

Questão Discursiva 02395

Maior de idade, absolutamente capaz e hipossuficiente nasceu mulher, mas se vê e é percebida perante a sociedade como homem. Embora tenha optado por não realizar cirurgia de transgenitalização, essa pessoa, tendo em vista seu desejo de proceder à retificação de seu registro de nascimento para alterar seu prenome e trocar o gênero feminino para o masculino, procurou a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte para ingressar com a ação competente.

Com base nessa situação hipotética, redija um texto dissertativo acerca da temática do neoconstitucionalismo apresentando argumentos de mérito em favor do pleito da assistida.

Ao elaborar seu texto, atenda ao que se pede a seguir.

- Apresente o conceito de neoconstitucionalismo.

- Discorra sobre a constitucionalização do direito, apontando, pelo menos, duas normas da Constituição Federal de 1988 que podem ser aplicadas em defesa da pretensão da assistida.

- Discuta sobre o ativismo judicial e a concretização do direito à autodeterminação sexual.

Resposta #002555

Por: **Aline Fleury Barreto** 24 de Fevereiro de 2017 às 17:33

O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo constitucional, marca a era pós-segunda guerra na tentativa de resgatar e sustentar a importância dos direitos fundamentais para o homem, após tantas violações emblemáticas ao longo do século XX; sob a supervisão dos ordenamentos jurídicos anfitriões.

Nesta senda, é dada nova roupagem aos princípios Constitucionais, que deixam a posição de mera orientação programática para alcançar eficácia normativa. Uma vez que o sistema constitucional, integrado por princípios, regras e parâmetros interpretativos, prestigia a concreção de direitos fundamentais e a eles sagra viés mandamental, eleva os cidadãos sob sua alçada a um estado de dignificação, abolindo a estratificação entre pares e entregando a cada qual a titularidade de sujeitos de deveres e direitos.

A CR/88 espiritualiza esses valores e abarca extensa gama de direitos e garantias, individuais e coletivos, a proteger o exercício de individualidades no corpo social, o exercício da consciência coletiva em sociedade e, o exercício de ambos, em face de eventuais arbitrariedades do próprio Estado.

Adentre este panorama, os direitos fundamentais, sobretudo de segunda geração, carecem a prestação positiva do Estado para a máxima efetividade, o que nem sempre está a margem de obstáculos burocráticos, legais ou econômicos. Portanto, nestas ocasiões, o ativismo judicial se faz essencial para suprir estas urgências, que ameaçam a liberdade, autonomia, vida ou saúde do Cidadão.

Os Tribunais pátrios já decidiram que a transgenitalização não se faz imprescindível para a retificação da base de dados do interessado quanto a seu nome, ou gênero, visto que, no exercício diário de nossos direitos da personalidade (honra, imagem, nome) é que identificamos a nós mesmos como indivíduos e, em segundo plano, como membros efetivos de uma coletividade.

Portanto, a identidade psíquica, real promotora da autodeterminação do indivíduo e da sua autoimagem, devam ser primariamente consideradas como meio de instrumentalizar e promover a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88).

No mais, é objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos (art. art. 3º, IV) e, garantir que "ninguém [seja] privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política" (art. 5º, VIII, CR/88), tendo por invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (art. 5º, X, CR/88).

Ora, todos estes preceitos são princípios constitucionais, que sob a ótica neoconstitucionalista, devam ser efetivados de plano, sem restrições, para que então as demais gerações de direitos fundamentais possam ser também usufruídas em seu estado pleno.

Desta forma, as balizas de isonomia, dignidade da pessoa humana e autodeterminação sexual, devem ser asseguradas pelo Judiciário quando negligenciadas na via administrativa, em uma das plúrimas facetas do amplo Acesso a Justiça (art. 5º, XXXV, CR/88).

Resposta #007197

Por: João da Silva Cardoso 13 de Outubro de 2022 às 15:14

De início, vale mencionar que a expressão neoconstitucionalismo não tem sentido unívoco, havendo doutrinadores, inclusive, que a tratam como sinônimo de constitucionalismo contemporâneo. A expressão advém, em verdade, de "neoconstitucionalismos", no plural, da obra de Miguel Carbonell. Nas lições do Ministro Luis Roberto Barroso, há três marcos para entendermos o presente tema. O marco histórico, com o pós-guerra, o marco filosófico, do pós-positivismo e o marco teórico com a força e supremacia da constituição, conforme as ideias de Konrad Hesse.

Ainda, o Neoconstitucionalismo bebe na fonte das lições de Dworkin e Alexy, dando importância maior à ponderação do que o formalismo jurídico, aos princípios do que a aplicação exata da lei. Assim, ocorre uma reaproximação do direito e da moral.

A ideia de uma constitucionalização do direito remonta ao ano de 1949, na Alemanha, no qual o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que os direitos fundamentais possuem não apenas um aspecto subjetivo, mas também um aspecto objetivo.

A Constituição Federal de 1988 traz diversos dispositivos capazes de dar suporte para a pretensão da assistida, como o inciso III do artigo 1º da CF88.

O ativismo judicial não se confunde com judicialização de políticas públicas, conforme os ensinamentos do Ministro Barroso. Enquanto o ativismo judicial retrata uma atitude, a judicialização de políticas públicas é um fato. O ativismo judicial ora ou outra é criticado pelos Estados, que se utiliza, entre outros argumentos, da cláusula da reserva do possível para negar alguns direitos. No entanto, o STF já sedimentou entendimento de que tal cláusula não pode afastar o mínimo existencial, ainda mais em situações como o caso em tela, no qual não há gasto por parte do Estado que justifique esta impossibilidade.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que 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 da vontade, não sendo necessário a cirurgia de mudança de sexo; essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'.