que ele seja equiparado, para fins de edição de padrões normativos primários, aos órgãos do Legislativo ou do Executivo, que gozam de referida legitimidade. Entender de forma contrária exigiria uma desconstrução do Estado Democrático de Direito, por atribuir poder normativo primário a órgãos que, por vontade Constituinte, efetivamente não o possuem<sup>186</sup>.

Além disso, há o limite do juízo de proporcionalidade/razoabilidade, ou seja, os decretos não podem, a pretexto de regulamentar determinado assunto, fulminar o núcleo essencial de direito fundamental, caso em que a regulamentação será excessiva ou irrazoável<sup>187</sup>.

Para a doutrina majoritária, não há possibilidade de edição de regulamentos autônomos no ordenamento jurídico pelo CNJ e sim regulamentos executivos voltados ao exato cumprimento da lei, em sua função atípica. Isso porque o Poder Legislativo não pode delegar sua competência, salvo em casos expressamente previstos, o que não é o caso.

No entanto, o STF, como já mencionado neste artigo, reconheceu em um ato expedido pelo Conselho Nacional de Justiça natureza de regulamento autônomo, e, conseqüentemente, poder normativo primário fundado no inciso II do artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal. Ocorre que os atos do CNJ, conquanto tenham força normativa, não podem ser equiparados a “forças normativas primárias”, nivelados à lei ou a ela sobrepostos. O entendimento do STF avança além da equiparação das resoluções do Conselho à lei pois tais resoluções passam a se sobrepor a qualquer lei voltada à Magistratura<sup>188</sup>

A competência normativa do CNJ não tem força primária, ou seja, não tem força de lei. Pode atuar nos espaços deixados pelo legislador ou pelo constituinte quando seja possível

<sup>185</sup> Idem.

<sup>186</sup> GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7240-7246, maio 2006.

<sup>187</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 70.

<sup>188</sup> GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7240-7246, maio 2006.

interpretar dispositivos constitucionais que se apresentam como regra. Assim, sua atuação normativa não é diferente das agências reguladoras, por exemplo<sup>189</sup>.

Isto posto, não há dúvidas de que o Conselho Nacional de Justiça possui poder normativo. No entanto, ele não pode criar direitos ou obrigações aos particulares pois não possui força de lei. Este poder está subordinado ao Princípio da Legalidade<sup>190</sup>, de sorte que não poderá atuar sem que o mesmo seja respeitado. Ademais, adjudicar ao CNJ o poder de emitir resoluções com força de lei denota outorgar a ele o poder de legislar, constituindo, assim, grave atentado ao Estado Democrático de Direito<sup>191</sup>.

<sup>189</sup> COSTA, Rennan Gustavo Ziemer da. **Poder normativo do Conselho Nacional de Justiça**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 72-89, jun. 2015.

<sup>190</sup> “O art. 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei. Importante salientarmos as razões pelas quais, em defesa do princípio da legalidade, o Parlamento historicamente detém o monopólio da atividade legislativa, de maneira a assegurar o primado da lei como fonte máxima do direito. O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo”. In: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 127-128.

<sup>191</sup> “No Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo “leis e execução de leis”. Trata-se – e a lembrança vem de Canotilho – de atos que foram designados por Carl Schmitt com o nome de “medidas”. Essa distinção de Schmitt é sufragada por Forsthoﬀ, que, levando em conta as transformações sociais e políticas ocorridas depois de primeira guerra, considerava inevitável a adoção, por parte do legislador, de medidas legais destinadas a resolver problemas concretos, econômicos e sociais. Daí a distinção entre leis-norma e leis de medida. Na verdade, as leis-medida se caracterizam como leis concretas. A base da distinção nas leis concretas não é a contraposição entre geral-individual, mas entre abstrato-concreto (K.Stern). O interesse estará em saber se uma lei pretende regular em abstrato determinados fatos ou se se destina especialmente a certos fatos ou situações concretas. Também aqui a consideração fundamental radicaria no fato de uma lei poder ser geral, mas pensada em face de determinado pressuposto fático que acabaria por lhe conferir uma dimensão individual, porventura inconstitucional”. In: STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMESC - Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina**. v.12. n.18. Florianópolis: ESMESC. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7694/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica-cnj-e-conselho-nacional-do-ministerio-publico-cnmp>> Acesso em 13 set. 2022.

A Constituição Federal prevê algumas medidas de controle do poder normativo, como a do artigo nº 49, inciso V, que prevê que o Congresso Nacional pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, bem como zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes (art. 49, inciso XI). Há, ainda, previsão do controle judicial de atos administrativos pelo Poder Judiciário, no sentido de que os Tribunais de Justiça declaram a inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público por meio do voto de maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 97, CF), bem como a determinação de que o Supremo Tribunal Federal é o competente para julgar ação direta de inconstitucionalidade (ADI)<sup>192</sup> de ato normativo federal ou estadual, bem como ação declaratória de constitucionalidade (ADC) de ato normativo federal. Além disso, o artigo 5º, inciso LXXI<sup>193</sup>, da Carta Magna possibilita o ajuizamento do mandado de injunção para suprir a ausência de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Além das formas de controlar o poder normativo do CNJ, é preciso examinar os seus limites de atuação, principalmente em relação aos cartórios extrajudiciais, tendo em vista que este Órgão tem desempenhado um papel fundamental na regulamentação dos seus atos.

### **2.3 Os limites do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - face às atividades notariais e registrais**

Sabe-se que o poder regulamentar na administração pública, em geral, enfrenta limitações, ou seja, deve ser utilizado com base na lei, sem a intenção de substituí-la. Isso também se aplica ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que deve observar a legislação sem o escopo de substituição.

<sup>192</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

<sup>193</sup> “Art. 5º. LXXI - Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. *Ibidem*.

A legalidade é restrição ao poder normativo e tem como finalidade assegurar a segurança jurídica: como os decretos, por exemplo, não podem inovar no ordenamento jurídico, garante-se que o cidadão não vai sofrer restrição a seus direitos sem um prévio e democrático processo legiferante<sup>194</sup>.

Nesse sentido,

o poder regulamentar do CNJ encontra (ou deveria encontrar) o mesmíssimo limite imposto ao poder regulamentar da administração em geral: deve ser utilizado com a baliza da lei, sem a pretensão de substituí-la. Não se diga, ademais, que a observância rigorosa desta exigência (natural, para o Estado Democrático de Direito) inviabilizaria as funções que lhe foram atribuídas. Doutrina e STF não divisam problemas sequer com a técnica legislativa da norma penal em branco heterogênea, fenômeno legislativo no qual o tipo penal é completado por um ato administrativo – recorde-se o clássico exemplo da Lei n.º 11.343/2006: a definição das “drogas” exaure-se em portarias do Ministério da Saúde. Se a prática judiciária a envolver o direito penal, embebido que é de inúmeras garantias e direitos individuais, consegue conviver tranquilamente com o aludido fenômeno, não há razão para se pensar que seria diferente com a atuação do CNJ<sup>195</sup>.

E, ainda,

é inadmissível o afastamento da legalidade por uma subversão da juridicidade, em evidente descompromisso com o sistema de fontes normativas. Talvez seja hora de levar a sério a sugestão de Cláudio Luiz Bueno de Godoy no sentido de se criar uma técnica de modulação (ou calibragem) desse exercício regulamentar conferido ao CNJ, sensível à entrevisão de assuntos que sejam realmente nacionais e em atenção a outros que se coloquem mais na esfera da particularidade local e da autonomia dos órgãos descentralizados<sup>196</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>197</sup>, tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites, aplica-se, ainda, com maior razão, às instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo. É na pirâmide jurídica que se alojam em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores. Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento. Adverte, ainda, que os dispositivos constitucionais caracterizadores do princípio da legalidade no Brasil impõem ao regulamento

<sup>194</sup> GASPARETTO, Patrick Roberto. Limites, possibilidades e alcance do poder regulamentar face o princípio da legalidade e a realização dos direitos fundamentais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 6, p. 240-269, 25 mai. 2017, p. 253.

<sup>195</sup> DELFINO, Lúcio. SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **A função do Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua competência normativa**. Disponível em: <<http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201773174734.pdf>> Acesso em: 8 fev.2022.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 363.



o caráter que lhe assinalou, qual seja, o de ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente da lei<sup>198</sup>.

Por outro lado, Hely Lopes Meirelles<sup>199</sup> defende a possibilidade de o regulamento abranger situações jurídicas ainda não contempladas pela lei, com o fito de criar e modelar direitos e obrigações, porém em situações taxativas constantes na Constituição Federal.

Importante decisão teve o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, ao entender que o Conselho Nacional de Justiça possui competência para expedir atos normativos primários. Consequência disso foi a abertura de precedentes para a atuação do CNJ, inovando o ordenamento jurídico e elevando resoluções ao mesmo patamar hierárquico de lei.

Nesse sentido, há autores que defendem a ampliação da competência normativa do CNJ no sentido de que

a aquiescência do exercício do poder regulamentar do CNJ nas dimensões que ele possui hoje perpassa por superar a noção de que o ordenamento jurídico brasileiro permite apenas regulamentos executivos (unicamente destinados à “fiel execução da lei”, nos termos do art. 84, inc. IV). Assume-se, portanto, que a habilitação diretamente constitucional para a expedição de regulamentos é válida, bem como seu caráter inovador e a possibilidade de retirar seu fundamento diretamente da Constituição. Perpassa também por acolher que as balizas para tal exercício tomaram nova forma, que no CNJ operam por meio de cláusulas abertas que possibilitaram âmbito normativo de atuação tão amplo<sup>200</sup>.

E, ainda, que

tal regulação é uma realidade social que está autorizada juridicamente, de forma que teremos que compreender, discutir e conviver. Caso pretendamos insistir na defesa da antiga lógica binária execução/autônomos para os regulamentos do CNJ, estaremos tratando de outro assunto, que não aquele que habita o nosso cotidiano. Existem várias situações – tais como as acima descritas – em que as pessoas privadas (e os órgãos e entidades da Administração) são obrigados a “fazer ou deixar de fazer” alguma coisa não em virtude de lei, mas de regulamentos. Inegavelmente, a atuação do CNJ no Direito de Família apresenta-se rica e desafiadora. O movimento de extrajudicialização do Direito de Família é uma realidade. A temática da regulação pelo CNJ não só deu um novo colorido às discussões do Poder regulamentar como abriu novos debates no âmbito do Direito de Família, pelos seus avanços e também quanto aos limites a serem respeitados. Além disso, temos a frequente intersecção entre racionalidades diferentes, como a regulação pela via administrativa e a rigidez da seara registral.<sup>201</sup>

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 355.

<sup>199</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 149.

<sup>200</sup> *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann; XAVIER, Marília Pedrosa; NASCIMENTO, Sabrina de Paula. O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça no Direito de Família. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 17. n. 68, p. 207-246, out/dez.2019, p. 208.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 225.

Erik Gramstrup<sup>202</sup> defende que as atribuições indefinidas do CNJ favorecem a emissão de normas, lembrando que além da revisão geral dos atos administrativos e de controle de condutas de juízes, há ainda a rubrica “outras competências” a serem cuidadas pela Lei Orgânica da Magistratura.

Também nesse sentido, Luciano Lopes Passareli<sup>203</sup> complementa que as cláusulas abertas se fazem presente, principalmente, quanto à competência do CNJ em resguardar a observância do artigo nº 37 da Constituição Federal no âmbito do Poder Judiciário.

Os autores que defendem a ampliação de competência do CNJ veem neste órgão a criação de facilitadores ao Direito de Família, tendo em vista a criação e garantia de direitos materiais. Isso por que, segundo eles, o CNJ não estaria emanando apenas comandos técnicos na área notarial e registral, mas criando e garantindo direitos de ordem material no âmbito da família. Ao constituir direitos e obrigações, públicas e privadas, o CNJ disciplina de modo amplo tal ordem de relações jurídicas<sup>204</sup>.

O grande problema disso tudo é que a existência das cláusulas abertas, acima citadas, não possuem limitações. Isto significa que não há qualquer lei que limite a atuação do CNJ além da Constituição Federal e isso inclui a limitação ao poder regulamentar. Segundo André Janjácomo Rosilho<sup>205</sup>, não há outra disposição constitucional legal ou infralegal que expressamente procure balizar o exercício desta competência [expedição de atos regulamentares]. Percebe-se, portanto, a vagueza do texto constitucional, o que se limita a prover a função regulamentar do órgão, sem, contudo, apontar expressamente o seu âmbito de incidência ou os seus limites.

Consequência disso é que o Conselho Nacional de Justiça passou a ter um papel de protagonista no tocante a assuntos envolvendo não só o Direito de Família como também outros ramos do Direito. Não se pode negar que esta atuação tem sido de grande importância em nosso cenário atual, principalmente nas regulações a respeito do Direito de Família. Diante de lacunas legais, o CNJ tem desempenhado o papel de garantidor de direitos fundamentais. No entanto, assim como os demais órgãos públicos, ele deve observar os limites legais, não podendo substituir o papel do Legislativo.

O fato de a EC 45 estabelecer que os Conselhos podem editar atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações. Os

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>203</sup> *Ibidem*.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 216.

Conselhos enfrentam, pois, duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui, a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional. Em outras palavras, não se concebe - e é nesse sentido a lição do direito alemão - regulamentos de substituição de leis (*gesetzvertretende Rechtsverordnungen*) e nem regulamentos de alteração das leis (*gesetzändernde Rechtsverordnungen*). É neste sentido que se fala, com razão, de uma evolução do princípio da reserva legal para o de reserva parlamentar<sup>206</sup>.

Ao analisar o disposto no artigo nº 103-B, §4º, I, da Constituição Federal, determinando que compete ao CNJ zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir *atos regulamentares*, percebe-se que tal dispositivo não franqueou ao CNJ a possibilidade de inovar originariamente no plano jurídico. Logo, tais atos hão de possuir a mesma essência reconhecida aos típicos regulamentos (via decreto) referidos no já citado artigo 84, IV, da CF, a serem expedidos pelo Presidente da República, isto é, conferir fiel execução à lei. Em outras palavras: cabe ao CNJ apenas regulamentar disposições legais relacionadas à autonomia do Judiciário e cumprimento de seu Estatuto (lei formal). Como consectário lógico-jurídico inevitável, sua produção normativa há de ser secundária<sup>207</sup>.

Ressalta-se que a conclusão de que cabe ao CNJ atribuição eminentemente regulamentar não promove delegação legislativa de competência, uma vez que essa hipotética destinação atentaria ao Princípio da Separação de Poderes e à constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45, ao menos neste ponto. Com isso, podem ser indicadas duas grandes limitações quanto aos atos regulamentares expedidos pelo CNJ: I) não alcançam o STF (conforme ADI nº 3.367), e; II) não devem inovar a ordem jurídica, sob pena de invalidade máxima (inconstitucionalidade)<sup>208</sup>.

Para André Ramos Tavares,

o CNJ há de fiscalizar o cumprimento e a observância da lei, em sentido lato, lei esta, via de regra, emanada do órgão legislativo típico, o Parlamento, e não a

<sup>206</sup> STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMESC** - Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina. v.12. n.18. Florianópolis: ESMESC. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7694/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica-cnj-e-conselho-nacional-do-ministerio-publico-cnmp>> Acesso em 13 set. 2022.

<sup>207</sup> TAVARES, André Ramos. O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n.9, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/151/10637/19975?searchpage=1&keywords=null>> Acesso em 05 mai.2022.

<sup>208</sup> *Ibidem*.

observância, pelos membros do Judiciário, daquilo que ele, CNJ, crê ser o devido, o adequado, para concretizar, v.g., o princípio da moralidade (caso do nepotismo tal como recebeu disciplina pelo CNJ) ou outro indicado no art. 37 da Constituição.

(...)

Se não há ato normativo primário (lei ordinária, complementar, delegada, medida provisória) ou súmula ou decisão vinculante do STF disciplinando a temática do art. 37, é vedado ao CNJ (i) editar resolução dispondo sobre a questão e, mais; (ii) desconstituir ato administrativo, revisá-lo ou fixar prazo para sua regularização no sentido de cumprir orientações próprias e inovadoras criadas pelo próprio CNJ.

Há, assim, uma inafastável exigência de que todos os atos fiscalizatórios do CNJ busquem assegurar a aplicação de lei, de súmula ou de decisão com efeito vinculante do STF, e não de eventual resolução expedida pelo próprio CNJ, a ocupar espaço próprio de outras instâncias, nada obstante eventual valor moral louvável do ato do CNJ (como ocorreu, por exemplo, no caso do nepotismo, por meio da Resolução n. 07 do CNJ) ou eventual omissão insuportável do Parlamento causadora de grave dano à sociedade<sup>209</sup>.

Trata-se de uma atribuição do Parlamento, que pode editar leis às quais o CNJ estará jungido e a cujo cumprimento deve dirigir sua atuação fiscalizadora. Se não há lei, o CNJ não poderá supri-la sem que isso signifique usurpação de competência legislativa. O CNJ deve estar atento aos seus limites e funções e não legislar editando seus próprios critérios gerais, sem qualquer reflexão democrática ou judicial para casos concretos<sup>210</sup>.

Ora, situações relacionadas a omissões legais devem ser resolvidas por mandado de injunção, remédio constitucional concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal) e não por resoluções/provimentos do CNJ. Ou seja, o mandado de injunção é o instrumento correto para os casos em que a falta de regulamento inviabiliza a fruição de um direito fundamental. Logo, a mora do Congresso Nacional não pode ser utilizada como justificativa para que o Conselho Nacional de Justiça atue como legislador positivo.

Em relação às atividades notariais e registrais, percebe-se, nos capítulos anteriores, que o artigo nº 103-B da Magna Carta não deixou dúvidas a respeito da competência correicional e fiscalizatória do CNJ diante destas atividades. Na mesma Carta, o constituinte determinou, no §1º do artigo nº 236, que a lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registros e seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

<sup>209</sup> *Ibidem.*

<sup>210</sup> *Ibidem.*

Atualmente, a lei que regulamenta as atividades notariais e registrais é a Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, bem como a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que disciplina a respeito dos registros públicos. Esta lei, em seu artigo 1º, determina que os serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. E, ainda, que a fiscalização destas atividades será realizada pelo Poder Judiciário (artigo nº 37<sup>211</sup>). Tal fiscalização ocorre por meio das Corregedorias Geral e Permanente, bem como pelo Conselho Nacional de Justiça, que tem atuação em âmbito nacional.

A lei mencionada traz, ainda em seu artigo 1º, a definição dos notários e registradores como profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e registral. Trata-se de um serviço público exercido por meio de delegação ao particular, que é considerado um agente público, mas não um funcionário público no sentido estrito. Não ocupa um cargo, emprego ou função dentro da hierarquia de nenhum órgão estatal<sup>212</sup>. Além disso, a titularidade das serventias extrajudiciais se dá por meio de concurso público de provas e títulos, é de caráter estadual e 1/3 das vagas é preenchida pelo critério de remoção e 2/3 por ingresso.

Quanto ao controle das atividades, no Direito Administrativo, tal palavra tem por finalidade assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico e também é utilizada como sinônimo de “tutela”. Neste caso, refere-se ao princípio pelo qual se assegura a Administração Pública Direta o direito de fiscalizar as atividades das entidades da Administração Indireta, a fim de garantir que observem suas finalidades institucionais<sup>213</sup>.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça quando recebe e reconhece reclamações contra órgãos prestadores de serviços notariais e registrais, que atuem por delegação do Poder Público, exerce **controle externo** de atividade privada fiscalizada pelo Poder Judiciário. E

<sup>211</sup> “Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos artigos 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos”. *In*: BRASIL, **Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm)> Acesso em: 10 abr.2022.

<sup>212</sup> SARMENTO FILHO, Eduardo Socrates Castanheira. A autonomia dos delegatários de serviços notariais e de registro diante do poder fiscalizatório do Judiciário estabelecido na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Imobiliário**, ano 41, v. 85, jul.- dez./2018, p. 147.

<sup>213</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 137.

exerce **controle interno** quando aprecia reclamações contra serviços notariais e registrais *oficializados*, pois seus titulares são funcionários públicos.

Conforme já estudado, com a criação do CNJ houve a previsão da seguinte competência em seu regimento interno

Art. 8º: Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) X - expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça<sup>214</sup>.

O inciso citado engloba as hipóteses de atos que podem ser realizados com base no poder normativo do Conselho Nacional de Justiça. Entretanto, cabe destacar que esta previsão ocorreu por iniciativa própria do Conselho, que estendeu a própria competência regulatória aos serviços notariais e registrais.

Ocorre que o CNJ não pode editar normas que têm como destinatários prestadores de serviço que não são integrantes do Judiciário. Ora, se não há vínculo do serviço notarial e registral com o Poder Judiciário - a não ser a submissão à fiscalização conforme a previsão constitucional e legal - isso significa que o Conselho Nacional de Justiça não pode editar tais normas, sob pena de extrapolar sua competência administrativa.

Não é novidade ver o CNJ alargando o campo de incidência sobre seus atos, descaracterizando sua natureza administrativa e desvirtuando o seu papel de controle meramente administrativo, fato este que vem causando grandes discussões na doutrina e na jurisprudência. Em razão da natureza administrativa do Conselho, entende-se que o CNJ é um órgão judicial, que faz parte da estrutura do Poder Judiciário, mas não jurisdicional, já que não pode dizer as leis<sup>215</sup>

Logo, tendo em vista que a Constituição Federal é clara ao determinar a competência reservada à lei para regular as atividades notariais e de registro, conclui-se não ser possível a edição de atos regulamentares, via CNJ, destinados às atividades notariais e registrais, sob

<sup>214</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regimento Interno nº 67, de 03 de março de 2009**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>> Acesso em: 28 abr.2022.

<sup>215</sup> CASTRO, Marcos Vinícius Martins. SANTOS, Mariana Mello. **O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça** – análise da Ação declaratória de constitucionalidade nº 12/DF. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1480/1161>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

pena de afronta ao Princípio da Legalidade, da Reserva Legal<sup>216</sup> e da Separação dos Poderes. Se pretendesse que assim fosse, tanto o constituinte originário bem como o legislador ordinário teriam inserido nos respectivos textos legais a previsão de tal competência, o que não ocorreu.

Pretender um órgão como o CNJ, desprovido de qualquer competência jurisdicional ou legislativa, possa construir critérios para aplicá-los e resolver determinadas situações que se lhe afiguram inadmissíveis ou imorais, atenta contra a Constituição<sup>217</sup>, que não admite a delegação de poderes, franqueando apenas a expedição de atos regulamentares e assegurar o exato cumprimento da lei. Além disso, a competência do CNJ de editar atos regulamentares está limitada ao universo que a Constituição determina, qual seja, o Poder Judiciário.

Não há vínculo do serviço notarial e registral com o Judiciário a não ser a submissão à fiscalização conforme a previsão constitucional e legal. Portanto, não se pode negar a competência exclusiva da União para legislar a respeito de registros públicos, nos termos do artigo nº 22, inciso XXV, da CF, observando as previsões das Leis nº 6.015/73 e 8.935/94 e somente a partir delas poderão ser inseridas alterações referentes à prática do serviço.

Os atos editados pelo CNJ, direcionados à atividade notarial e registral, vão desde modelos de certidões a regulamentação de alteração de nome e gênero dos transgêneros, por exemplo. Em sua maioria, os atos são fundamentados no artigo 103-B, §4º, I e III, da CF, que determinam o seguinte:

- I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais,

<sup>216</sup> “Há reserva de lei formal (âmbito em que mais se evidencia a crise da lei iluminista) quando uma certa matéria só puder ser tratada por lei em sentido formal, ou seja, ato normativo primário editado pelo Parlamento, elaborado segundo o procedimento legislativo”. *In*: BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>217</sup> “Ainda que isto seja feito em tema deveras sensível e agradável ao público em geral, como foi o caso do nepotismo, a prática deve ser rechaçada de imediato e na sua totalidade, sob pena de se desvirtuar o Estado Constitucional e Democrático de Direito instaurado em 1988. Como afirma José Adércio Sampaio: ‘Difícil é aceitar que de princípios abertos se possam extrair vedações que não se encontrem positivadas em lei ou reconhecidas pela jurisprudência’ (2007, p. 281). As instituições devem permanecer e serem respeitadas, seguindo-se o devido processo legal constitucional (sentido amplo) na solução e combate das situações que se considerem, política ou moralmente, indesejáveis”. *In*: TAVARES, André Ramos. O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n.9, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/151/10637/19975?searchpage=1&keywords=null>> Acesso em 05 mai.2022.

podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa<sup>218</sup>;

Ocorre que a fundamentação com base nesses incisos representa um grave equívoco na atuação do CNJ na medida em que afirmam a possibilidade de expedição de atos regulamentares no âmbito do Poder Judiciário do qual os serviços notariais e de registro **não fazem parte**. Ao editar tais atos, o CNJ ofende o princípio da reserva legal que determina que tais matérias só poderão ser tratadas por lei, em sentido material ou formal, a depender do que estabelece a Constituição.

No caso do artigo nº 236 da Constituição, tal previsão é expressa ao afirmar que a lei tratará dos temas relacionados aos serviços extrajudiciais. Ao expedir atos regulamentares a respeito desta matéria, o CNJ afronta a reserva de lei formal que, nas lições de Binbenbojm, significa que quando uma certa matéria só puder ser tratada por lei em sentido formal (ato normativo primário editado pelo Parlamento) deve ser observado o procedimento legislativo<sup>219</sup>.

Conclui-se que o CNJ extrapola sua competência administrativa quando edita normas cujos destinatários são os prestadores de serviços não integrantes do Poder Judiciário. Se o constituinte assim o pretendesse, teria inserido tal previsão no texto legal, o que não ocorreu. Em relação aos transgêneros, percebe-se que o CNJ regulamentou a alteração de nome e gênero nos Registros Cíveis (Provimento nº 73/2018), criando direitos e obrigações, sem que houvesse uma lei preexistente que lhe desse suporte. Como se sabe, o que distingue o conceito de lei em relação aos outros atos é justamente a sua estrutura e função. Enquanto a lei possui caráter geral, os atos regulamentares destinam-se a concreções e individualizações. Uma resolução ou provimento não pode ter a mesma hierarquia de uma lei, especialmente por que a lei emana do Poder Legislativo (democracia representativa) já os atos regulamentares ficam restritos a matérias com menor amplitude normativa.

Ora, se a atuação dos magistrados e demais membros do Poder Judiciário está regulada em leis específicas (como a LOMAN), parece inconcebível que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha transformado o CNJ em órgão com poder equiparado

<sup>218</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

<sup>219</sup> BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



aos do legislador. Ou seja, a menção a respeito dos atos regulamentares tem o objetivo de controle externo, a partir de situações que surjam no exercício das atividades de judicatura e do Ministério Público<sup>220</sup>.

Verifica-se que, no Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos (lei e execução de lei). O fato da EC 45 estabelecer que os Conselhos podem editar atos regulamentares não pode significar que o CNJ tenha carta branca para tais regulamentações. Logo, tal Conselho enfrenta duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não pode expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito à impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelo CNJ não podem criar direitos e obrigações, tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange a restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder regulamentador esbarra, assim, na impossibilidade de inovar, sob pena de inconstitucionalidade. E não se diga que o poder regulamentar (transformado em “poder de legislar”) advém da própria EC 45. Se fosse correto este argumento, bastaria elaborar uma emenda constitucional para “delegar” a qualquer órgão (e não somente ao CNJ e ao CNMP) o poder de “legislar” por regulamentos e, com isso, restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado Democrático de Direito<sup>221</sup>. Exemplo disso é a edição do Provimento 73/2018 do CNJ, criando direitos e obrigações em relação aos transgêneros e regulamentando a atuação dos Registros Cíveis na retificação de nome e gênero em seus assentos de nascimento e casamento, quando na verdade tal normatização deveria ser feita por lei em sentido formal. Disso surge a necessidade de aprofundar o conhecimento a respeito dos transgêneros e sua normatização, para que haja uma real compreensão do papel da Corregedoria Geral do CNJ, a sua incompetência legislativa quando da regulamentação do Provimento citado, e, ainda, a sua influência antes do advento da nova Lei 14.382/2022, temas que serão tratados no capítulo seguinte.

<sup>220</sup> STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina**. v.12. n.18. Florianópolis: ESMESC.

<sup>221</sup> *Ibidem*.

## CAPÍTULO 3. TRANSGÊNEROS E O DIREITO AO NOME E AO GÊNERO

### 3.1 Algumas considerações a respeito das pessoas trans

Sabe-se que as pessoas transgêneras são aquelas que não se identificam com o sexo biológico do nascimento, ou seja, se identificam com o sexo oposto ao seu. Em nossa sociedade, na realidade vivenciada por estas pessoas, é perceptível a carência do reconhecimento da sua dignidade humana, diante das dificuldades por elas enfrentadas. Exemplos disso são as inúmeras agressões físicas e morais não contabilizadas pelos órgãos públicos, a morosidade na alteração de nome e gênero nos Registros civis e a discriminação.

Em que pese haver um grande número de pessoas na comunidade trans essas pessoas são consideradas como uma “minorias social”<sup>222</sup>. Historicamente, os grupos minoritários são aqueles que, por algum motivo, geralmente ligado ao preconceito de cor, classe social ou gênero, ficaram excluídos da sociedade, marginalizados, e não tiveram a plenitude de seus direitos básicos garantidos<sup>223</sup>.

É cediço que os transgêneros, por muito tempo, têm sofrido abusos e discriminações perante a sociedade. Há uma comunidade chamada LGBTQIA+, formada por homossexuais, bissexuais, transexuais e pessoas que se identificam de maneira não binária com o gênero<sup>224</sup>, que luta constantemente contra a exclusão dessas populações. Insta lembrar que, por incrível que pareça, 70 países no mundo ainda criminalizam a homossexualidade. A população

<sup>222</sup> “Falar em minorias social nos leva a pensar em muitos grupos distintos que sofrem preconceitos e discriminações ou que são de algum modo desprotegidos. Ao fazer uma simples pesquisa na internet podemos identificar várias conceituações como, por exemplo, a que define como minorias social uma parcela da população que se encontra excluída do processo de socialização. Ou seja, grupos que, em geral, são compostos por um número grande de pessoas mas que são excluídos por questões relativas à classe social, ao gênero, à orientação sexual, à origem étnica, ao porte de necessidades especiais, entre outras razões (PORFÍRIO, 2022). Muitas vezes, a expressão “minorias social” é utilizada como sinônimo de “grupos vulneráveis”, mas tais institutos possuem extensões diferentes. Nos grupos vulneráveis, não há uma identidade, um traço comum entre os indivíduos como fatos que os atraem; são grupos compostos pela sociedade de uma maneira geral, a exemplo dos consumidores. Já as minorias possuem um traço cultural comum presente em todos os indivíduos, originando grupos específicos; são sujeitos ligados entre si, mas nem sempre diz respeito a um grupo que possui o menor número de pessoas, a exemplo dos indígenas, homossexuais”. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. **Minorias e grupos vulneráveis**: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), São Paulo, v.5, n.1, 2017.

<sup>223</sup> PORFÍRIO, Francisco. **Minorias sociais**. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/minorias-sociais.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2022.

<sup>224</sup> Refere-se às identidades, funções e atributos socialmente construídos de mulheres e homens e do significado social e cultural atribuído a estas diferenças biológicas. In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Parecer Consultivo OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)> Acesso em 16 mai. 2022.

LGBTQIA+ sofre diariamente agressões físicas, verbais, psicológicas, e ainda sofre com o estigma de sua condição, que muitas vezes a faz viver sob autorrepressão ou ser excluída de muitos espaços<sup>225</sup>.

Pesquisa realizada pela Folha de São Paulo em agosto de 2016 divulgou que se estima haver mais de 500 mil transgêneros no Brasil<sup>226</sup>. Apesar do grande número de transgêneros vivendo no país, o Brasil é o quarto mais violento do mundo para a população trans, se considerado o percentual por milhões de habitantes, ficando atrás apenas de Honduras, Guiana e El Salvador<sup>227</sup>. Muitas vezes, a violência ocorre dentro da própria casa, por incompreensão da família.

Além disso, pesquisa realizada pela revista Época aponta que a expectativa de vida das pessoas trans é de apenas 35 anos, enquanto a do brasileiro médio é de 75 anos. Apesar de assustadores, esses números não são novidade para a comunidade trans, que precisa resistir, diariamente, a uma rotina de exclusão e violência. Muitos, inclusive, saem de casa logo cedo, abandonando a escola e a família, por não encontrarem o apoio necessário. A vida adulta não traz maiores facilidades, pois muitos encontram dificuldades em conseguir um emprego formal, devido à discriminação e ao preconceito, encontrando como alternativa a prostituição e o tráfico de drogas<sup>228</sup>.

Outra situação extremamente humilhante para os transgêneros é o uso de banheiros públicos. A dúvida entre escolher o banheiro de acordo com o seu sexo biológico ou sua identidade de gênero foi, inclusive, objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 845.779/SC<sup>229</sup>, onde questionava-se a proibição de uso de banheiro

<sup>225</sup> PORFÍRIO, Francisco. **Minorias sociais**. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/minorias-sociais.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2022.

<sup>226</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Gêneros, transgêneros, cisgêneros: orgulho e preconceito**. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/artigo-generos-transgeneros-cisgeneros-orgulho-e-preconceito-por-rodrigo-da-cunha-pereira/>> Acesso em 30 jun. 2022.

<sup>227</sup> SANCHES, Patrícia. **Famílias trans no Brasil: o paradoxo da evolução de direitos e a epidemia transfóbica**. Revista IBDFAM – Família e Sucessões, Belo Horizonte, v. 22, p. 159-167, jul./ago. 2017.

<sup>228</sup> BENTO, Berenice. **Brasil: país do transfeminicídio**. Clam. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/transfeminicidio\\_berenice\\_bento.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/transfeminicidio_berenice_bento.pdf)>. Acesso em: 30 jun.2022.

<sup>229</sup> Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 845.779/SC**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15317399481&ext=.pdf>> Acesso em: 30 jun.2022.

feminino em *shopping center* conforme a identidade de gênero. O caso concreto que norteou a decisão do STF envolve um pedido de indenização por danos morais feito por uma pessoa trans contra um *shopping center*, pela seguinte situação:

a autora, que se identifica como uma trans mulher, estava passeando num *shopping center*, quando precisou usar o banheiro no referido estabelecimento comercial. Dirigindo-se então ao banheiro feminino, onde costumava fazer suas necessidades, foi abordada por uma funcionária, que a forçou a se retirar, alegando que sua presença causaria constrangimento às demais usuárias do local, devendo ela utilizar o banheiro masculino. Impedida de utilizar o banheiro e estando demasiadamente nervosa, não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas e as fez nas próprias vestes, sob o olhar das pessoas que ali transitavam. Após passar pela situação vexatória, ainda teve de fazer uso do transporte coletivo para voltar para sua casa<sup>230</sup>.

No caso, além do constrangimento sofrido pela trans mulher, houve a discussão sobre o suposto constrangimento das mulheres cisgêneras (mulheres que se identificam com o sexo biológico com o qual nasceu) caso tivessem que compartilhar o banheiro com mulheres transgêneras. Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso consignou que a solução para o caso estaria na ponderação entre o direito de usar o banheiro feminino por parte da trans mulher e o direito à privacidade das mulheres cisgêneras. Asseverou o Ministro que o suposto constrangimento das mulheres cisgêneras seria limitado, tendo em vista que as situações mais íntimas dentro de um banheiro ocorrem em cabines privadas. Sendo assim, o desconforto decorrente da mera presença da mulher trans em áreas comuns de banheiro feminino não poderia ser comparado àquele suportado pela mulher trans em um banheiro masculino.

No mesmo sentido, o Ministro Edson Fachin deixou claro que o pensamento comum na sociedade de que o uso de banheiro público feminino por transexual mulher causa constrangimento, desconforto ou insegurança às demais usuárias não raramente reverbera preconceitos conscientes ou inconscientes e até mesmo o desconhecimento do outro<sup>231</sup>. Até o momento não houve conclusão deste processo. O julgamento de mérito começou em novembro de 2015, mas foi suspenso em face do pedido de vistas do Ministro Luís Fux.

Como visto, os Ministros Luís Roberto Barroso, relator do caso, e Edson Fachin votaram favoravelmente ao pleito e ao direito das pessoas trans de usarem o banheiro de acordo com a sua identidade de gênero. O parecer da Procuradoria-Geral da República também foi nesse sentido<sup>232</sup>.

<sup>230</sup> *Ibidem*.

<sup>231</sup> HOLANDA, Liv Lessa Lima. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **O tratamento das questões de gênero no Direito brasileiro**. Direitos Fundamentais & Justiça. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p.217-240, jul.-dez.2018.

<sup>232</sup> GORS DORF, Leandro Franklin; KIRCHHOFF, Rafael dos Santos; HOSHINO, Thiago. **De banheiros, armários e cortes: identidade de gênero na pauta do STF**. Justiça e direitos humanos: olhares críticos sobre o judiciário em 2015. Curitiba: Terra de Direitos, 2016, p. 76-82.

Questões assim chegam ao Judiciário a todo tempo, sendo-lhes aplicadas as mais diversas soluções. Em alguns casos, a pessoa trans ganha o direito de usar o banheiro conforme sua identidade de gênero; em outros, de acordo com o seu sexo biológico. Esta divergência de entendimento, aliada à falta de uma legislação específica, causa insegurança jurídica a esta minoria, sem falar da alta vulnerabilidade e sensação de invisibilidade perante o Estado.

Neste cenário, importante registrar a existência da Resolução nº 12 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais, de 16 de janeiro de 2015, que estabelece parâmetros para a garantia de acesso e permanência de travestis e pessoas trans em diferentes espaços sociais e recomenda a garantia do uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, de acordo com a identidade de gênero de cada pessoa<sup>233</sup>.

Por fim, ainda que o STF decida a favor do uso de banheiros conforme o gênero, restará o desafio de assegurar a efetividade desta decisão. Isto por que a sociedade, de uma maneira geral, tem dificuldades em aceitar identidades que fogem do padrão culturalmente estabelecido, entendimento que deve ser revisto, principalmente sob a ótica do respeito à intimidade, à diversidade e à liberdade de poder ser da forma que se enxerga, de modo que esta liberdade não pode ser coibida pelo Estado, tampouco pela sociedade.

Outra situação extremamente importante relacionada à dignidade da pessoa transgênera, que tem ganhado destaque no cenário jurídico brasileiro, é a aplicação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006<sup>234</sup>). A discussão sobre a sua incidência é, inclusive, objeto do Projeto de Lei nº 8.032/2014 que visa ampliar tal proteção às pessoas transexuais e transgêneros sob o argumento de que a legislação deveria abarcar todas as mulheres. Segundo o artigo 5º desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação

<sup>233</sup> BRASIL. Governo Federal. Página Institucional. **Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015**. Estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais - e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais – nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/old/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>> Acesso em 24 fev.2023.

<sup>234</sup> BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 30 jun.2022.

ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Pois bem, tal aplicação também não é unânime no Judiciário brasileiro. Há decisões pela inaplicabilidade da Lei sob os seguintes argumentos: a mulher transgênera não é mulher; não se aplica a Lei Maria da Penha a transexuais que não tenham retificado os dados (nome e gênero) no registro civil; não se aplica a Lei Maria da Penha quando a vítima e o agressor possuírem o mesmo gênero; e no direito penal e processual penal brasileiro veda-se a analogia *in malam partem*. Há, todavia, argumentos de que seria possível aplicar a Lei Maria da Penha às mulheres transexuais, especialmente porque a lei prevê a categoria “gênero” no seu art. 5º, ao invés do predicado “sexo”. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana – com seus desdobramentos na integridade física e na autonomia – bem como os princípios da igualdade, da não discriminação e da liberdade, incluindo a liberdade sexual e de autodeterminação do gênero, aparecem como sustentadores das decisões<sup>235</sup>.

Outro assunto que merece destaque é o enquadramento da homofobia e transfobia como crimes de racismo, pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de omissão legislativa. Segundo a maioria do Plenário, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo<sup>236</sup>.

Diante destes exemplos, quando o assunto é “transgênero”, não há consenso no Judiciário brasileiro. Há quem defenda o uso de banheiros públicos conforme o gênero, bem como a aplicação da Lei Maria da Penha e a Lei do Racismo às pessoas transgêneras e há posições contrárias. Consequência disso é a instabilidade e a insegurança jurídica que tais decisões proporcionam, ora reconhecimento direito aos transgêneros, ora suprimindo.

<sup>235</sup> VIEIRA, Adriana Dias. SOUSA, Tuanny Soeiro. **Lei para qual Maria?** Questões de gênero na jurisdição brasileira quanto à (in)aplicabilidade da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 20, n. 111, p. 131-147, set.-out. 2018.

<sup>236</sup> “Por maioria, o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, formulada em três pontos. O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis. Ficou vencido o ministro Marco Aurélio”. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Página institucional. Notícias. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> Acesso em: 05 jul.2022.

Em que pese a luta por visibilidade trans estar ganhando cada vez mais adeptos no Brasil e no mundo, este número ainda é pouco expressivo quando o assunto está relacionado às responsabilidades do Estado, seja nas políticas públicas ou na criação de leis. Travestis e transexuais travam uma luta constante pelo reconhecimento da sua identidade de gênero e pelo direito de ser quem são. Mas a população trans é invisível para quem?

Para o Estado que não oferece políticas públicas que atendam suas gritantes demandas (por exemplo: uma legislação que criminalize a LGBTfobia). Para grupos de religiosos que as tratam como seres anormais, pecadores e doentes que precisam de cura, fazendo com que 90% dessas pessoas recorram à prostituição como fonte de renda. Para a sociedade civil, em sua grande maioria, que não as aceita e as exclui de uma convivência social harmoniosa. Problematicamos ainda o fato de que essas pessoas são visíveis para quem as fetichiza, as tornam alvo de chacotas e de preconceitos. [...] Não podemos esquecer, todavia, que a população trans é visível em relação ao movimento de resistência que fazem parte, que são agentes de transformação, são atores sociais da sua própria história em busca de reconhecimento e direitos iguais<sup>237</sup>.

A título de informação, há uma grande dificuldade em levantar dados a respeito dos crimes envolvendo os transgêneros, especialmente motivados por transfobia. As informações divulgadas pelos órgãos oficiais de estatística, na maioria das vezes, não retratam a violência de gênero, uma vez que o número de agressões dirigida à população transexual não é identificada. No entanto, há grupos de apoio, como o Grupo Gay da Bahia, o *website* Transdados e as agências internacionais como o *website Trans Respect* que esclarecem fundamentadamente os números que os índices oficiais não mostram. Estes grupos realizam relatórios anuais de dados voltados às violências sofridas pela população trans<sup>238</sup>.

Para melhor compreensão, a Associação Nacional de Travestis e Transsexuais (ANTRA) registrou 80 assassinatos de pessoas transgênero no primeiro semestre de 2021. No entanto, esse número não consta no censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pois a apuração limita-se ao registro de homicídios divididos entre sexo ou órgão genital<sup>239</sup>.

Ao analisar a plataforma *on-line* do IBGE<sup>240</sup> pode-se observar que os índices de homicídio não abrangem a população transgênera, ou seja, o órgão realiza suas pesquisas com

<sup>237</sup> CHAGAS, Emmily Negrão. NASCIMENTO, Thayana Evely Pinto. **(In)visibilidade trans**: uma breve discussão acerca da transfobia na vida de travestis e transexuais. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo6/invisibilidadetransumabrevediscussaoacercadatransfobianavidadetravestisetranssexuais.pdf>> Acesso em: 11 fev. 2022.

<sup>238</sup> SOUZA, Daniela de Andrade. LELIS, Acácia Gardênia Santos. **Transexualidade em números**: a invisibilidade da população transexual nas estatísticas de violência de gênero. Disponível em: <<https://eventos.set.edu.br/sempeq/article/view/7091/3775>> Acesso em: 08 fev. 2022.

<sup>239</sup> SILVA, Maria Eduarda Kobilarz. **Pesquisas do IBGE excluem pessoas trans das estatísticas**. Disponível em: <<https://periodico.sites.uepg.br/index.php/direitos-humanos/2551-pesquisas-do-ibge-excluem-pessoas-trans-das-estatisticas>> Acesso em: 08 fev. 2022.

base no sexo biológico da pessoa, o que não permite uma visão real dos dados referentes à violência sofrida pelos transgêneros. Sem dados do Censo, a população LGBTQIA+ continuará desconhecida por anos e a ausência dessas informações impede que o governo e as instituições trabalhem em ações destinadas a solução de problemas coletivos. Os impactos também chegam a políticas já implementadas no país como, por exemplo, a implementação do processo transexualizador pelo SUS (se o Censo levantasse quantas pessoas se autodeclararam trans e verificasse a renda desse segmento, o Ministério da Saúde teria uma média da demanda de cirurgias e atendimentos, possibilitando a alocação de recursos públicos, ambulatórios e funcionários para aquela finalidade). Sair da invisibilidade e ter seu perfil completo nos dados oficiais do país é uma pauta que esta comunidade luta há quase três décadas. E não apenas isso, os impactos da falta de dados demográficos também têm reflexo no acesso a programas básicos, como atendimento ambulatorial<sup>241</sup>.

Diante de tais omissões, bem como do aumento de agressões e violências contra a comunidade trans, não há como deixar de questionar quais as políticas públicas e ações que o Estado tem feito para proteger os transgêneros. Fala-se muito no respeito à dignidade da pessoa humana, mas será que ela realmente é respeitada? Será que uma pessoa trans se sente segura para exercer todos os seus direitos?

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, deve ser respeitada. Não é por que os transgêneros são minorias que possuem menos direitos, tampouco por serem “diferentes” do que a sociedade espera. É preciso assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito. E, ainda, realizar um estudo aprofundado sobre o tema, principalmente a necessidade de envolver o Poder Público nas ações de proteção a esta população, promovendo critérios realistas de pesquisas para que haja visibilidade da comunidade trans. Isso permitirá

<sup>240</sup> “Há, inclusive, uma determinação da Justiça Federal do Acre ao IBGE sobre a inclusão no censo de perguntas sobre orientação sexual e identidade de gênero. Decisão que será recorrida pelo Instituto sob o argumento de que o censo ‘não é a pesquisa adequada para sondagem ou investigação de identidade de gênero e orientação sexual’, segundo comunicado divulgado em março deste ano. Já para o Ministério Público Federal, a informação estatística cumpre um significativo papel na efetivação de políticas públicas por evidenciar questões sociais ainda latentes, e é somente a partir do conhecimento da quantidade e condições de vida dessas populações que suas demandas sociais podem fazer parte da agenda estatal”. *In*: NSC TOTAL. Notícias. **IBGE vai recorrer de decisão sobre inclusão de identidade de gênero no Censo 2022**. Disponível em: <<https://www.nscototal.com.br/noticias/ibge-vai-recorrer-de-decisao-sobre-inclusao-de-identidade-de-genero-no-censo-2022>> Acesso em: 05 jul.2022.

<sup>241</sup> BRASIL DE FATO. Variedades. **Sem dados do Censo, população LGBTI+ do Brasil continuará desconhecida por mais 10 anos**. Disponível em: <<https://www.brasildefatope.com.br/2021/02/24/sem-dados-do-censo-populacao-lgbti-do-brasil-continuara-desconhecida-por-mais-10-an>> Acesso em: 05 jul.2022.



que o Estado tenha uma noção da realidade e, a partir disso, consiga organizar as medidas adequadas para a sua proteção.

A sociedade brasileira ainda é extremamente conservadora e discriminatória, tanto que, conforme já mencionado, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 13 de junho de 2019, durante julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, que declarações homofóbicas poderão ser enquadradas no crime de racismo. Conforme entendimento da Suprema Corte, a demora do Poder Legislativo para incriminar os atos de homofobia e transfobia ofende direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, por essa razão, o STF decidiu que condutas semelhantes sejam enquadradas na Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo) até que o Congresso Nacional saia da inércia<sup>242</sup>. E, ainda, para a Ministra Carmen Lúcia, a reiteração de atentados decorrentes da homotransfobia revela situação de verdadeira barbárie: “quer-se eliminar o que se parece diferente física, psíquica e sexualmente”<sup>243</sup>.

Importante destacar que a homofobia é uma violação do direito à liberdade de expressão, revelando-se um comportamento discriminatório, conforme consta no artigo 3º da Magna Carta de 1988 que determina que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E, ainda, em seu artigo 5º, inciso XLI, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Não será aprofundada, aqui, a discussão sobre a legitimidade das medidas tomadas pelo STF, mas sim a urgência de se proteger a população trans, vítima cada vez mais de preconceitos e agressões. E uma das formas de proteção à dignidade da pessoa transgênera é o respeito à igualdade, a observância do seu direito ao nome e ao gênero, bem com a sua proteção jurídica. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apontou que

a noção de igualdade deriva diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente a qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou, inversamente, por considerá-lo inferior, tratá-lo com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine do gozo de direitos que são reconhecidos para aqueles que não se consideram incluídos em tal situação. Os Estados devem abster-se de realizar ações que, de qualquer maneira, sejam direcionadas, direta ou indiretamente,

<sup>242</sup> ALMEIDA, Aline Vieira. **Equiparação da homofobia ao crime de racismo diante da tendência ao ativismo judicial**. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11807/Equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo-diante-da-tendencia-ao-ativismo-judicial>> Acesso em: 08 fev.2022.

<sup>243</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Página Institucional. Notícias. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/721650294/stf-enquadra-homofobia-e-transfobia-como-crimes-de-racismo-ao-reconhecer-omissao-legislativa>> Acesso em: 08 fev. 2022.

à criação de situações de discriminação *de jure* ou *de facto*. A jurisprudência da Corte também indicou que, na atual fase da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação entrou no domínio da *ius cogens*. Sobre ele repousa a base jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico<sup>244</sup>.

A Corte ainda determinou que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação<sup>245</sup>, à igual proteção da lei (artigo nº 24<sup>246</sup>). Por conseguinte, todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os seus direitos, livres de qualquer discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. A proteção perante a lei deve ser igual e eficaz em relação a todas as pessoas. A discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo de prejudicar ou anular a igualdade perante a lei ou o reconhecimento de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais<sup>247</sup>.

Consequência disso é que os Estados devem implementar programas e ações apropriadas com a perspectiva de eliminar comportamentos preconceituosos ou discriminatórios, relacionados à ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero.

No Brasil, a Constituição Federal também trata diretamente sobre o tema da igualdade, afirmando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

<sup>244</sup> BRASIL, **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso em 26 mai. 2022.

<sup>245</sup> “O art. 1.1 afirma que discriminação “é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer âmbito da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação pode basear-se em motivos de nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem social, status socioeconômico, nível de escolaridade, condição migratória de refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado internamente, deficiência, características genéticas, condição da saúde mental ou física, seja infectocontagiosa, incapacitação psíquica ou qualquer outra”. In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Parecer Consultivo OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)> Acesso em 16 mai. 2022.

<sup>246</sup> BRASIL, **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso em 26 mai. 2022.

<sup>247</sup> PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf)> Acesso em 16 mai.2022.

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal. Tal brocardo jurídico é de extrema importância pois define os direitos fundamentais das pessoas, dentre eles, o princípio da igualdade.

O princípio da igualdade, muitas vezes mencionado como princípio da isonomia, significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades para que haja a maior igualdade perante a lei.

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>248</sup>, este princípio é enunciado com referência à lei, mas alguns juristas construíram uma diferença entre igualdade na lei e igualdade diante da lei. A primeira tendo por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento. A segunda, dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais. Essa diferença, tem-na por desnecessária, no entendimento do autor, porque tanto a doutrina como a jurisprudência já firmaram há muito a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei<sup>249</sup>.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva<sup>250</sup> introduz o tema dizendo que o direito à igualdade constitui signo fundamental da democracia, não admite privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade, por exemplo. Isto porque um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa. O autor

<sup>248</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179-180.

<sup>249</sup> “No Direito estrangeiro, faz-se distinção entre o princípio da igualdade perante a lei e o da igualdade na lei. Aquele corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. Enfim, segundo essa doutrina, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais, aos casos concretos, ao passo que a igualdade na lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos. Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. O princípio significa, para o legislador - conforme observa Seabra Fagundes - ‘que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições - os mesmos ônus e as mesmas vantagens - situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhôá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades’”. In: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 215.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p.211.

ainda relata que as constituições só têm reconhecido a igualdade em seu sentido jurídico-formal, qual seja, o da igualdade perante a lei.

A Constituição Federal reforça o princípio da igualdade com muitas outras normas, buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Tanto é que no próprio artigo 5º da Carta Magna há a previsão de que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Além de outras previsões no decorrer da Constituição, é importante mencionar que o objetivo destas previsões é justamente reduzir as desigualdades sociais e regionais, objetivo este constante no artigo 3º da Lei Maior.

Há inúmeras posições doutrinárias a respeito do conceito de igualdade. Para José Afonso da Silva<sup>251</sup>, a igualdade se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie. Mas isso não exclui a possibilidade de existência de desigualdade entre eles. Ocorre que essas desigualdades são relacionadas a fenômenos naturais, morais, políticos e sociais, por exemplo. O que se busca, segundo o autor, é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. Ainda, as desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único. O autor ainda ressalta que Aristóteles vinculou a ideia de igualdade à ideia de justiça, mas, segundo ele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o que é seu.

Importante mencionar que a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>252</sup> defende a igualdade constitucional mais como uma expressão de Direito, um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.

O princípio da igualdade, que subjaz a regra da maioria, exige que as minorias e os vencidos sejam respeitados em sua humanidade, no conjunto de direitos fundamentais inerentes à sua condição humana e que lhe possibilita, afinal, serem considerados iguais aos demais. Se assim não fosse, a igualdade tão propalada seria meramente circunstancial: dependeria de se fazer ou não parte da maioria, e não essencial, como decorrência da natureza humana<sup>253</sup>.

<sup>251</sup> *Ibidem*.

<sup>252</sup> *Ibidem*.

<sup>253</sup> “É fácil perceber que essa preocupação com o limite da atuação das majorias está presente na própria lógica da formulação das constituições escritas em geral, e, especialmente, nas rígidas. Além dos direitos fundamentais, também devem estar fora da deliberação do legislador a própria regra de deliberação majoritária, sob pena de o sistema destruir-se a si próprio”. *In*: BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 686.

Verifica-se que o princípio da igualdade é um princípio muito complexo de definir, pois precisa ser interpretado conforme a realidade social e o contexto cultural de um país. No Brasil, a preocupação com a igualdade é analisada em seus aspectos formais e materiais. No aspecto formal, conforme já estudado, a igualdade está relacionada à igualdade perante a lei, visando um tratamento uniforme independente de raça, cor, sexo, credo ou etnia. Já no sentido material, a igualdade tem o objetivo de igualar os indivíduos que são essencialmente desiguais.

Quando se trata de estabelecer igualdade para os transgêneros, é preciso analisar a Constituição Federal no tocante à dignidade da pessoa humana. Ora, se a igualdade decorre da própria natureza humana, não há dúvidas de que o direito à igualdade sem discriminações também abrange a identidade ou expressão de gênero. A distinção feita em relação aos transgêneros, baseada em sua orientação sexual, torna-se incompatível com a igualdade prevista na Lei Maior.

Nesse sentido, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF<sup>254</sup>, o Ministro Ayres Britto sintetiza o Princípio da Igualdade dizendo que o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele. Além disso, há proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um instituto jurídico. Ou seja, um tipo de liberdade que é um autêntico bem da personalidade. Mais ainda, liberdade esta que se concretiza sob a forma de direito à intimidade e à privacidade, direitos fundamentais do indivíduo e direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para o Ministro, o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário,

não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º)<sup>255</sup> é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”<sup>256</sup>

<sup>254</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em 05 jul.2022.

<sup>255</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

E complementa, a respeito do inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, dizendo que na vedação ao preconceito, o inciso nivela

o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuidase, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humana<sup>257</sup>.

Dito isso, conclui-se que todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito e o Estado precisa assegurar as liberdades individuais indispensáveis para esse fim.

A título de conhecimento relativo aos transgêneros, até pouco tempo atrás, para que houvesse a observância do direito à identidade autopercebida (alteração de nome e gênero nos Registros Cíveis) era necessário realizar uma cirurgia de transgenitalização<sup>258</sup>. Ocorre que essa violação compulsória do corpo, ou seja, a mutilação exigida pelo Estado como condição de

<sup>256</sup> “‘Bem de todos’, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isso se parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da coletânea “O PRINCÍPIO ESQUECIDO”, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008)”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em 05 jul.2022.

<sup>257</sup> *Ibidem*.

<sup>258</sup> “Além de ser mutiladora e esterilizante, a cirurgia custa valores acima das possibilidades econômicas de grande parte da população que por ela poderia ser beneficiada, caso tivesse condições de suportar as despesas na rede particular. Muito embora o SUS realize as cirurgias de transgenitalização, a realidade da saúde pública brasileira torna a medida acessível para poucos”. In: FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil – IBDCivil**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 39-65, jul./set. 2014.

observância do direito à dignidade da pessoa, afronta diretamente a liberdade individual e a autonomia privada, sem falar na ofensa ao princípio da igualdade e a sua irreversibilidade. Todos são iguais perante a lei e devem ser tratados de igual forma. Por consequência, homens e mulheres:

a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade. O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, ônus e interesses também juridicamente positivados<sup>259</sup>.

Se há um tratamento diferenciado com base na orientação sexual da pessoa isso significa reconhecer que os transgêneros não são iguais aos demais, o que afronta a isonomia na lei e a efetivação dos direitos humanos. Patologizar a transexualidade é reforçar o preconceito social e contribuir para promover o retrocesso nos valores de toda a sociedade. O respeito à autonomia decisória do próprio corpo contribui para que a pessoa possa se identificar consoante suas características pessoais, sem que se sinta estigmatizada como portadora de uma doença<sup>260</sup>.

Não permitir a alteração de nome e gênero independente de cirurgia de redesignação sexual é negar à pessoa a possibilidade de pleno desenvolvimento, de busca da felicidade, de convívio social harmonioso, mantendo-a em situação de infelicidade, de segregação, em nome de uma formalidade não mais aceita pelo Direito atual<sup>261</sup>.

Para fins de conhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro existe um Decreto específico sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero das pessoas travestis e transexuais (Decreto nº 8.727/2016). Este regulamento teve como objetivo respeitar a dignidade da pessoa humana transgênera, reconhecendo a necessidade de adequação do nome e gênero em âmbito da administração pública federal.

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em 05 jul.2022.

<sup>260</sup> FREITAS, Riva Sobrado de. Autonomia Decisória e direito ao próprio corpo: os reflexos da nova concepção de Autonomia Privada em questões de gênero, identidade genética e eutanásia. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 241-264, jul.-dez. 2018.

<sup>261</sup> BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 419-424.

A forma como a pessoa se identifica está diretamente relacionada à sua liberdade individual e ao seu direito de autodeterminar-se escolhendo suas próprias convicções. Por isso, o Estado deve assegurar a todos o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, bem como à liberdade e à vida privada. Qualquer diferenciação baseada no preconceito e na discriminação cultural é incompatível com os princípios estabelecidos na Constituição Federal. Afinal, todas as pessoas têm o direito de saber quem são e serem iguais ao que a sociedade vê.

O direito à identidade pessoal é fundamental para que o indivíduo possa desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na sociedade a qual pertence. A dignidade<sup>262</sup> não pode ser diferente para as “minorias”. Há necessidade da observância da igualdade de tratamento e a orientação sexual não pode ser utilizada como fator de discriminação<sup>263</sup>. Logo, o direito ao nome e ao gênero<sup>264</sup>, direitos fundamentais para a identificação de uma pessoa, devem ser respeitados tanto pela sociedade como pelo Estado, independente dos destinatários da norma. Portanto, a identidade pessoal deve ser tutelada com a possibilidade de empoderamento do próprio corpo – tanto em seu aspecto físico como mental – considerando a sua singularidade, e o direito à informação, para que o indivíduo possa fazer escolhas que atendam às suas necessidades na construção de sua identidade pessoal, sem intervenções do Estado e da sociedade, com autodeterminação plena, respeitando, assim, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana<sup>265</sup>.

Neste contexto, não há dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, tanto pelo Estado (de abster-se de ingerências na esfera

<sup>262</sup> “Art. 11.2 da Convenção Americana: “Proteção da Honra e da Dignidade”. [...] 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. BRASIL, **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso em 26 mai. 2022.

<sup>263</sup> “A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha os objetivos ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais”. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf)> Acesso em 16 mai.2022.

<sup>264</sup> “A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade”. *Ibidem*.

<sup>265</sup> FREITAS, Riva Sobrado de. Autonomia Decisória e direito ao próprio corpo: os reflexos da nova concepção de Autonomia Privada em questões de gênero, identidade genética e eutanásia. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, jul.-dez. 2018, p. 260.



individual que sejam contrárias à dignidade pessoal) como no dever de proteger a dignidade pessoal de todos os indivíduos contra agressões oriundas de terceiros, independentemente de sua procedência. Desta dupla função, segue também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou fazer cessar quando isto não ocorrer, assegurando, inclusive, a reparação do dano<sup>266</sup>.

Por fim, diante de todos os exemplos colacionados (que de longe não esgotam o rol de direitos fundamentais embasados na dignidade da pessoa humana) verifica-se que da dignidade da pessoa humana decorrem obrigações de respeito e consideração, bem como o dever de promoção e proteção a ser implementado por medidas positivas não estritamente vinculadas ao mínimo existencial. Ao lado deste, carece a adoção de tratamento igualitário e que impeça qualquer tipo de discriminação, seja de ordem ética, cultural, sexual, religiosa ou política. A igualdade é pressuposto para atendimento de exigências mínimas do primado da dignidade da pessoa humana, que ganhou um lugar de destaque no ordenamento constitucional, fazendo com que a pessoa seja o centro das atenções. Tal premissa influenciou a interpretação de normas de direito privado, especialmente as de direito civil. A constitucionalização do direito privado teve como consequência a indispensável preservação da dignidade da pessoa humana nas relações interpessoais, e, ainda, a garantia de direitos fundamentais como a personalidade jurídica, englobando o direito ao nome e ao gênero.

Além da individualização do ser humano, o nome deve fazer com que a pessoa se sinta confortável em relação a ele, consequência disso é que o direito fundamental ao nome deve levar em conta não apenas a existência do nome em si mas a sua função social na criação da identidade do ser humano. Logo, a mudança de nome no caso dos transexuais é vital para a configuração de uma identidade que realmente os represente e não que possa trazer mais sofrimento a essas pessoas<sup>267</sup>. Isso porque uma pessoa que tenha aspecto representativo social do gênero feminino e que contenha documento de identificação com prenome masculino sofre enorme constrangimento em suas relações sociais, justamente pelo nome não corresponder à sua identidade<sup>268</sup>.

<sup>266</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9 ed., 2007, p. 57.

<sup>267</sup> FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.1, p. 36-60, jul.-set., 2014. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/130>> Acesso em: 15 mai.2022.

<sup>268</sup> SANCHES, Patrícia Corrêa. **Mudança de nome e da identidade de gênero**. In: DIAS, M. B. (Coord.). **Diversidade sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 426-427.

Ora, não há maior constrangimento e exposição ao ridículo do que compelir um indivíduo que tenha o sexo psicológico feminino, por exemplo, a se apresentar com nome masculino. São evidentes os constrangimentos de quem se identifica como pessoa de sexo diferente daquele que consta em seus documentos. O fato de não ter a sua identidade sexual reconhecida acaba acarretando um sofrimento imensurável ao transgênero, além de lhe impedir de viver dignamente. E não somente o transgênero, é necessário refletir acerca da situação de seus descendentes, cuja documentação (constando a filiação) não espelha a realidade. Veja o seguinte exemplo: um indivíduo que possui aparência feminina e documento de identificação masculino, ao viajar com seu filho, menor de idade, sofrerá constrangimento na hora da identificação de autorização para viajar, tendo em vista que certamente será barrado pela autoridade fiscalizadora. Da mesma forma que sofrerá constrangimento em qualquer situação que tenha que apresentar documentos de identificação. É preciso que o Estado resolva situações como esta, não podendo compactuar com atitudes discriminatórias nem condicionar o transgênero a procedimentos invasivos e dolorosos a fim de ter seu direito à identidade autopercebida respeitado.

É preciso reconhecer que o direito à identidade estabelece um elo entre o indivíduo e a sociedade e tem a missão de individualizar a pessoa perante a coletividade, em todos os seus aspectos pessoais identificadores, incluindo a designação do estado sexual. Ou seja, o indivíduo tem o direito fundamental de ter a sua correta designação sexual em seus assentos registrais e, em caso de divergência, o direito de vê-la retificada<sup>269</sup>. Nesse aspecto, o Registro civil tem a missão de evitar o agravamento da opressão social de sujeitos transexuais, não podendo perpetuar elementos identificadores da pessoa incompatíveis com sua condição física e psicológica. Tudo isso por que não há dúvidas de que a identidade sexual está abrangida pelo direito à identidade, fazendo parte, portanto, dos direitos da personalidade.

Em relação ao direito ao corpo, a título de informação à respeito da transexualidade, o artigo nº 13 do Código Civil já foi utilizado inúmeras vezes para barrar a disposição dos transgêneros ao seu próprio corpo e a formação de sua identidade e dignidade, pois vedava a realização de cirurgia para redesignação sexual. Com o passar do tempo, na medida em que a Resolução CFM nº 1.955/2010 considerava a transexualidade como doença psíquica, em conjunto com a análise do artigo nº 13 do Código Civil, era possível admitir, no Brasil, a cirurgia de redesignação sexual<sup>270</sup>. Ocorre que a imposição de cirurgia como condição prévia

<sup>269</sup> BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 369-372.

<sup>270</sup> “Examinando a Resolução CFM 1.955/2010 em conjunto com o artigo 13 do Código Civil, o leitor poderá facilmente perceber que a cirurgia de mudança de sexo é lícita no Brasil, desde que um médico ateste o

para que o transgênero conseguisse ter seu direito à identidade de gênero reconhecido configurava uma agressão ao direito à dignidade. Diante disso, em 2020, o Conselho Federal de Medicina (CFM) revogou a resolução que considerava o transexualismo como patologia (Resolução nº 1.955/2010) e publicou a Resolução nº 2.265/2019 reconhecendo, em seu artigo 1º, como transgênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais<sup>271</sup>, travestis<sup>272</sup> e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero.

No tocante à jurisprudência brasileira, o primeiro marco importante sobre o tema dos transgêneros ocorreu em 2017, com a decisão do Superior Tribunal de Justiça que admitiu a alteração do sexo no Registro Civil sem a necessidade de realização de prévia cirurgia, conforme decisão prolatada pela Quarta Turma, no Recurso Especial 1.626.739/RS<sup>273</sup>. Na ocasião, o Ministro Luis Felipe Salomão argumentou pela existência de um direito ao gênero com base no **sexo psicológico** da pessoa humana. Ainda sustentou que o direito à felicidade deve conduzir a uma mudança de paradigma da Corte, uma vez que a mudança de nome e gênero permitirá a congruência dos dados assentados e a identidade de gênero, evitando, assim, constrangimentos na vida civil, bem como violação ao direito da personalidade. O Ministro concluiu seu julgamento dizendo que a jurisprudência da Corte deveria avançar para autorizar a retificação do sexo do indivíduo transexual no registro civil, independente de cirurgia<sup>274</sup>.

Em 2018 surgiram decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, confirmando a desnecessidade de cirurgia de redesignação sexual como condição de alteração de nome e

estado patológico do seu paciente. Com isso, atende-se ao requisito da exigência médica, pois, nas palavras do Conselho Federal de Medicina, a cirurgia de mudança de sexo consiste em tratamento idôneo aos casos de transexualismo. O resultado pode parecer progressista, já que se permite, ao menos nessas circunstâncias, a realização da cirurgia. A abordagem, contudo, é a mais retrógrada possível. A opção sexual (sic) vem tratada como doença. E o promissor debate jurídico e ético em torno da autonomia corporal fica reduzido a uma discussão supostamente técnica, em que o elemento determinante passa a ser um atestado médico”. *In*: SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 44.

<sup>271</sup> “Art. 1º, §§ 2º e 3º: Consideram-se homens transexuais aqueles nascidos com o sexo feminino que se identificam como homem” e “Consideram-se mulheres transexuais aquelas nascidas com o sexo masculino que se identificam como mulher”. *In*: BRASIL, Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. **Diário Oficial da União**, 6 ed., seção 1, p.96, 09 jan. 2020. Disponível em: <[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/FM\\_Resolucao\\_2265\\_20\\_09\\_2019.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/FM_Resolucao_2265_20_09_2019.pdf)> Acesso em 16 mai.2022.

<sup>272</sup> “Art. 1º, §4º: Considera-se travesti a pessoa que nasceu com um sexo, identifica-se e apresenta-se fenotipicamente no outro gênero, mas aceita sua genitália”. *Ibidem*.

<sup>273</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: RESP 1626739/RS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9/inteiro-teor-484087902>> Acesso em 16 mai.2022.

<sup>274</sup> *Ibidem*.

sexo nos Registros civis. A mais importante delas, com repercussão geral, foi a ADI nº 4.275/DF, já mencionada, que resultou no Informativo nº 892 da Corte, o qual determina que

o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero. 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. 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. Com base nessas assertivas, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/1973. Reconheceu aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil. O Colegiado assentou seu entendimento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, bem como no Pacto de São José da Costa Rica. Considerou desnecessário qualquer requisito atinente à maioridade, ou outros que limitem a adequada e integral proteção da identidade de gênero autopercebida. Além disso, independentemente da natureza dos procedimentos para a mudança de nome, asseverou que a exigência da via jurisdicional constitui limitante incompatível com essa proteção. Ressaltou que os pedidos podem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado pelo solicitante, sem a obrigatoriedade de comprovar requisitos tais como certificações médicas ou psicológicas, ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes. Pontuou que os pedidos devem ser confidenciais, e os documentos não podem fazer remissão a eventuais alterações. Os procedimentos devem ser céleres e, na medida do possível, gratuitos. Por fim, concluiu pela inexigibilidade da realização de qualquer tipo de operação ou intervenção cirúrgica ou hormonal <sup>275</sup>.

Friza-se que o referido julgamento não foi unânime, alguns Ministros pretendiam apontar critérios que deveriam ser observados para que houvesse a alteração de nome e sexo. Sucessivamente, em 2018, o STF julgou o Recurso Extraordinário RE 670.422, fixando as seguintes teses a respeito da pessoa trans:

1. O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.
2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”.
3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.
4. Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos<sup>276</sup>.

<sup>275</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 15 mai.2022.

<sup>276</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 670422/RS**. Relator: Min. Dias Toffoli, Informativo 911. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/10/info-911-stf.pdf>> Acesso em: 16 mai.2022.

Além dessas decisões, outro marco interessante foi o novo relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS), emitido em 2018, retirando a transexualidade como doença mental e tratando-a como uma incongruência de gênero. Em que pese a OMS não ter feito a despatologização absoluta da transexualidade, o fato é que no Brasil houve tal despatologização com a revogação da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1955/2010, como antes pontuado.

Por fim, e não menos importante, outro marco na realidade nacional foi a edição do Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de orientar os cartórios de registros civis nas alterações de nome e gênero da pessoa trans. Tal provimento buscou o respeito à liberdade individual e a consagração da dignidade da pessoa humana, colaborando com o avanço do processo de aceitação pela sociedade das diferenças entre os indivíduos, com especial destaque para a situação em que há uma dissociação entre a genitália e a forma como a pessoa se vê no âmbito da sua sexualidade<sup>277</sup>. Ainda, permitiu a abertura de um novo caminho de visibilidade e de busca pela felicidade, autodeterminação e autoaceitação por parte desta minoria social. Ocorre que este provimento gerou muitas críticas na doutrina brasileira, tanto por suas omissões como pela legitimidade em “suprir” uma lei regulamentando a respeito dos transgêneros.

Dito isso, apesar da possibilidade de alteração do prenome e da classificação de gênero pela via extrajudicial, os transgêneros ainda possuem muitos de seus direitos fundamentais cotidianamente desrespeitados. A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. Afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto<sup>278</sup>, mas como seria possível garantir tais direitos?!

### 3.2 Uma lei para os transgêneros?

<sup>277</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A alteração extrajudicial de prenome e gênero de pessoa transgênero à luz da dignidade humana. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, 2020, vol. 25, p. 1-13.

<sup>278</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1.008.398/SP**. Relatora: Min. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221008398%22%29+ou+%28RESP+adj+%221008398%22%29.suce.>>> Acesso em 22 nov.2022.

A visibilidade da população transgênera no Brasil tem crescido anualmente. Lideranças de movimentos pelos direitos dessas pessoas lançam campanhas de conscientização e respeito com o objetivo de incentivar a inclusão social dessas minorias. Apesar de muitos avanços na jurisprudência brasileira, garantindo direitos a essa população (como a alteração de nome e gênero nos registros civis), ainda há muitos desafios para acessá-los. Além disso, a violência contra essas pessoas, bem como a exclusão social, é um dos maiores obstáculos a serem enfrentados.

Independentemente da localização ou classe social, as pessoas trans podem sofrer violência simplesmente por serem trans, inclusive dentro de casa. Além disso, conseguir um emprego torna-se ainda mais difícil para esta população, por isso muitos acabam na informalidade ou na prostituição. Outras situações como usar o banheiro ou preencher um formulário tornam-se constrangedoras para essas pessoas no momento em que precisam escolher entre o sexo biológico (constante em seus documentos) e o sexo autopercebido.

Reconhecer o direito ao nome e ao gênero como direitos fundamentais e permitir sua adequação nos registros civis, conforme sua identidade autopercebida, é dar um “sopro” de esperança na vida dessas pessoas. A sociedade precisa entender que os transgêneros são seres humanos iguais e precisam de direitos iguais, sem discriminação.

Conforme já estudado, a jurisprudência brasileira tem admitido a possibilidade de alteração de nome e sexo nos registros civis a fim de adequar a identidade social da pessoa transgênera à sua identidade nos assentos públicos. Tal medida é de extrema importância para garantir a dignidade e o direito à identidade autopercebida da pessoa trans. Ocorre que tais direitos estão sendo regulados por meio de provimentos e decisões judiciais, o que não confere uma padronização em âmbito nacional.

No intuito de garantir o direito ao nome e ao gênero à população trans, bem como a uniformização dos procedimentos de alteração nos registros civis, os Deputados Jean Wyllys e Érika Kokay apresentaram o Projeto de lei nº 5.002/2013<sup>279</sup> que dispõe sobre a identidade de gênero. Este projeto define que toda pessoa é titular dos seguintes direitos:

- 1) reconhecimento de sua identidade de gênero;
- 2) livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero;

<sup>279</sup> BRASIL. Câmara Legislativa. Página Institucional. **Projeto de Lei s/n, de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1059446](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446)> Acesso em 01 jun. 2022.

3) tratamento de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito do/s prenome/s, da imagem e do sexo com que é registrada neles.

Além disso, prevê a conceituação de identidade de gênero como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo. E, ainda, que o exercício deste direito pode ou não envolver modificação da aparência, vestimenta, modo de fala e maneirismos.

Outra questão importante neste projeto de lei é a possibilidade de qualquer pessoa solicitar a retificação registral de seu nome e sexo sempre que isso não coincida com a identidade de gênero autopercebida. Para isso, traz requisitos como a maioridade, requerimento e escolha do novo prenome perante os registros civis. Também proíbe a obrigatoriedade de intervenções cirúrgicas, terapias hormonais ou qualquer outro tipo de tratamento médico, psicológico ou autorização judicial como requisitos para viabilizar a alteração de nome.

No tocante à idade, quanto aos menores de 18 anos, prevê que a alteração deverá ser efetuada por seus representantes legais e com expressa conformidade de vontade da criança ou adolescente, levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O projeto também determina a gratuidade no procedimento de alteração de nome e gênero, bem como o sigilo. Além disso, prescreve as retificações automáticas em decorrência de tais alterações, como a mudança em documentos de identificação e registros de nascimento de seus descendentes e no registro de casamento, independente de anuência ou autorização judicial. Tudo isso para garantir o direito à identidade de gênero das pessoas e permitir o acesso a este direito.

O Estado precisa garantir que as pessoas possam ser quem elas são, sem estabelecer critérios arbitrários de identificação. Reconhecer que o transgênero pode ter sua identidade autopercebida respeitada é permitir a visibilidade de quem é invisível há muito tempo. Para que isso seja possível, é fundamental a existência de uma lei nacional que dê solução definitiva para este problema.

Além de definir os direitos e a forma de acessá-los, é necessário que a lei dos transgêneros determine a responsabilização dos agentes públicos em caso de descumprimento ou demora na concretização destes direitos. Definir prazos e sanções para que o processo não se torne moroso é fundamental para garantir que o direito a identidade autopercebida seja respeitado.

Insta registrar que o princípio da dignidade da pessoa humana também está conectado com direitos e garantias de cunho processual, como a razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal) – direito incorporado ao rol dos direitos e garantias fundamentais, com a Emenda nº 45/2004, assegurado a todos, em âmbito judicial ou administrativo, cujo objetivo é assegurar que o resultado de um processo seja útil e adequado, com uma decisão prolatada dentro de um prazo razoável e compatível com a natureza do objeto em litígio<sup>280</sup>.

A razoável duração do processo também está vinculada à eficiência e rapidez de um processo, ainda que desfavorável à pretensão do autor. Esta eficiência também se aplica em âmbito extrajudicial, nos serviços registrares e notariais, nos termos do artigo nº 37 da Constituição Federal, que determina que a execução dos serviços públicos seja feita com qualidade e sem desperdícios, respeitando os princípios administrativos. Logo, definir prazos para que o trâmite de alteração de nome e gênero dos transgêneros seja cumprido é fundamental para que este princípio seja observado.

Para fins de conhecimento, até o momento o projeto de lei mencionado não foi aprovado no Congresso Nacional. E não apenas ele, mas cerca de 40 (quarenta) projetos de leis e decretos que citam diretamente a população trans estão aguardando para ir à votação. Em entrevista ao Queer<sup>281</sup>, o deputado federal David Miranda (PSOL) opinou que uma das maiores dificuldades para aprovação de tais projetos é a falta de mais parlamentares LGBTQIA+ que pudessem formar uma bancada ou grupo coeso em favor da causa. Relatou, ainda, que quando esses projetos entram em pauta do dia eles sempre sofrem pressão de fundamentalistas religiosos e acabam deixando de ser votados. Isso não pode acontecer. O Congresso Nacional representa o povo e tem o dever de ouvir os seus anseios, sem preferências a uma determinada classe ou condição. O Estado tem a obrigação de assegurar a

<sup>280</sup> DEMETRIO, Eliane. MACHADO, Denise M. W. de Paula. O artigo 285-A do Código de Processo Civil e o princípio da razoável duração do processo. **Revista Do Direito Público**. Londrina/PR, v. 3 (2), p. 173, 2008.

<sup>281</sup> QUEER. Página Institucional. Notícias. **Congresso Nacional tem 40 projetos que citam diretamente a população trans**. Disponível em: <<https://queer.ig.com.br/2021-01-29/40-projetos-de-lei-no-congresso-nacional-citam-diretamente-a-populacao-de-pessoas-trans.html>> Acesso em 03 jun. 2022.



todas as pessoas proteção eficaz contra a discriminação e, principalmente, garantir a dignidade a todos, independentemente de sua orientação sexual.

Ressalta-se que a ausência de uma legislação protetiva aos direitos da população trans no Brasil também é um dos fatores que ocasionam tamanha violência contra esta comunidade. Há, ainda, um projeto de iniciativa popular denominado Estatuto da Diversidade Sexual, que congrega uma série de direitos a toda a população LGBT, mas que tem encontrado óbices para se concretizar, em razão de resistência das bancadas mais conservadoras do Congresso Nacional<sup>282</sup>

Tendo em vista a demora/falta de resposta à população trans, pelo Congresso Nacional, a jurisprudência brasileira tem assumido um papel de legislador positivo ao definir direitos e regulamentar situações envolvendo os transgêneros. Exemplos disso são as decisões constantes na citada Ação declaratória de inconstitucionalidade nº 4.275 (reconhecendo o direito à identidade autopercebida e regulamentando a alteração de nome e gênero nos registros civis); a polêmica envolvendo o acesso aos banheiros de acordo com a identidade de gênero<sup>283</sup>; o Projeto de lei nº 8.032/2014 que amplia a proteção de que trata a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – às pessoas transexuais e transgêneros; e a edição do Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça.

É notório que o Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça promoveu um grande avanço na efetivação do direito à identidade autopercebida dos transgêneros, conferindo a autodeterminação de nome e gênero nos assentos civis e garantindo um direito da personalidade para esses indivíduos, sem a necessidade de autorização judicial ou procedimentos cirúrgicos. No entanto, este não é o caminho correto. A regulamentação dos direitos dos transgêneros deve ser efetivada por meio de lei, tendo os provimentos o papel de complementar a lei no que for cabível.

Importante destacar a necessidade de não confundir regulamentação com regulação. A regulação abrange a edição de normas, a fiscalização e seu cumprimento, a atribuição de

<sup>282</sup> BRASIL. Senado Federal. Página Institucional. Matérias. **Estatuto da Diversidade Sexual introduz garantias no direito de família.** Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/29/estatuto-da-diversidade-sexual-introduz-gantias-no-direito-de-familia?utm\\_medium=share-button&utm\\_source=whatsapp](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/29/estatuto-da-diversidade-sexual-introduz-gantias-no-direito-de-familia?utm_medium=share-button&utm_source=whatsapp)> Acesso em: 30 jun.2022.

<sup>283</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 845.779 SC.** Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15317399481&ext=.pdf>> Acesso em 30 jun.2022.

habilitações, imposição de sanções e a mediação de conflitos<sup>284</sup>. No ordenamento jurídico brasileiro, os entes responsáveis pela regulação são as agências reguladoras, criadas como autarquias, com algumas características especiais que lhes são conferidas pelas leis instituidoras, como poder de polícia e regulação de atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público ou concessão para exploração de bem público. Já a regulamentação é atividade exclusiva do Chefe do Poder Executivo, indelegável, cuja finalidade é assegurar o fiel cumprimento e execução de uma lei<sup>285</sup>.

Pois bem, vislumbra-se que os transgêneros são uma das minorias mais marginalizadas e estigmatizadas na sociedade. O preconceito, a intolerância e a incompreensão acompanham essas pessoas durante toda a vida e em todos os meios de convívio social. Da infância à vida adulta, tais pessoas são hostilizadas nas suas famílias e na comunidade. A rejeição no mercado de trabalho e a humilhação que vai desde o uso de um banheiro público a qualquer apresentação de seus documentos de identificação, são situações corriqueiras na vida dessas pessoas. Enquanto não houver uma lei específica protegendo esta minoria, a população trans ficará à mercê de decisões judiciais e de normas administrativas facilmente modificáveis e não padronizadas.

É preciso que haja uma lei de uniformização em âmbito nacional disciplinando os direitos dos transgêneros e prevendo a responsabilização tanto dos agentes públicos pela demora ou descumprimento no procedimento de alteração de nome e gênero nos registros civis, como de qualquer situação vexatória ou preconceituosa que esta população venha a sofrer - e isto envolve desde o respeito ao uso de banheiros públicos conforme o gênero, a aplicação da Lei Maria da Penha e a previsão do crime de transfobia. Claro que a existência de uma legislação a respeito dos transgêneros, por si só, não eliminará os problemas por eles enfrentados, mas certamente reduzirá situações de humilhação, constrangimento e discriminação, cumprindo, assim, o dever republicano de garantir o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e a proteção que essas minorias, há tanto tempo, questionam.

Diante do exposto, verifica-se que o Estado precisa resolver a situação “clandestina” que a comunidade trans se encontra. Ou seja, permitir que haja visibilidade desta minoria e

<sup>284</sup> MEDAUAR, Odete. Regulação e autorregulação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 228, 2002.

<sup>285</sup> “Registre-se o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho no sentido de que as expressões “regulamentar” e “regular” não são sinônimas. Regulamentar significa complementar, especificar, e pressupõe sempre que haja norma de hierarquia suscetível de complementação; já a expressão “regular” indica disciplinar, normatizar, e não exige que seu objetivo seja de complementar outra norma. Consequentemente, pode haver função regulatória sem que seja regulamentadora”. *In*: MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 176-180.

garantir a efetividade de seus direitos. Para isso, é fundamental permitir que essas pessoas se identifiquem como realmente são e que a identidade oficialmente registrada não seja diferente daquela que a própria sociedade reconhece e os interessados reclamam para si. A edição de uma lei de uniformização em âmbito nacional sobre os transgêneros (regulamentando seus direitos, bem como criando condutas obrigatórias e proibitivas aos registradores públicos, sob pena de sanção em caso de descumprimento) garantirá a dignidade e a visibilidade que essas pessoas tanto lutam, independente de qual região elas se encontrem. Além disso, cumprirá a garantia constitucional do princípio da legalidade, corolário da própria noção de Estado Democrático de Direito, bem como o disposto no parágrafo primeiro do artigo nº 236 da Carta Magna que determina que a lei regulará as atividades notariais e registrais, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário, substituindo, assim, as determinações que, hoje, o Conselho Nacional de Justiça está exercendo, sem competência para tanto, conforme será demonstrado adiante.

### **3.3 O Provimento 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça**

Como visto no capítulo anterior, o poder normativo do CNJ é um tema bastante discutido na jurisprudência brasileira, tendo em vista que esse Conselho tem preenchido diversas lacunas deixadas pela Constituição Federal, integrando ao seu poder regulamentar a competência de editar normas aos princípios do artigo nº 37 da Magna Carta.

Ocorre que o CNJ tem produzido normas criando novos direitos e obrigações, competência conferida às leis e não aos regulamentos. E, ainda, sem qualquer fundamentação legal ou constitucional, agindo, muitas vezes, com discricionariedade. Um exemplo disso é o Provimento nº 73/2018 que regulamenta a alteração de nome e gênero dos transgêneros nos Registros Cíveis, editado com base na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 do Supremo Tribunal Federal e não em lei.

Em que pese o referido provimento ter trazido um grande avanço e reconhecimento no que diz respeito ao nome e gênero das pessoas trans, promovendo uma padronização em relação aos procedimentos registrais, tal provimento cria direitos e obrigações, substituindo o papel da lei, o que afronta o Princípio da legalidade e da reserva legal, bem como o parágrafo 1º do artigo 236 da Constituição Federal<sup>286</sup>.

<sup>286</sup> “Artigo 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º **Lei regulará as atividades**, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos

Além disso, o Provimento trouxe alguns requisitos (com fundamento na segurança jurídica) para a alteração de nome e gênero que a decisão do STF não abordou, causando, assim, um entrave no procedimento realizado pelos Registros Civis. Exemplo disso é o extenso rol de documentos e certidões que devem ser apresentados junto ao requerimento administrativo, com o objetivo de permitir a averiguação, pelo oficial de registros, de débitos e demais obrigações pendentes ou em curso pelo requerente. Tal exigência é justificada pelo CNJ tendo em vista a necessidade de comunicação aos órgãos públicos da alteração de nome e/ou sexo, garantindo a continuidade nas relações jurídicas do requerente. O Provimento ainda determina que a falta de qualquer documento listado em seu artigo 4º, parágrafo 6º<sup>287</sup>, enseja a qualificação<sup>288</sup> negativa da pretensão de alteração de nome e/ou sexo.

Outro exemplo é a necessidade de anuência dos descendentes para a averbação da alteração de nome e/ou gênero em seus assentos de nascimento, quando capazes ou relativamente incapazes. E, ainda, a necessidade de anuência do outro cônjuge na alteração de nome em seu assento de casamento. Neste último caso, entende-se que inexistente direito subjetivo do cônjuge que justifique a imprescindibilidade da sua manifestação de vontade na alteração pretendida, e mesmo que houvesse, a ponderação de valores em contraste garante

oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário (grifo nosso)”. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

<sup>287</sup> “Art. 4º O procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar, perante o registrador do RCPN, a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos. [...] § 6º A pessoa requerente deverá apresentar ao ofício do RCPN, no ato do requerimento, os seguintes documentos: I – certidão de nascimento atualizada; II – certidão de casamento atualizada, se for o caso; III – cópia do registro geral de identidade (RG); IV – cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso; V – cópia do passaporte brasileiro, se for o caso; VI – cópia do cadastro de pessoa física (CPF) no Ministério da Fazenda; VII – cópia do título de eleitor; IX – cópia de carteira de identidade social, se for o caso; X – comprovante de endereço; XI – certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XII – certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XIII – certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XIV – certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos; XV – certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos; XVI – certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos; XVII – certidão da Justiça Militar, se for o caso”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018**. Dispõe sobre a averbação da alteração do pronome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em: <[https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento\\_73\\_28062018\\_02072018160046.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_73_28062018_02072018160046.pdf)> Acesso em: 12 jan. 2023.

<sup>288</sup> “A qualificação registral é a exteriorização do princípio da legalidade: sua forma mais contundente, pois, em linhas gerais, deve o registrador observar na análise dos títulos o ordenamento jurídico em vigor. Qualificar é atribuir uma qualidade que poderá ser negativa caso o procedimento não esteja instruído com os documentos constantes em lei ou apresente ainda algum vício tal que demanda a desqualificação para esclarecimento e apresentação de documentação que supra o defeito”. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo; CLAMBER, Everaldo Augusto (coord). **Lei de Registro Públicos**: comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 833.

primazia à efetivação da dignidade da pessoa humana, como fundamento basilar do Estado Democrático de Direito<sup>289</sup>.

Como visto, o efeito deste Provimento marca o reconhecimento da dignidade, cidadania, humanidade e autonomia das pessoas trans ao reconhecer seu direito de autodefinição de sua identidade de gênero e a necessidade de respeito a essas pessoas enquanto tais. Trouxe, ainda, algumas regulamentações necessárias para fazer cumprir a decisão do STF na ADI nº 4.275, já mencionada.

Insta ressaltar que, inicialmente, referida decisão trouxe à tona dúvidas quanto à maneira de evitar possíveis fraudes, já que não haveria necessidade de qualquer procedimento médico ou harmonização por parte da pessoa interessada. Ocorre que tais fraudes não ocorrem uma vez que os números de CPF e RG são únicos e não sofrem alterações.

Outra disposição constante no Provimento 73/2018 do CNJ – incompatível com a decisão pela qual este se fundamenta - é a possibilidade do requerente apresentar laudos médicos ou parecer psicológico que ateste a transexualidade ou, ainda, laudo médico atestando a cirurgia de redesignação sexual. Ocorre que tal previsão, ainda que em caráter facultativo, mantém uma perspectiva patologizante sobre as identidades de gênero, sendo incompatível com a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos, esmiuçando a permanência de mecanismos violentos aos corpos trans, estruturantes da normativa em questão. Se o critério para o reconhecimento legal de nome e gênero é a autodeclaração, não cabe a um terceiro constituir a identidade de gênero a alguém<sup>290,291</sup>. A possibilidade de apresentar laudos perpetua o entendimento de que as identidades trans são patológicas, conseqüentemente reforçam estigmas e violências. Na prática, a faculdade desta apresentação pode se tornar uma obrigatoriedade a depender da compreensão dos oficiais registradores.

Além das situações acima citadas, o Provimento não prevê prazo para a realização de tais averbações, nem dispõe a respeito das punições quando do descumprimento do

<sup>289</sup> CORRÊA, Ana Paula Lasmar; RODRIGUES, Victor Fróis. Los desafíos para la concretización del derecho fundamental para la dignidad en la actuación extrajudicial: un análisis comparativo entre la desestimación 73 del CNJ y la ADI 4275/DF. *Opini3n Jur3dica*, v. 21, p. 272, Enero-junio, 2022.

<sup>290</sup> CAVALCANTI, C3eu Silva; SOUZA, Henrique da Fonte Ara3jo de. Transforma-se o direito, permanecem os estigmas: a transgeneridade e o Provimento N3 73/2018 do Conselho Nacional de Justi3a. *Revista da Defensoria P3blica do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 21, p. 13–31, 2018. Dispon3vel em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/131>. Acesso em: 18 jan. 2023.

<sup>291</sup> “A interven33o que 3 requerida por um profissional de sa3de mental quando uma pessoa quer transicionar insere uma estrutura paternalista no processo e, diga-se logo, solapa a pr3pria autonomia que 3 a base para a reivindica33o do direito de transicionar”. In: BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o G3nero. *Physis: Revista de Sa3de Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 104.

procedimento pelos agentes públicos (registradores civis), o que acaba inviabilizando a padronização nacional alegada pelo CNJ.

Ante o exposto, percebe-se a “boa intenção” do CNJ ao editar o Provimento 73/2018; no entanto, tais procedimentos deveriam ser editados por uma lei em sentido formal. A falta de regulamento que inviabiliza a fruição de um direito fundamental deve ser atacada por mandado de injunção e não por Provimento de um órgão que não tem competência para atuar como legislador positivo.

Ao definir direitos e obrigações que não lhe compete, o Conselho Nacional de Justiça usurpa a sua função e fere o princípio da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito, pilares da democracia.

O que se questiona, portanto, é até que ponto isso é benéfico para a sociedade e para a democracia. Não há dúvidas de que os direitos de liberdade, dignidade e igualdade dos transgêneros devem ser resguardados, mas é certo que o meio adequado para isso seria a criação de uma lei, nos moldes da Constituição Federal.

O grande problema do CNJ atuar como legislador positivo, além de ferir a separação de poderes e o Estado Democrático de Direito, é a criação de um Judiciário soberano, hierarquicamente superior aos demais poderes. A inércia do Legislativo não pode ser usada de mola propulsora para um ativismo judicial desmedido e sem controles.

Além do mais, o caráter facultativo da apresentação de laudos e demais exames, editados no Provimento 73/2018, mantém uma perspectiva patologizante sobre as identidades de gênero, sendo incompatível com a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Dito isso, conclui-se que o CNJ é um importante órgão de controle interno do Judiciário, mas deve limitar suas atuações às atribuições que a Constituição lhe confere e ter a constitucionalidade de seus atos fiscalizada, sob pena de ferir cláusula pétrea (separação de poderes) e enfraquecer a democracia, gerando insegurança a toda sociedade. O fato do CNJ ser detentor do Poder Normativo não significa que ele pode editar normas sem qualquer limitação, tampouco desobservar o Princípio da Legalidade, como tem feito na edição do provimento em destaque. Por fim, não se pode negar que este Provimento contribuiu, e muito, para propiciar às pessoas transgêneras a concretização da retificação de nome e gênero nos assentos civis, resgatando, assim, a própria identidade e dignidade desta minoria. Ocorre que em 27 de junho de 2022, entrou em vigor a Lei nº 14.382/2022, regulamentando a alteração de nome nos registros públicos e dispondo de forma antagônica, em alguns casos, às determinações do Provimento 73/2018 do CNJ, gerando insegurança para a população trans.

Dada a importância do tema, é necessário examinar o que dispõe esta lei, bem como o papel exercido pelos Registros Cíveis na concretização destes direitos.

### **3.4 Lei 14.382/2022: uniformização da alteração de nome em âmbito nacional e o registro civil como garantidor da segurança jurídica e da dignidade das pessoas transgêneras**

Como estudado anteriormente, ainda não há uma lei específica a respeito dos transgêneros. No entanto, em 27 de junho de 2022, foi editada a Lei nº 14.382 que alterou o artigo nº 56 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), facilitando a alteração de nome dos transgêneros nos Registros Cíveis pois regulamenta a alteração de nome, pela via administrativa, de todas as pessoas atingidas pela maioria civil, independente de motivação.

A nova redação do artigo nº 56, acima citado, dispõe o seguinte:

Art. 56. A pessoa registrada poderá, após ter atingido a maioria civil, requerer pessoalmente e imotivadamente a alteração de seu prenome, independentemente de decisão judicial, e a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico.

§ 1º A alteração imotivada de prenome poderá ser feita na via extrajudicial apenas 1 (uma) vez, e sua desconstituição dependerá de sentença judicial.

§ 2º A averbação de alteração de prenome conterá, obrigatoriamente, o prenome anterior, os números de documento de identidade, de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, de passaporte e de título de eleitor do registrado, dados esses que deverão constar expressamente de todas as certidões solicitadas.

§ 3º Finalizado o procedimento de alteração no assento, o ofício de registro civil de pessoas naturais no qual se processou a alteração, a expensas do requerente, comunicará o ato oficialmente aos órgãos expedidores do documento de identidade, do CPF e do passaporte, bem como ao Tribunal Superior Eleitoral, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 4º Se suspeitar de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto à real intenção da pessoa requerente, o oficial de registro civil fundamentadamente recusará a retificação<sup>292</sup>.

Como visto, a Lei Federal nº 14.382/2022 passou a admitir, de modo amplo, a mutabilidade do prenome, com fundamento precípua na dignidade da pessoa humana. Esta reconhecida como fundamento da República Federativa do Brasil e que irradiou efeitos em todos os ramos do direito, principalmente no Direito Cível.

Nesse sentido, pode-se observar que uma das principais inovações do Código Cível de 2002 foi a existência de um capítulo próprio destinado aos direitos da personalidade, deixando

<sup>292</sup> BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm)> Acesso em: 15 jan.2023.

de ter um perfil essencialmente patrimonial para se preocupar substancialmente com o indivíduo, representando uma perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988<sup>293</sup>.

Dentre os direitos da personalidade, o Código Civil estabeleceu o direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Ressalta-se a relevância do nome, como já estudado no primeiro capítulo, tanto na esfera pública – onde o Estado tem interesse que toda pessoa tenha correta e perfeita identificação – como na esfera individual – relacionada à dignidade da pessoa humana, identificando a pessoa nas relações sociais e pessoais.

Pois bem, antes da entrada em vigor da Lei Federal 14.382/2022, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) já tratava da alteração de nome nos artigos 54 a 58, mas somente permitia tal alteração em casos devidamente justificados, tendo em vista que a regra era a imutabilidade do nome. Com a vigência da nova lei, a regra mudou, flexibilizando ainda mais a mutabilidade do nome. Essa mudança teve como objetivo tratar com isonomia todos os pedidos de modificação de prenome, afastando a justificativa de suposta insegurança jurídica ao determinar que constará expressamente nas certidões a averbação de alteração de prenome, bem como os números dos documentos de identidade, CPF, passaporte e título de eleitor; tudo isso para afastar eventual prejuízo a terceiros. Além disso, determina que o Oficial de Registro Civil poderá recusar a alteração em caso de suspeita de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação da pessoa requerente.

Cumprе salientar que a norma é autoaplicável, ou seja, independe de regulamentação. No entanto, a Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais - ARPEN BRASIL divulgou em cartilha<sup>294</sup> algumas considerações a respeito da Lei 14.382/2022, recomendando a apresentação dos mesmos documentos constantes no rol do artigo 4º, parágrafo 6º, do Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça, que trata da alteração de prenome e gênero dos transgêneros, com fundamento na segurança jurídica e diminuição de eventuais fraudes.

Entretanto, referida recomendação pode ser questionada, tendo em vista que a Lei foi silente em relação a isso. Por outro lado, caso sejam dispensadas as certidões exigidas pelo Provimento nº 73/2018 do CNJ e exigidas para os transgêneros, violar-se-á o princípio da isonomia. Outra situação que o Provimento exigiu foi a questão do sigilo (artigo 5º), enquanto a Lei Federal 14.382/2022 dispôs exatamente o oposto ao exigir que conste tal alteração nas

<sup>293</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil**. 6ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 70-71.

<sup>294</sup> ARPEN BRASIL. Página Institucional. **Considerações acerca da Lei nº 14.382/2022**. Disponível em: <[https://infographya.com/files/Cartilha\\_Arpen\\_BR\\_\(1\).pdf](https://infographya.com/files/Cartilha_Arpen_BR_(1).pdf)>, p. 7. Acesso em: 22 jan.2023.



certidões. Como a lei tem caráter hierarquicamente superior aos provimentos, conclui-se que em caso de qualquer antinomia deve prevalecer o disposto em lei.

Ante o exposto, verifica-se que a nova legislação exaltou a importância do nome como elemento identificador da pessoa e atributo indissociável da personalidade; conseqüentemente, promoveu a desjudicialização de procedimentos em prol da realização de alterações diretamente na esfera extrajudicial, reafirmando a confiança do Estado brasileiro no Registro Civil das Pessoas Naturais como o único e principal repositório biográfico do cidadão<sup>295</sup>.

O Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN) tem como foco de interesse a pessoa física ou natural. Cabe ao registrador civil o registro e a publicidade de fatos e negócios jurídicos inerentes à pessoa física, desde o seu nascimento até a sua morte. Nesse contexto, o registro tem a função de fixar o estado civil ou estado familiar da pessoa natural, provando seu nome, filiação, idade e capacidade para os atos da vida civil, bem como o casamento, viuvez e outros fatos importantes para a identificação e proteção da pessoa natural e para a sua vida social e jurídica. Logo, o RCPN constitui o repositório dos atos de estado civil.

Além disso, o exercício da cidadania depende do registro civil de nascimento e da documentação básica, pois em um Estado democrático, tal exercício se manifesta pela participação do cidadão, o que não seria possível na situação de exclusão ou inexistência causada pela falta de documentação ou de registro. É por meio do registro e certidão de nascimento que se obtém todos os demais documentos. Tão importante é o registro de nascimento que o mesmo foi elevado ao *status* de direito humano, reconhecido pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966<sup>296</sup>, em seu artigo 24, item 2, que determina que toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.

O RCPN também é fonte de informações para a elaboração de políticas públicas nas áreas de saúde, economia, segurança pública e educação, para o desenvolvimento de programas sociais e para melhor gestão dos recursos públicos. O Estado tem no registro civil a fonte principal de referência estatística, pois há uma remessa trimestral de informações à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a respeito de nascimentos, casamentos e óbitos. Isso permite quantificar nascimentos, mortalidade, expectativa de vida, enfim, tudo relacionado à vida e à morte da população<sup>297</sup>.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p.6.

<sup>296</sup> BRASIL. **Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)> Acesso em: 23 jan. 2023.

<sup>297</sup> CENEVIVA, Walter. **Lei de registros públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.

Como é competência do Estado, por meio do Direito, tutelar a identidade e os atributos dos indivíduos, insta dizer que esta proteção não se limita à segurança do corpo e do espírito, mas também o livre desenvolvimento de sua personalidade. Portanto, ao lado da igualdade formal, o direito também tutela a igualdade substancial, o que apenas é possível com a identificação do estatuto legal particular de cada indivíduo, que é dado por seu estado pessoal<sup>298</sup>.

Tendo em vista que o indivíduo é definido por seu estado, tal situação deve ser publicizada e o mecanismo de publicidade jurídica que permite a qualquer interessado conhecer o estado das pessoas é o Registro Civil das Pessoas Naturais. Tal publicidade deve ser compreendida no sentido de cognoscibilidade, ou seja, a possibilidade de conhecer – conhecimento em potencial e não um conhecimento concreto. É uma atividade pela qual o conhecimento do fato jurídico é colocado à disposição do público, de forma permanente, podendo ser acessível a qualquer momento<sup>299</sup>.

A publicidade registral tem natureza jurídica, não possuindo os mesmos efeitos dos registros administrativos como os cadastros eleitorais e tributários etc. Um dos principais efeitos da publicidade registral é a oponibilidade *erga omnes* dos fatos e situações jurídicas inscritos em livro próprio. No RCPN, o principal efeito da publicidade é o probatório, ou seja, faz prova plena de eventos como casamento, nascimento e óbito. Importante mencionar que não existe nenhum substituto ao registro, admissível legalmente, admitido como prova subsidiária do estado da pessoa, ao menos no que tange à prova plena. Por exemplo, não há nenhum substituto ao registro de nascimento que prove a existência da pessoa, dotado de prova plena. Os atos de estado civil (registros e averbações) são, portanto, modos de prova pré-constituídos e ninguém pode reivindicar estado diverso daquele que consta do assento público<sup>300</sup>.

Outro efeito da publicidade jurídica é a presunção de veracidade do registro, isso significa dizer que aquilo que consta no registro é verdadeiro e, caso não seja, o interessado deve reclamar que se retifique ou anule. E, por fim, o terceiro efeito é a fé pública registral, que é a confiança dada pelo Estado aos Registradores de que os atos por eles realizados são verdadeiros. Vale lembrar que alguns registros no RCPN são feitos mediante declaração das partes, como nos assentos de nascimento e óbito. Nestes casos, o registrador civil reveste de fé pública a afirmação de que determinadas pessoas compareceram e lhe declararam o fato

<sup>298</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos Teoria e Prática**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 158.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 160.

sujeito a registro. Logo, a responsabilidade do Oficial vai até este ponto, não abrangendo o conteúdo das declarações, de forma que não responde por eventual falsidade, salvo na hipótese de conluio<sup>301</sup>.

Dito isso, verifica-se que no Registro Civil das Pessoas Naturais apenas a publicidade formal é encontrada, isto é, o registro é público no sentido de que qualquer pessoa pode ter acesso ao conteúdo das informações nele contidas. Tal publicidade formal pode ser manifestada através da exibição de livros (em casos especiais, tendo em vista o risco à autenticidade e integridade do registro) ou mediante a expedição de certidões. Em outras palavras, via de regra, o artigo nº 16 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) prevê apenas a publicidade por meio de certidões (publicidade indireta).

Lembrando que as certidões são cópias ou fotocópias fiéis e autênticas de atos ou fatos constantes de livro ou documento que se encontra no acervo. Logo, o registrador somente pode certificar fatos que existem formalmente nos livros e documentos oficiais, tal como neles se contém e se menciona no momento da consulta. E, ainda, nos livros de Registro Civil das Pessoas Naturais, é possível encontrar registros (assentos que se referem aos principais fatos ou atos inerentes à existência da pessoa humana) e averbações (assentos acessórios que se referem às modificações no teor dos registros)<sup>302</sup>. No tocante às alterações de nome, em especial dos transgêneros, objeto deste estudo, elas serão realizadas mediante averbação em livro próprio.

Ao analisar a Lei Federal 14.382/2022 percebe-se que ela trouxe avanços significativos relacionados aos registros públicos, desburocratizando processos e enaltecendo o sistema registral em sua eficácia imediata, atendendo a importância da cidadania conferida pelo Oficial do RCPN ao permitir a alteração de prenome da pessoa registrada, após ter atingido a maioria, independente de decisão judicial ou prazo decadencial. Retirar o prazo decadencial de alteração imotivada de prenome confere à pessoa registrada a plenitude de sua autonomia de vontade e a realização do seu direito de personalidade. Além disso, reforça dentro dos direitos humanos a garantia da proteção das minorias.

Por fim, conclui-se que o Registro Civil das Pessoas Naturais tem papel fundamental na promoção da garantia do direito e igualdade de todos, independente de gênero ou orientação sexual; e, ainda, ao adequar o nome e sexo dos transgêneros constantes nos assentos à realidade, promove a dignidade humana e o direito à liberdade desta parcela da população, garantindo, inclusive, o respeito aos direitos da personalidade, que é uma questão

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 163.

extremamente relevante no exercício da cidadania. Tal fato gera não só a inclusão social dessa minoria como também a cidadania completa das pessoas trans, que por vezes deixam de exercer seus direitos civis e sociais por temerem ser discriminados e violentados socialmente<sup>303</sup>. Permitir a adequação de nome e gênero nos assentos civis é possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade e o reconhecimento da comunidade social da qual pertence. É claro que não basta a alteração de nome e gênero nos assentos civis para que a dignidade das pessoas transgêneras seja reconhecida, ainda há muito por fazer, tanto pelo Estado como pela sociedade, para garantir o acesso à cidadania igualmente por todas as pessoas, independente de suas orientações sexuais ou de gênero. É preciso amparar as pessoas trans, investir em normas inclusivas, dar-lhes acesso ao direito adquirido e a visibilidade que tanto reivindicam, diminuindo, assim, a exposição de situações vexatórias ou ridículas que fogem ao espírito das normas contidas na Lei de Registros Públicos.

Nesse contexto, o Registro Civil das Pessoas Naturais desempenha um papel fundamental na dignificação das pessoas transgêneras, sendo instrumento de realização da autodeterminação de gênero sob uma perspectiva dos direitos humanos, permitindo que as pessoas tenham autonomia sobre quem são e o direito a uma existência feliz, não cabendo ao Judiciário decidir ou dizer como devem ser. Além disso, garante a continuidade das relações jurídicas, a devida atualização das informações essenciais à qualificação dos transgêneros perante os órgãos públicos e o acesso a serviços essenciais como saúde, educação e trabalho, pois a partir desse ato (adequação do nome e gênero nos assentos civis à realidade) é gerado dados confiáveis que permitem que o Estado formule desenvolvimento, políticas e informações partindo desses dados, a fim de promover a tão sonhada dignidade humana.

<sup>303</sup> REIS, Elis da Cruz. CAVALHEIRO, Nathan Pereira. O direito à alteração do prenome social no registro civil de pessoas transexuais, travestis e transgêneros no Brasil. **Revista Direito e Sexualidade**. Salvador, v. 2, n. 1, p. 97, jan.-jun. 2021.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar em transgeneridade é abordar a autodeterminação sexual e o direito à autonomia e vida privada, ou seja, a capacidade que uma pessoa tem de assumir quem verdadeiramente é, desenvolvendo sua própria personalidade com base na visão particular que tem sobre si.

Como visto, por muito tempo, para que esta autodeterminação espelhasse os assentos públicos, principalmente os registros civis, era necessário realizar uma cirurgia de redesignação sexual, bem como autorização judicial. No entanto, a partir de 2018, houve uma significativa mudança no cenário registral, com a entrada em vigor do Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça, oriundo da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275, que permitiu a alteração de prenome e sexo pela via extrajudicial, sem a necessidade de cirurgia ou quaisquer tipos de prova.

A decisão do STF foi uma importante conquista para a comunidade trans, resgatando a cidadania plena e a autonomia desta população. Também permitiu o reconhecimento da humanidade, dignidade e do seu direito de soberana autodeterminação de sua identidade de gênero e a necessidade de respeito a essas pessoas enquanto tais<sup>304</sup>. Além destes reconhecimentos, a ADI nº 4.275 resultou na possibilidade de incluir um grupo de pessoas, que antes não existia como instituição, na categoria de sujeito de direitos, como cidadãos.

Além do mais, reforçou que a dignidade da pessoa humana constitui valor indispensável ao cidadão, devendo ser respeitada pela sociedade e assegurada pelo Estado e suas normas como medida indispensável de reconhecimento da condição humana<sup>305</sup>. Vale lembrar que o direito à dignidade da pessoa humana pode ser conceituado como o reconhecimento do direito de resguardar direitos. Trata-se de uma qualidade intrínseca do ser humano, de proteção à vida e contra todo tratamento degradante e discriminação, objetivando um mínimo de condições de sobrevivência e convivência social. É inquestionável sua relevância para a sociedade em geral, em razão de sua finalidade de promoção e efetivação de normas de caráter social. De mais a mais, destaca-se que a Constituição Federal é uma norma

<sup>304</sup> MAIA, Gabriela Felten da. “Meu corpo foi reconhecido pelo Estado”: as controvérsias em torno da desjudicialização do Direito à identidade. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, Edição Especial n.54, p.76-93, jul./dez.2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.17058/barbaroi.v0i0.14594>> Acesso em: 03 fev. 2023.

<sup>305</sup> BEZERRA, Lara Pinheiro. MAIA, Aline Passos. Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. **Quaestio Iuris**, vol. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017, p. 1701. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/rqi.2017.26854>> Acesso em 03 fev.2023.

inclusiva em sua essência, não se admitindo interpretação de seu conteúdo capaz de ensejar qualquer forma de discriminação, tudo isso visando a proteção do cidadão comum<sup>306</sup>.

Diante disso, a Constituição Federal, ao se referir à dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, assevera que o princípio é a base sustentadora do Estado Democrático de Direito e constitui valor imprescindível ao indivíduo social, devendo, portanto, ser observado pela sociedade e garantido pelo Estado, bem como por suas normas, como medida necessária ao reconhecimento da condição humana<sup>307</sup>.

É de suma importância entender que o direito à dignidade compreende a busca pela felicidade, sem discriminações em razão de sua identidade ou escolhas; portanto, é dever do Estado protegê-la. O desrespeito à autodeterminação, ao livre desenvolvimento e à identidade torna ineficaz a cláusula geral de tutela da pessoa e representa o esvaziamento do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana<sup>308</sup>.

Os transgêneros possuem o mesmo valor intrínseco que qualquer outro ser humano e merecem ser tratados pelo Estado (e pela sociedade) com respeito e dignidade, reconhecidos pela identidade que se autodeterminam. Recusar tal reconhecimento é contribuir com a preservação do preconceito e perpetuação das desigualdades e injustiças que os acompanham.

Para que este reconhecimento seja eficaz, é fundamental que o registro civil dessas pessoas espelhe a realidade, ou seja, que haja compatibilidade entre o prenome e gênero constantes nos assentos civis com a identidade autopercebida. Neste intuito, tendo em vista a lacuna legislativa a respeito do tema, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 73, em 29 de junho de 2018, como já estudado, dispondo sobre o procedimento de averbação da alteração de prenome e gênero nos assentos civis de nascimento e casamento das pessoas trans.

Em que pese a finalidade deste Provimento ser a facilitação da retificação de nome e gênero nos assentos civis, tal comando normativo trouxe alguns empecilhos na realização deste procedimento como, por exemplo, a exigência de um extenso rol de documentos obrigatórios e outros facultativos, fazendo com que muitas pessoas retornassem ao cartório diversas vezes até conseguir retificar. E não apenas isso, as omissões constantes no Provimento dão margem à discricionariedade dos registradores civis (agentes públicos) na

<sup>306</sup> BRASIL, André Antônio Martins. O direito à dignidade humana sob a perspectiva da transgeneridade infantil em contexto escolar. **Revista Direito e Sexualidade**, Salvador, v. 2, n. 2, p. 48-74, jul./dez. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.9771/revdirsex.v2i2.45131>> Acesso em: 03 fev. 2023.

<sup>307</sup> *Ibidem*.

<sup>308</sup> BEZERRA, Lara Pinheiro. MAIA, Aline Passos. Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. **Quaestio Iuris**, vol. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017, p. 1701. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/rqi.2017.26854>> Acesso em 03 fev.2023.

aplicabilidade da norma, resultando, muitas vezes, na recusa ou morosidade no processo de retificação a depender do Estado em que a pessoa trans se encontra. Outra problemática foi o questionamento a respeito da legalidade do provimento, tendo em vista que a Constituição Federal determina que a regulamentação das atividades notariais e registrais deve ser feita por lei em sentido formal.

Logo, dois desafios foram lançados no início deste trabalho: 1º) demonstrar a necessidade da edição de uma lei específica a respeito dos transgêneros, regulamentando os seus direitos, bem como a alteração de nome e gênero nos Registros civis, a fim de padronizar nacionalmente a temática, eliminar procedimentos/interpretações contraditórias dos agentes públicos e promover a dignidade da pessoa transgênera; e 2º) evidenciar o importantíssimo papel desempenhado pelo Registros Civil como garantidor da segurança jurídica e da dignidade das pessoas transgêneras.

Ao longo do estudo, buscou-se, com reflexão, as respostas a essas questões. Primeiro fez-se necessário o entendimento do significado da dignidade da pessoa humana, como direito fundamental, e a importância do reconhecimento da identidade pessoal dos transgêneros, englobando o direito ao nome e ao corpo como direitos da personalidade, essenciais à condição humana.

Em seguida, foram perquiridos os comandos legislativos aplicáveis para assegurar o direito de adequação da identidade social da pessoa trans em seus assentos civis. Verificou-se que a regulamentação aplicada atualmente ocorre por meio de um provimento editado pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja legalidade é questionada. Ao analisar a origem do CNJ, bem como suas competências e limites em relação às atividades notariais e registrais, constatou-se que o CNJ (órgão administrativo do Poder Judiciário) não detém o chamado poder normativo primário, em que pese haver entendimento jurisprudencial em sentido contrário. Ainda, ao editar normas reservadas à lei em sentido formal, o CNJ afronta o princípio da legalidade e da separação de poderes, atuando como legislador positivo e atentando contra o Estado Democrático de Direito.

Compreendeu-se que o CNJ é um órgão de controle do Poder Judiciário e fiscaliza as atividades notariais e registrais, devendo respeitar os Princípios da Legalidade e da Reserva Legal.

No tocante aos transgêneros, restou demonstrado que, ao editar um provimento regulamentando sobre um tema reservado à lei, o CNJ extrapolou a sua competência, como ocorreu na edição do Provimento nº 73/2018 a respeito da retificação de nome e gênero da pessoa trans nos assentos civis.

Ora, se o provimento citado carece de legalidade, melhor sorte não há que a edição de uma lei específica a respeito dos transgêneros. Para isso, foram apresentadas, em primeiro lugar, algumas considerações a respeito dos transgêneros, desde a conceituação até situações vexatórias e humilhantes decorrentes da falta de seu reconhecimento pelo Estado. Também restou demonstrado a existência de alguns projetos de lei sobre o tema, tramitando no Congresso Nacional, e a dificuldade em aprová-los.

Além disso, foi analisado o Provimento nº 73/2018 do CNJ, demonstrando suas omissões e incompetência legislativa. E, ainda, o papel da Corregedoria Geral do CNJ na expedição deste provimento, antes da alteração da Lei de Registros Públicos, propiciando às pessoas transgêneras a concretização da retificação de nome e gênero para resgate da própria identidade e dignidade.

Por fim, e não menos importante, foi apresentada a alteração legislativa ocorrida em 27 de junho de 2022 (Lei nº 14.382/2022), que flexibilizou a alteração de nome e gênero nos assentos civis mas nada dispôs a respeito dos transgêneros, em especial a questão da retificação de sexo (gênero) nos Registros Civis. É inquestionável que esta lei também se aplica à população trans, trazendo a possibilidade de adequação da identidade social nos assentos civis. Ocorre que a omissão legislativa em relação à retificação de gênero permite que os registradores públicos atuem com discricionariedade, voltando à problemática de ter como consequência a morosidade ou recusa no procedimento registral a depender do Estado em que se encontra o transgênero ou do agente público que analisará o caso. Logo, verifica-se que, pelo fato da lei ter restrição quantitativa (alteração administrativa uma única vez) e nada indicar a respeito da retificação de gênero, a manutenção do Provimento 73/2018 do CNJ, ou sua alteração por outro, ainda se revelam de grande importância e contribuem para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que se busca garantir a mesma dignidade a todas as pessoas, sem qualquer distinção.

A pesquisa também conseguiu comprovar o importante papel do Registro Civil na aplicação desta lei, reafirmando a confiança do Estado no Registro Civil das Pessoas Naturais como o único repositório biográfico do cidadão, capaz de garantir a segurança jurídica e promover a dignificação das pessoas naturais. Além do mais, ressaltou-se a eficácia do sistema registral, desburocratizando processos, conferindo a cidadania plena à população trans e promovendo a garantia do direito à igualdade de todos, independente de gênero ou orientação sexual, bem como o respeito aos direitos da personalidade, essenciais ao exercício da cidadania. Consequência disso é a promoção da inclusão social dessa minoria e o exercício pleno dos seus direitos civis.



Desta forma, acredita-se que o Registro Civil, ao efetuar a retificação de nome e gênero em seus assentos, atua como o principal responsável por promover a justiça, a dignidade e a inclusão social de todos os transgêneros, permitindo a ruptura da ideologia patriarcal dominada por ideais sexistas que fomentam a discriminação e o preconceito. Além de tudo, fomenta o sentimento de pertencimento da pessoa trans, inserida a vida toda em uma condição de sofrimento intenso, não sendo reconhecida por quem verdadeiramente é, sofrendo agressões, insultos e exclusão social por uma sociedade que não respeita o que é diferente e ainda impõe esteriótipos preestabelecidos socialmente como pertencentes a homens e mulheres. Diante de tantas dificuldades, é fundamental que o Estado promova a inclusão e o respeito à diversidade, elaborando uma lei que resolva esta problemática. É certo que somente isso não solucionará a situação dos transgêneros, mas certamente contribuirá para que eles sejam reconhecidos e tratados socialmente conforme a sua identidade autopercebida. Ademais, garantirá o cumprimento e a efetividade do direito à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à liberdade – direitos e garantias fundamentais imanentes ao Estado Democrático; contribuirá na redução do preconceito, desigualdades e injustiças que os acompanham; e, quiçá, na mudança de paradigma cultural da sociedade, para que enxergue as minorias com o respeito e tratamento isonômico que elas merecem. Só assim a eficácia e a aplicabilidade constantes na Carta Magna de 1988 espelharão a realidade e promoverão a real dignidade aos transgêneros.

## REFERÊNCIAS

ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo; CLAMBER, Everaldo Augusto (coord). **Lei de Registro Públicos: comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 833.

ANDRADE, Daniela. **Cis, Trans, Travesti: o que significa?** Não me Kahlo. Disponível em: <<https://naomekahlo.com/cis-trans-travesti-o-que-significa/>> Acesso em 30 jun.2022.

AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARPEN BRASIL. **Considerações acerca da Lei nº 14.382/2022**. Disponível em: <[https://infographya.com/files/Cartilha\\_Arpen\\_BR\\_\(1\).pdf](https://infographya.com/files/Cartilha_Arpen_BR_(1).pdf)>, p. 7. Acesso em: 22 jan.2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luiz Roberto. **Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). Reforma do poder judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 461.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286-292.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 2.v. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENTO, Berenice. **Brasil: país do transfeminicídio**. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/transfeminicidio\\_berenice\\_bento.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/transfeminicidio_berenice_bento.pdf)>. Acesso em: 30 jun.2022.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. Tomo II – Direito Constitucional Positivo. Coord. Leonardo Garcia. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BEZERRA, Lara Pinheiro. MAIA, Aline Passos. Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. **Quaestio Iuris**, vol. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017, p. 1688-1717. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/rqi.2017.26854>> Acesso em 03 fev.2023.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSSLER, Fábio Luís. **Os limites constitucionais de atuação do Conselho Nacional de Justiça**. 2015. 394 folhas. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10112015-144136/publico/FABIO\\_LUIS\\_BOSSLER\\_INTEGRAL.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10112015-144136/publico/FABIO_LUIS_BOSSLER_INTEGRAL.pdf)>. Acesso em: 02 abr.2022.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, André Antônio Martins. O direito à dignidade humana sob a perspectiva da transgeneridade infantil em contexto escolar. **Revista Direito e Sexualidade**, Salvador, v. 2, n. 2, p. 48-74, jul./dez. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.9771/revdirsex.v2i2.45131>> Acesso em: 03 fev. 2023.

BRASIL. Câmara Legislativa. Página Institucional. **Projeto de Lei s/n, de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1059446](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446)> Acesso em 01 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT. **Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015**. Estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais – e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais – nos sistemas e instituições de ensino, formulando

orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização. Disponível em:

<[https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/sdh/resolucao\\_cndc\\_lgbt\\_n12\\_2015\\_\\_parecer\\_ref\\_identidade\\_de\\_genero\\_na\\_educacao.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/sdh/resolucao_cndc_lgbt_n12_2015__parecer_ref_identidade_de_genero_na_educacao.pdf)>. Acesso em 30 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018**. Dispõe sobre a averbação da alteração do pronome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em:<[https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento\\_73\\_28062018\\_02072018160046.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_73_28062018_02072018160046.pdf)> Acesso em: 12 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Regimento Interno nº 67, de 03 de março de 2009**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>> Acesso em: 28 abr.2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº 7 de 18 de outubro de 2005**. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>> Acesso em: 29 jul.2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)> Acesso em: 23 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso em 26 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da

administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm)> Acesso em: 07 jan. 2023

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Diversidade Sexual.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/29/estatuto-da-diversidade-sexual-introduz-garantias-no-direito-de-familia#:~:text=%E2%80%9CNingu%C3%A9m%20pode%20ser%20privado%20de,modifique%20sua%20orienta%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20ou>> Acesso em: 30 jun.2022.

\_\_\_\_\_. Governo Federal. Página Institucional. **Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015.** Estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais - e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais – nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/old/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>> Acesso em 24 fev.2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)> Acesso em: 15 mai.2022.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm)> Acesso em: 10 abr.2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 30 jun.2022.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019.** Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. Diário Oficial da União, 6ed, seção 1, p.96, 09 jan. 2020. Disponível em: <[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/CFM\\_Resolucao\\_2265\\_20\\_09\\_2019.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/CFM_Resolucao_2265_20_09_2019.pdf)> Acesso em 16 mai.2022.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Página Institucional. Matérias. **Estatuto da Diversidade Sexual introduz garantias no direito de família.** Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/29/estatuto-da-diversidade-sexual-introduz-garantias-no-direito-de-familia?utm\\_medium=share-button&utm\\_source=whatsapp](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/29/estatuto-da-diversidade-sexual-introduz-garantias-no-direito-de-familia?utm_medium=share-button&utm_source=whatsapp)> Acesso em: 30 jun.2022.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Página Institucional. Notícias. **Pacto Federativo.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>> Acesso em: 28 abr.2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.008.398/SP (2007/0273360-5).** Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15-10-2009. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221008398%22%29+ou+%28RESP+adj+%221008398%22%29.suce.>> Acesso em 22 nov.2022.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1626739/RS.** Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9/inteiro-teor-484087902>> Acesso em 16 mai.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 12/DF.** Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2358461>>. Acesso em: 09 jan.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.367/DF.** Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>> Acesso em 28 abr.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 15 mai.2022.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em 05 jul.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452/RJ**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>> Acesso em: 29 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 670.422/RS**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>>. Acesso em: 22 jun 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670.422/RS**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/8/2018. Repercussão geral. Informativo nº 911. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/10/info-911-stf.pdf>> Acesso em: 16 mai.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 845.779 SC**. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15317399481&ext=.pdf>> Acesso em 30 jun.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Página Institucional. Notícias. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/721650294/stf-enquadra-homofobia-e-transfobia-como-crimes-de-racismo-ao-reconhecer-omissao-legislativa>> Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL DE FATO. Variedades. **Sem dados do Censo, população LGBTI+ do Brasil continuará desconhecida por mais 10 anos**. Disponível em:

<<https://www.brasildefatope.com.br/2021/02/24/sem-dados-do-censo-populacao-lgbti-do-brasil-continuara-desconhecida-por-mais-10-an>> Acesso em: 05 jul.2022.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transexualismo no STJ: desafios para a despatologização à luz do debate Butler-Fraser. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, vol. 21, n. 1, p. 343-376, jan-abr. 2016.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o Gênero. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, pp. 95-126, 2009.

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

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras. **Interesse Público**. São Paulo: Editora Dialética. vol. 07, nº 35. 2006.

\_\_\_\_\_. Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público: complexidades e hesitações. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, p. 15-38, set.-out. 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTRO, Marcos Vinícius Martins. SANTOS, Mariana Mello. **O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça – análise da Ação declaratória de constitucionalidade nº 12/DF**. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1480/1161>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

CAVALCANTI, Céu Silva; SOUZA, Henrique da Fonte Araújo de. Transforma-se o direito, permanecem os estigmas: a transgeneridade e o Provimento Nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 21, p. 13–31, 2018. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/131>. Acesso em: 18 jan. 2023.

CENEVIVA, Walter. **Lei de registros públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135



CHAGAS, Emmily Negrão. NASCIMENTO, Thayana Evely Pinto. **(In)visibilidade trans:** uma breve discussão acerca da transfobia na vida de travestis e transexuais. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo6/invisibilidadetransumabrevediscussaoacercadatransfobianavidadetravestisetransexuais.pdf>> Acesso em: 11 fev. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **O Conselho Nacional de Justiça e a Constituição. Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 92, p. 15-36, jul-ago. 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Página Institucional. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em: 15 mai.2022.

CORRÊA, Ana Paula Lasmar; RODRIGUES, Victor Fróis. Los desafíos para la concretización del derecho fundamental para la dignidad en la actuación extrajudicial: un análisis comparativo entre la desestimación 73 del CNJ y la ADI 4275/DF. **Opini3n Jurídica**, v. 21, p. 260-278, Enero-junio, 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Parecer Consultivo OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminaç3o a casais do mesmo sexo. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)> Acesso em 16 mai. 2022.

COSTA, Rennan Gustavo Ziemer da. **Poder normativo do Conselho Nacional de Justiça. Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 72-89, jun. 2015.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral de LINDB**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DELFINO, Lúcio. SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **A função do Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua competência normativa**. Disponível em: <<http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201773174734.pdf>> Acesso em: 8 fev.2022.

DEMETRIO, Eliane. MACHADO, Denise M. W. de Paula. O artigo 285-A do Código de Processo Civil e o princípio da razoável duração do processo. **Revista Do Direito Público**. Londrina/PR, v. 3 (2), p. 157 – 178, 2008.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. MENOSSEI, Rita de Cássia. Os limites da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) face aos serviços notariais e de registro. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. Brasília, v.3, n.1, p.105-120, jan-jun. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 27-59.

FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.1, p. 36-60, jul.-set., 2014.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>> Acesso em: 24 out. 2022.

FREITAS, Riva Sobrado de. Autonomia Decisória e direito ao próprio corpo: os reflexos da nova concepção de Autonomia Privada em questões de gênero, identidade genética e eutanásia. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 241-264, jul.-dez. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil**. 6ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GASPARETTO, Patrick Roberto. Limites, possibilidades e alcance do poder regulamentar face o princípio da legalidade e a realização dos direitos fundamentais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 6, p. 240-269, 25 mai. 2017.

GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7240-7246, maio 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La revolución francesa y la formación del derecho público**. In: PASTOR, Reyna et al. *Estructuras y formas del poder en la historia*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1991. 157-176.

GORSODORF, Leandro Franklin; KIRCHHOFF, Rafael dos Santos; HOSHINO, Thiago. **De banheiros, armários e cortes: identidade de gênero na pauta do STF. Justiça e direitos humanos: olhares críticos sobre o judiciário em 2015.** Curitiba: Terra de Direitos, 2016, p. 76-82.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUEDES, Maria Eunice Figueiredo. **Gênero, o que é isso?.** Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98931995000100002>> Acesso em 15 mai.2022.

HOLANDA, Liv Lessa Lima. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. O tratamento das questões de gênero no Direito brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p.217-240, jul.-dez.2018.

LAGO, Ronaldo Assunção Sousa do. Limites e funções do Conselho Nacional de Justiça. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP,** Belo Horizonte, ano 7, n. 19, p. 165-178, jan./abr. 2018.

LIMA, Fernando Rister de Souza; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. **Revista de Investigações Constitucionais,** Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56247.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232).** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 54.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos Teoria e Prática.** 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação – uma perspectiva pós-estruturalista.** 16 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **A (In)Diferença no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MAIA, Gabriela Felten da. “Meu corpo foi reconhecido pelo Estado”: as controvérsias em torno da desjudicialização do Direito à identidade. **Barbarói,** Santa Cruz do Sul, Edição Especial n.54, p.76-93, jul./dez.2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.17058/barbaroi.v0i0.14594>> Acesso em: 03 fev. 2023.

MARTINS, Dayse Braga; COLARES, Lorena de Vasconcelos. **A politização da justiça e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ face à teoria da separação dos poderes**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa12ab68091d7471>> Acesso em 21 jan. 2023.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 228, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Poder” regulamentar ante o Princípio da Legalidade. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, ano 8, n. 64, p. 145-152, jan./mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 315.

MELLO, Cleyson De Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; LINS, Ana Paola de Castro e. Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 17-41, jul.-set. 2018.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann; XAVIER, Marília Pedroso; NASCIMENTO, Sabrina de Paula.. O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça no Direito de Família. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 17. n. 68, p. 207-246, out/dez.2019.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Direito Administrativo**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NSC TOTAL. Notícias. **IBGE vai recorrer de decisão sobre inclusão de identidade de gênero no Censo 2022**. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/noticias/ibge-vai-recorrer-de-decisao-sobre-inclusao-de-identidade-de-genero-no-censo-2022>> Acesso em: 05 jul.2022.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a. 61, n° 192, p. 19-64, jan./mar. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Gêneros, transgêneros, cisgêneros: orgulho e preconceito**. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/artigo-generos-transgeneros-cisgeneros-orgulho-e-preconceito-por-rodrigo-da-cunha-pereira/>> Acesso em 30 jun. 2022.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Lisboa: Coimbra, 1989.

PIZZOL, Ricardo Dal. **Limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça**. Estudo de um caso: Resolução CNJ n° 236/16. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/14-federalismo.pdf?d=637006247774866622>> Acesso em: 25 jul.2022.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf)> Acesso em 16 mai.2022.

PORFÍRIO, Francisco. **Minorias sociais**. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/minorias-sociais.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2022.

REALE, Miguel. **Pluralismo e Liberdade**. São Paulo, Saraiva, 1978.

\_\_\_\_\_. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

REIS, Elis da Cruz. CAVALHEIRO, Nathan Pereira. O direito à alteração do prenome social no registro civil de pessoas transexuais, travestis e transgêneros no Brasil. **Revista Direito e Sexualidade**. Salvador, v. 2, n. 1, p. 91-109, jan.-jun. 2021.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 215.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Revista Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 71-100, jul.-dez., 2006, p. 82.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A alteração extrajudicial de prenome e gênero de pessoa transgênero à luz da dignidade humana. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, 2020, vol. 25, p. 1-13.

ROSILHO, André Janjácómo. O poder normativo do CNJ: um caminho para de pensar o experimentalismo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 5, n.20, out-dez. 2011.

\_\_\_\_\_. O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n.14, abr-jun. 2010.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Booksellers 1999, v. 1, p. 275-276.

QUEER. Página Institucional. Notícias. **Congresso Nacional tem 40 projetos que citam diretamente a população trans**. Disponível em: <<https://queer.ig.com.br/2021-01-29/40-projetos-de-lei-no-congresso-nacional-citam-diretamente-a-populacao-de-pessoas-trans.html>> Acesso em 03 jun. 2022.

SANTOS, Danilo Lima dos. **O Conselho Nacional de Justiça, segundo o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/49396/o-conselho-nacional-de-justica-segundo-o-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 14 abr.2022.

SANCHES, Patrícia. **Famílias trans no Brasil**: o paradoxo da evolução de direitos e a epidemia transfóbica. **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 22, p. 159-167, jul./ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9 ed., 2007.

\_\_\_\_\_. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. Coimbra, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHOOR, Janaína Soares; STURZA, Janaína Machado. Transexualidade e os Direitos Humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, vol. 15, n. 1, p. 265-283, jan-jun. 2015

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos da Personalidade**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SEELMANN, Kurt. Person und Menschenwürde in der Philosophie Hegels, in: DREIER, Horst (Org.), **Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie**. Geburtstagssymposium für Hasso Hofmann, Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 125-145.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Maria Eduarda Kobilarz. **Pesquisas do IBGE excluem pessoas trans das estatísticas**. Disponível em: <<https://periodico.sites.uepg.br/index.php/direitos-humanos/2551-pesquisas-do-ibge-excluem-pessoas-trans-das-estatisticas>> Acesso em: 08 fev. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 195.

STAMILE, Natalina. Direito e Gênero: desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 18, n. 3, e 4750, set.-dez., 2022.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina**. v.12. n.18. Florianópolis: ESMESC.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. André Ramos. **CN(J)?**. Folha de S.Paulo, 09 jun. 2007. Opinião, A3. Disponível em: <[https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0906200708.htm?aff\\_source=56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm\\_term3D56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm\\_campaign%3DHo%26utm\\_medium%3Daffiliate%26utm\\_source%3Dafiliado%26utm\\_content%3DUOL+Esporte+Clube](https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0906200708.htm?aff_source=56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm_term3D56d95533a8284936a374e3a6da3d7996%26utm_campaign%3DHo%26utm_medium%3Daffiliate%26utm_source%3Dafiliado%26utm_content%3DUOL+Esporte+Clube)> Acesso em: 25 jul.2022.

\_\_\_\_\_. **O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n.9, jan-mar. 2009.

TERCIER, Pierre. **Le nouveau droit de la personnalité**. Zurique: Schulthess, 1984.

THOMAS, Kendall. Seriam os direitos dos transgêneros direitos Inumanos?. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 1, p. 4–23, 2017.

VERSAN, Juliana Rizzo da Rocha Loures. CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dos aspectos controvertidos do registro civil de pais e mães transgêneros à luz do provimento nº 73 do CNJ e dos direitos da personalidade. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 15, n. 3, p. 58-78, set.-dez., 2019.

VIEIRA, Adriana Dias. SOUSA, Tuanny Soeiro. **Lei para qual Maria?** Questões de gênero na jurisdição brasileira quanto à (in)aplicabilidade da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 20, n. 111, p. 131-147, set.-out. 2018.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A eficácia horizontal e a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos. Revista eletrônica de Direito Civil - **Civilistica.com**, v. 10, n. 2, p. 1-28, 19 set. 2021.



M527c Mello, Gabriele Lopes de  
A contribuição do CNJ com vistas ao registro civil como instrumento de segurança jurídica e de dignificação dos transgêneros / Gabriele Lopes de Mello. - Curitiba, 2023.  
137 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Ferreira  
Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro  
Universitário Internacional UNINTER.

1. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). 2.  
Pessoas transgênero – Direitos fundamentais. 3.  
Direitos humanos. 4. Dignidade. 5. Identidade de  
gênero. 6. Registro Civil – Brasil. I. Título.

CDD 340

Catlogação na fonte: Vanda Fattori Dias – CRB-9/547