



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 116706/2015 – ASJCIV/SAJ/PGR

Recurso Extraordinário 845.779 – SC

Relator: Ministro **Roberto Barroso**

Recorrente: André dos Santos Fialho

Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 778. USO DE BANHEIRO PÚBLICO POR TRANSGÊNERO. DIREITO À IDENTIDADE INDIVIDUAL E SOCIAL. VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DIREITO DAS MINORIAS. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO.

1 - **Tese de Repercussão Geral – Tema 778** : Não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente 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 (CF).

2 - É cabível a condenação de estabelecimento comercial a pagamento por dano moral, na hipótese de abordagem de transgênero que visa constranger a pessoa a utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu, por identificação psicossocial, uma vez que viola a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade que conferem aos transgêneros os direitos referentes à sua identidade, ao reconhecimento, à igualdade, à não discriminação e à segurança, previstos nos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal (CF), caracterizando combate à discriminação racial e de gênero.

3 - Parecer pelo provimento do recurso, a fim de que seja reconhecido o direito à indenização da recorrente pelo dano moral sofrido, restabelecida a indenização fixada pela sentença de primeiro grau.

4 - No caso do Supremo Tribunal Federal (STF) entender ilíquida a indenização, opina, desde logo, pela remessa ao Tribunal *a quo*, com objetivo de, respeitada a premissa jurídica estabelecida, fixar o valor da indenização.

1. O caso em exame

Trata-se de agravo interposto por **André dos Santos Filho**, notoriamente conhecida como **Ama**, em face de decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que negou seguimento a recurso extraordinário, confirmando decisão da Terceira Câmara Cível do Tribunal local que, em apelação, julgou improcedente ação de indenização proposta com o objetivo de obter o ressarcimento por dano moral decorrente da discriminação de gênero praticada por seguranças da Beiramar Empresa Shopping Center Ltda.

A recorrente narra que, ao entrar no banheiro feminino, como costumeiramente faz em locais públicos, foi abordada por uma funcionária do estabelecimento comercial que a forçou a se retirar do recinto, sob o argumento de que a sua presença causaria constrangimento às mulheres que ali estavam.

Diz que, após isso, adentrou uma loja do *shopping* na tentativa de utilizar um banheiro que não fosse de uso comum, sendo informada, entretanto, de que não havia banheiros privativos no interior das lojas.

Afirma que, impedida de utilizar o banheiro e estando demasiadamente nervosa, não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas, defecando nas próprias vestes, mesmo sob o olhar das pessoas que transitavam pelo *shopping*, e que, depois de passar por essa si-

tuação vexatória, ainda precisou fazer uso do transporte coletivo a fim de retornar a sua casa.

A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), no entanto, deu provimento à Apelação interposta pela ré, afastando a incidência do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, a responsabilidade objetiva do estabelecimento comercial, sob o argumento de não estar configurado defeito na prestação do serviço, uma vez que não se verificou falha no dever de segurança.

Assentou o Tribunal não ter a recorrente demonstrado a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, destacando que a prova testemunhal não comprovou a suposta abordagem discriminatória ou agressiva. Ressaltou, também, não ser reprovável a conduta da funcionária que solicitou à recorrente que fizesse uso do banheiro masculino e concluiu descabida a indenização pretendida, pois o dano indenizável é aquele correspondente à lesão a direito da personalidade, com grande repercussão no psiquismo do ofendido, e não ao mero incômodo ou aborrecimento.

Do acórdão que deu provimento à Apelação foram opostos embargos declaratórios, rejeitados pelo Tribunal *a quo*.

Daí a interposição do recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegando violação dos arts. 1º, III; 5º, V, X, XXXII, LIV e LV; e 93, todos da Constituição.

A respeito da repercussão geral, sustenta afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e à honra da recorrente, que, mesmo “psicossocialmente” identificada como mulher, teria sido insistentemente tratada como se homem fosse. Afirma que tal ofensa ultrapassa os limites subjetivos da causa, haja vista “*a alta relevância no meio social ao contribuir para a construção de um novo paradigma cultural, primando pelo respeito mútuo e igualdade de tratamento, objetivos da República Federativa do Brasil*”.

Defende que a situação apresentada possibilita ao Supremo Tribunal Federal manifestar-se explicitamente sobre as efetivas proporções alcançadas pelos avanços na proteção da dignidade humana e das minorias, contribuindo, assim, para a inserção e aceitação das diferenças que naturalmente existem em uma sociedade multicultural, de acordo com as políticas adotadas pelo Governo Federal, com a colaboração das organizações não governamentais, nominadamente da ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, no combate às discriminações.

O recorrido apresentou contrarrazões. Preliminarmente, sustenta a inviabilidade do exame de matéria infraconstitucional e fático-probatória e, no mérito, o acerto do acórdão impugnado.

O recurso foi inadmitido na origem, pelos seguintes motivos:

(i) a alegação de afronta aos arts. 5º, V, X, XXXII, LIV e LV, e 93 da Constituição configura mera ofensa reflexa ao texto constitucional;

(ii) o que se almeja com o recurso, sob o pretexto de analisar suposta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, é rediscutir o mérito da questão julgada pelo Tribunal *a quo*, com a reanálise dos elementos fático-probatórios que envolvem o caso, o que é vedado em sede de recurso extraordinário (RE).

Da decisão que inadmitiu o recurso foi interposto agravo, convertido pelo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO em recurso extraordinário.

O Ministro destacou que, apesar de o caso envolver indenização por dano moral, o que, por via de regra, implica a negativa de reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo (RE 602.136, Tema 232; ARE 697.312, Tema 611; ARE 687.876, Tema 623), a hipótese apresentada não se restringe à interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais, sendo “*qualitativamente distinto(a) dos referidos precedentes, porque envolve a projeção social da identidade se-*

xual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X)”.

Diante disso, foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional debatida em acórdão assim ementado:

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.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República, em atenção ao despacho de 15 de maio de 2015.

A ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Petição 26907/2015), a ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Petição 36268/2015), o CLAM – Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos e o LIDIS – Laboratório Integrado em Diversidade Se-

xual e de Gênero, Políticas e Direitos (ambos pela Petição 37899/2015), requereram o ingresso no feito na qualidade de *amici curiae*, o que foi deferido por despacho de 8 de setembro de 2015.

Por outro lado, pelo mesmo despacho, o Grupo Dignidade (Petição 39725/2015) não teve admitido o seu ingresso no feito, por não ter demonstrado todos os requisitos legais necessários para o seu chamamento ao processo.

Esses, em síntese, são os fatos de interesse.

2. DAS QUESTÕES DE DIREITO

2.1. Violação de direitos fundamentais e o reconhecimento do dano

O cerne da questão está na análise se a abordagem de transgênero que tenta utilizar banheiro do sexo oposto, ao qual se dirigiu, ofende a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, sendo, por isso, indenizável a título de dano moral. Como assinalado pelo Ministro Relator, a questão consiste em verificar se houve ofensa aos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, que dispõem:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

fundamentos:

I - a soberania

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana

[...]

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

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

De fato, a dignidade da pessoa humana é o núcleo ético-jurídico, não apenas do Direito, mas de toda a vida em sociedade, e deve ser respeitada por todos em relação a todos. Neste sentido, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, seguindo o magistério da Ministra Cármen Lúcia:

Cuidando-se a dignidade - e aqui tomamos emprestadas as expressivas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha - do que se poderia denominar de "coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana", é imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações, a máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guarde

e proteja com todo o zelo e carinho este coração de toda sorte de moléstias e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas e, quando estas se fizerem inadiáveis, que se tenham por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja (ou, pelo menos, que venha a estar) a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade.¹

2.1.1. Reconhecimento dos direitos da população LGBTT

Antes de adentrar propriamente na análise da configuração ou não de violação da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade no ato de abordar transgênero que tenta utilizar banheiro do sexo oposto, ao qual se dirigiu, é importante fazer uma breve abordagem do quadro atual de proteção normativa dos direitos da minoria em que se insere à recorrente.

Ao longo dos anos, alguns avanços já foram alcançados no sentido de assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a dignidade e respeito a que todos os indivíduos têm direito. Hoje, muitos Estados possuem leis que garantem os direitos de igualdade e não discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 4ª ed., 2006, p. 144.

No Brasil, a Constituição prevê como objetivo fundamental a promoção *do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, IV) e estabelece que *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.* (art. 5º, I).

Apesar de não mencionar expressamente, na Constituição da República, a orientação sexual ou a identidade de gênero como fator de discriminação, o Brasil aderiu à Declaração Universal dos Direitos Humanos e ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que assim o fazem em seus artigos(?) 1, 2, 4, 24 e 26, respectivamente.

Em junho de 2011, durante a 17ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, foi aprovada a Resolução 17/19, intitulada *“Human rights, sexual orientation and gender identity”*. A Resolução, aprovada por 23 (vinte e três) votos a favor, 19 (dezenove) contrários e 3 (três) abstenções, contou com a atuação do Brasil, que a apresentou em plenário e participou ativamente de sua negociação.

Em junho de 2013, no marco da 43ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil assinou a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

Em que pese não tenha sido ainda ratificado, o instrumento representa importante vetor hermenêutico, considerado o com-

promisso da República Brasileira como um todo a partir da sua assinatura. Em uma perspectiva contemporânea e cosmopolita da construção do Direito Internacional, todos os poderes – e, aqui, ganha relevo o papel do Judiciário – têm o dever de, nas respectivas atuações, primar pelo cumprimento das obrigações internacionalmente assumidas. Ignorar a existência da Convenção implica indevido comportamento contraditório.

Ressalte-se que o engajamento brasileiro em todo o processo negociador do instrumento foi fundamental. O Brasil assumiu a presidência do Grupo de Trabalho por quatro anos consecutivos e manteve-se atuante ao longo das negociações, sempre em defesa do direito de todo ser humano à dignidade e à igualdade.

Ainda em 2013, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 175, de 14 de maio de 2013, que obriga todos os cartórios do país a habilitar ou celebrar casamento civil e converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. A referida resolução é fruto da decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132², apresentada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo como entidade

² ADPF 132, Relator o Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe, 14 out. 2011.

familiar, por analogia à união estável.

Outros direitos, como a adoção³, o serviço às forças armadas e a alteração de registro civil de trans⁴ que realizou a cirurgia de transgenitalização, também já foram reconhecidos no País. De fato, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade da alteração do nome nos registros civis em mais de uma ocasião⁵. Em 24 de novembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema (Tema 761), ao apreciar o RE 670.422,

- 3 No Supremo Tribunal Federal, a Ministra Cármen Lúcia reconheceu, em março de 2015, o direito à adoção por casal homoafetivo, ao negar seguimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Estadual do Paraná. RE 846102, Relatora a Min. CARMEN LÚCIA, *DJe*, 18 mar. 2015.
- 4 Utilizaremos a expressão “trans” em sentido amplo, ou seja, com o mesmo significado proposto por Aimar Suess: “*refere-se a todas as pessoas que elegeram uma identidade ou expressão de gênero diferente da atribuída ao nascer*”. Embora no conceito amplo de trans incluam-se “*peças transexuais, transgêneros, travestis, cross dressers, não gêneros, multigêneros, de gênero fluido, gênero queer e outras autodenominações relacionadas*”, mais adiante, neste parecer, será apresentada, contudo, a opinião da Procuradoria-Geral da República a respeito da necessária delimitação do termo e, conseqüentemente, do âmbito subjetivo de proteção, para fins de uso dos banheiros. (SUESS, Aimar. Análisis del panorama discursivo alrededor de la despatologización trans: procesos de transformación de los marcos interpretativos en diferentes campos sociales. In: MISSÉ, Miquel; COLL-PLANAS, Gerard (ed.). El género desordenado – críticas en torno a la patologización de la transexualidad. Barcelona-Madrid: EGALES, 2010, p. 29).
- 5 Nesse sentido, os acórdãos no REsp 737.993, Quarta Turma, Relator o Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe*, 18 dez. 2009 e no REsp 1.008.398, Terceira Turma, Relatora a Min. NANCY ANDRIGHI, *DJe*, 18 nov. 2009, e as decisões monocráticas na SE 11.942, Relator o Min. FRANCISCO FALCÃO, *DJe*, 16 dez. 2014, no REsp 1.043.004, Relator o Min. MARCO BUZZI, *DJe*, 5 ago. 2013, no REsp 876.672, Relator o Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe*, 5 mar. 2010, e na SE 004.179, Relator o Min. CESAR ASFOR ROCHA, *DJe*, 15 abr. 2009.

em acórdão assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (Relator o Min. MARCO AURÉLIO, *DJe*, 20 nov. 2014)

Recentemente, em 29 de maio de 2015, foram assinadas duas resoluções com um conjunto de normas e diretrizes que garantem direitos da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTT) que estão no sistema prisional do Rio de Janeiro⁶.

O documento garante a travestis e transexuais o direito à autodeterminação de gênero ao entrar no sistema penitenciário e à fixação da unidade de custódia compatível com o gênero declarado. Faculta o uso de roupas íntimas femininas ou masculinas e a manutenção dos cabelos compridos. Assegura o uso de uniforme compatível com o gênero durante os banhos de Sol, o direito a visita íntima e o recebimento de preservativos. O acesso à saúde integral também está previsto na norma, incluindo a hormonoterapia

⁶ Conforme divulgado pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro em 01.jun.2015, na sua página oficial na rede mundial de computadores. Disponível em <http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=2451623>, acesso *online* em 23.set.2015.

pia para travestis e transexuais. Ademais, veda a transferência compulsória de cela ou de ala em função da orientação sexual ou identidade de gênero.

Antes disso, em 16 de janeiro de 2015, foi editada a Resolução 12, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais, criado pela Medida Provisória 2216-37, de 31 de agosto de 2001, que estabelece parâmetros para a garantia de acesso e permanência de travestis e transexuais em diferentes espaços sociais.

A Resolução traz orientações sobre o uso do nome social oralmente, em formulários e sistemas de informação, nos espaços de ensino e em documentos oficiais e recomenda, expressamente, no art. 6º, a garantia do uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, de acordo com a identidade de gênero de cada pessoa⁷, nos seguintes termos:

Art. 6 Deve ser garantido o uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito.

Apesar disso, violações de direitos humanos que atingem pessoas em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gê-

7 CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO E PROMOÇÕES DOS DIREITOS DE LÉSBICAS, GAYS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. Resolução 12, de 16 de janeiro de 2015. Disponível *online* em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>. Acesso em: 16 jun. 2015.

nero, real ou percebida, constituem um padrão consolidado, que causa sérias preocupações que não podem ser ignoradas pelo Poder Judiciário brasileiro. Essas violações incluem execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação, agressões sexuais, estupro e invasão de privacidade. Não bastasse isso, as violações são frequentemente agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como a relatada no presente caso.

Como leciona Axel Honneth, ao tratar do desrespeito à identidade individual, da prática da violação cotidiana das pretensões individuais em relação aos quais lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, como qualquer outra pessoa na sociedade, esperam poder contar sejam legitimamente satisfeitas, na condição de membros de igual valor na sociedade, resulta não apenas a limitação violenta da autonomia pessoal, mas o sentimento de exclusão do convívio social, jurídico e moral⁸. A experiência do desrespeito que avilta o sentimento moral também leva à mobilização, na busca não apenas da reparação judicial, mas do reconhecimento do seu direito:

Pois a tensão afetiva em que o sofrimento de humilhações força o indivíduo a entrar só pode ser dissolvida por ele na medida em que reencontra a possibilidade da ação ativa; mas que essa práxis reaberta seja capaz de assumir a forma de

8 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 216.

uma resistência política resulta das possibilidades do discernimento moral que de maneira inquebrantável estão embutidas naqueles sentimentos negativos, na qualidade de conteúdos cognitivos.⁹

Shoppings, academias, repartições públicas, empresas e diversos outros espaços coletivos separam os banheiros a partir de uma lógica binária e biologicista, que reconhece a existência de dois sexos. Em regra, são designados banheiros para mulheres e outros para homens, separadamente¹⁰.

Diante dessa divisão clássica, o uso dos banheiros públicos torna-se uma questão delicada para os trans. Identificados socialmente por um gênero distinto de seu sexo biológico, os transgêneros enfrentam problemas quando precisam utilizar estes espaços. Muitas vezes, como na situação que aqui se analisa, são impedidos de frequentar o banheiro coerente com o seu gênero, sob o argumento de que gerariam constrangimento às demais pessoas que utilizam o espaço.

É necessário, contudo, perceber - e, mais que isso, reparar - o constrangimento sofrido também pela trans que, identificada e vestida com roupas femininas, tratando-se de “transmulher”, é obrigada a ingressar em um banheiro masculino e vice-versa, em

⁹ Idem, p. 224.

¹⁰ Em alguns locais, há o “banheiro familiar” e, quando muito, o chamado “terceiro banheiro”, todavia, o que prevalece é a divisão binária clássica: masculino e feminino.

se tratando de “trans-homem”.

A atuação do Judiciário, por vezes, é a única via para buscar essa reparação. A partir dos tópicos a seguir, será, então, abordada a prestação jurisdicional como ação afirmativa de proteção da minoria e, em seguida, serão apresentados, de forma sistematizada, os direitos da recorrente que foram violados pela conduta do recorrido: direito à identidade, direito ao reconhecimento, direito à igualdade e à não discriminação, direito à segurança – corolários da dignidade da pessoa humana – e o direito a recursos jurídicos e medidas corretivas.

2.2. A prestação jurisdicional como ação afirmativa de proteção da minoria

De fato, é necessária a adoção de políticas públicas sérias para eliminar ou, ao menos, reduzir as violações da integridade e da dignidade dos transgêneros. Isso não significa, contudo, que, enquanto não implementadas tais políticas, as atuais práticas causadoras de danos morais ou pessoais aos transgêneros devam ser mantidas impunes, sobretudo quando reconhecido que a realidade cultural e social do País tem constantemente levado os indivíduos a lesar direitos fundamentais relativos à dignidade e à integridade física e psíquica dessas minorias.

A invocação seletiva de razões de Estado para negar especificamente a uma categoria de sujeitos o direito à integridade física e psíquica e à dignidade, bem como outros direitos da personalidade, não é compatível com o sentido e alcance do princípio da jurisdição.

Destarte, o não reconhecimento do direito almejado pela recorrente implica, em última análise, recusar aos transgêneros os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, deixando-os privados de qualquer proteção estatal, numa condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. Resultaria em manter excluída do Estado Democrático de Direito parte da população brasileira, o que não é compatível com os valores fundantes da República delimitada em 1988.

Aliás, essa necessária proteção de vulneráveis foi defendida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 580.252, referente à indenização por danos morais aos presos por superlotação dos presídios. Eis o que consta no Informativo 770 sobre o caso:

Enfatizou que a invocação seletiva de razões de Estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral, não seria compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição. Acolher essas razões seria o mesmo que recusar aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, a descoberto de qualquer proteção estatal, em condição de vulne-

rabilidade juridicamente desastrosa. Seria dupla negativa: do direito e da jurisdição. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica dos detentos constituiria inescusável dever estatal. (Informativo 770, 1º a 5 de dezembro de 2014. RE 580.252, Relator o Min. TEORI ZAVASCKI, 3.12.2014).

É possível, então, sustentar que a atuação jurisdicional no presente caso insere-se no âmbito das ações afirmativas, concebidas como o conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais¹¹.

Como afirmam Roger Raupp Rios e Alice Hertzog, no artigo “Direitos humanos, transexualidade e 'direito dos banheiros'”, *“o caso em análise diz respeito à função constitucional do STF, de proteção de direitos de minorias, e o conseqüente enquadramento da questão sob o prisma da igualdade como proibição de discriminação”*¹².

Inegável, portanto, a importância individual, social e jurídica do reconhecimento, pela Suprema Corte, do dano sofrido pela recorrente.

11 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

12 RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”. *Revista Direito e Práxis*. UERJ, 2015, p. 13 [no prelo].

O Direito deve ser capaz de acompanhar as mudanças cotidianas, estar atento às realidades sociais, “*libertando-se de preconceitos que nos impedem de aceitar o próximo do jeito que é*”¹³. O Judiciário, em sua atuação, deve ter como premissa máxima a garantia da dignidade de todo ser humano, indistintamente.

Reconhecida a necessidade da prestação jurisdicional ora pleiteada, passa-se aos fundamentos para o reconhecimento da ocorrência do dano moral advindo do impedimento do uso do banheiro público feminino pela recorrente.

2.2.1. Direito à identidade

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A “orientação sexual” e a “identidade gênero” são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso¹⁴.

13 DINIZ, Maíra Coraci. *Direito à não discriminação: travestilidade e transexualidade*. São Paulo: Estúdio Editores, 2014, p. 8.

14 Introdução aos Princípios de Yogyakarta - Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios de Yogyakarta são normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. Suas normas jurídicas

A “orientação sexual” consiste na capacidade que cada indivíduo tem de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por pessoas de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com esses indivíduos¹⁵. O que importa, contudo, para fins da presente discussão, que envolve a utilização de banheiros públicos por trans, não é a “orientação sexual”, mas a “identidade de gênero”, que consiste

na experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento 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 o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos¹⁶.

Sobre a identidade de gênero, é notório o caso de Caitlyn Jenner, transmulher, nascido Bruce Jenner. Como atleta olímpico conquistou a medalha de ouro no decatlo masculino nos Jogos Olímpicos de 1976, mesmo ano no qual obteve o recorde mundial daquela modalidade. Em junho de 2015, já sob a identidade de

internacionais são vetores interpretativos, devendo ser observadas por todos os Estados. O documento foi elaborado a pedido de Louise Arbour, ex-alta comissária da ONU para os Direitos Humanos, em novembro de 2006, na cidade indonésia de Yogyakarta, por um grupo de 29 especialistas em Direito Internacional dos Direitos Humanos de vários países. Foi apresentado, em 26 de março de 2007, no Conselho de Direitos Humanos da ONU e posteriormente ratificado pela Comissão Internacional de Juristas.

15 Preâmbulo dos Princípios de Yogyakarta.

16 Introdução aos Princípios de Yogyakarta.

Caitlyn Jenner, prestou à revista *Vanity Fair* o seguinte depoimento:

Eu sou eu. Eu sou uma pessoa. Este é quem eu sou. Eu não estou preso no corpo de ninguém. Meu cérebro é muito mais feminino do que masculino. Vamos dar-lhe a alma de uma mulher e ver como ele lida com isso... Eu não estou preso no corpo de ninguém. Eu sou quem eu sou como um ser humano.

[...] As pessoas olham para mim de forma diferente. Elas me veem como um “macho”, mas meu coração e minha alma e tudo o que eu faço na vida é parte de mim. Esse lado feminino é parte de mim. É quem eu sou.

[...] Sexualidade é quem você é por fora. Mas identidade de gênero tem a ver com sua alma¹⁷.

Da simples leitura das declarações de Caitlyn Jenner é possível extrair o constrangimento a que se sujeitam as transmulheres que se veem obrigadas a, em total violação à sua identidade de gênero, utilizarem o banheiro masculino. Indubitável, assim, a ofensa à dignidade – como subjacente ao direito à identidade – advinda da conduta do recorrido.

A afirmação da identidade de gênero, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade no que tangue à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o trans, ter uma vida digna implica necessariamente ter reconhecida a sua identidade de gênero

¹⁷ Disponível em: <http://ego.globo.com/famosos/noticia/2015/06/caitlyn-jenner-se-reune-outras-transsexuais-vivendo-nossa-verdade.html>. Acesso em: 16 jun. 2015.

ro, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade¹⁸.

Destarte, impedir o uso do banheiro feminino é o mesmo que negar, individual e socialmente, a identidade feminina da recorrente, violando-se, assim, o seu direito a uma vida digna.

A desarmonia psicossocial que a entrada de alguém com a aparência de mulher em um banheiro masculino causa à sua identidade pessoal é inegável. Muitas vezes essa desarmonia chega a ser uma violência.

O Estado impõe – ou, ao menos, permite que se imponha – normas de gênero e orientação sexual às pessoas, por meio de costumes, legislação e violência, e exerce controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. Como atesta a introdução aos Princípios de Yogyakarta, *o policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.*

O presente caso bem reflete essa realidade, uma vez que o impedimento da recorrente de utilizar o banheiro público feminino configura exemplo claro do policiamento da sexualidade como

18 Foi na mesma linha a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.008.398, em que reconhecido, à unanimidade, o direito de transexual à alteração do prenome e designativo de sexo no registro civil. REsp 1.008.398, Relatora a Min. NANCY ANDRIGHI, *DJe*, 18 nov. 2009.

poderosa força subjacente à persistente violência de gênero. Ora, impedir que alguém que se sente mulher e se identifica como tal de usar o banheiro feminino é, sem dúvida, uma violência.

Para alguns pode ser algo “simples”, dada a clássica divisão binária “masculino e feminino”, mas a verdade é que a transmulher tem o direito de ser tratada como se pertencesse ao gênero feminino. Assim, o “simples” fato de impedi-la de usar o banheiro, além de violar esse direito, enfraquece seu senso de autoestima e de pertencimento à comunidade, podendo levá-la a reprimir sua identidade e a ter a vida marcada pelo medo e pela invisibilidade.

Fica claro, assim, que a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa constitui parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade¹⁹.

Não é demais lembrar que, historicamente, pessoas experimentaram violações de direitos humanos em decorrência do fato de serem transgêneros ou não pertencerem a grupos sexuais tradicionalmente identificados em determinadas sociedades. Desse modo, não reconhecer o dano sofrido pela recorrente é também perpetuar essas violações, indo na contramão do que se espera de um Estado – e de um Judiciário – que busca garantir os direitos

19 Princípios de Yogyakarta. Princípio 3 – Direito ao reconhecimento perante a lei.

humanos de todo indivíduo, em especial das minorias, independentemente da identidade de gênero.

2.2.2. Direito ao reconhecimento

O direito do reconhecimento pode ser definido como o direito à manutenção da identidade pessoal e ao reconhecimento dos direitos a ela inerentes. Trata-se de direito essencial para o deslinde do feito e, em especial, para fins de delimitação do âmbito de proteção da norma porventura advinda da decisão do Supremo no julgamento deste RE.

Os Princípios de Yogyakarta o mencionam como “*direito ao reconhecimento perante a lei*” e como seu corolário estabelecem o dever do Estado de “*implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero*” (Princípio 3, f) e “*tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa*” (Princípio 3, b).

O princípio do reconhecimento, além de prever que *toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei*, reza que:

[...] A orientação sexual e identidade de gênero autodefini-

das por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade.

Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero.

Imperioso, então, reconhecer que, para fins de “escolha” do banheiro a ser utilizado, basta que a pessoa, **por não desejar ser identificada e socialmente reconhecida pelo seu sexo biológico (“de nascença”)** – ou seja, por uma questão de identidade –, apresente-se como do sexo oposto.

Não são necessários, então, conforme se extrai dos Princípios de Yogyakarta, a alteração no registro civil, o travestimento, a conclusão do processo transexualizador ou que ele/ela seja inconfundível com alguém do sexo oposto a seu sexo biológico.

Em contrapartida, não é demais exigir que haja um mínimo de exteriorização dessa vontade de se identificar como do sexo oposto. Ou seja, não é razoável presumir o dano praticado em relação àquele que não apresente processo mínimo de transformação de gênero que permita identificar essa vontade de identificação individual e social.

Ademais, não parece razoável reconhecer a vivência do gênero por mera funcionalidade (*crossdressers*²⁰, *drag queens*, *drag kings*²¹ e transformistas²²) – e apenas por isso – como circunstância apta a gerar o direito de usar o banheiro do gênero no qual está travestido.

A seguinte lição é elucidativa quanto ao ponto:

Reconhecendo-se a diversidade de formas de viver o gênero, dois aspectos cabem na dimensão transgênero, enquanto expressões diferentes da condição. A vivência do gênero como:

1. Identidade (o que caracteriza transexuais e travestis); OU como
2. Funcionalidade (representado por *crossdressers*, *drag queens*,

20 *Crossdressers* são pessoas que vestem roupa ou utilizam objetos associados ao sexo oposto, por qualquer uma de muitas razões, desde vivenciar uma faceta feminina (para os homens), masculina (para as mulheres), por motivos profissionais ou para obter gratificação sexual, dentre outros.

21 *Drag* é uma abreviação do termo “*Dressed as a girl*”. *Drag queens* designa os que se montam de mulher e *drag kings* as que se montam de homem.

22 Transformistas, *grag-kings* e *drag-queens* montam-se apenas em ocasiões e lugares especiais, que eles sempre denominam noite, embora possa acontecer durante o dia. Boates, festas, programas de televisão, entre outros. O tempo (dia ou noite) é geralmente quem define o masculino ou feminino. Dizem: “*eu sou homem de dia e mulher de noite*”. O corpo é modificado com maquiagem, roupa, espuma para fazer seios e ancas. Diante de uma transformista “montada” não é possível saber se se trata de homem, mulher, travesti ou transexual. A diferença entre transformistas e *grag-kings* ou *drag-queens* é o fato de as últimas não terem a preocupação de “parecer mulher”. A maquiagem é carregada, a roupa exagerada, com altas plataformas, cabelos coloridos, etc. Essas distinções são apresentadas por Juliana Gonzaga Jayme, no texto “Travestis, Transformistas, Drag-Queens, Transexuais: identidade, corpo e gênero.” Disponível: <http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel3/JulianaJayme.pdf>.

Acesso em: 22 jun. 2015.

drag kings e transformistas)²³.

A vivência de gênero como mera funcionalidade pode até atender a alguma necessidade pessoal, vivenciada de forma delimitada, mas, por não incluir a busca pela identidade, não gera demanda pelo reconhecimento.

O que parece razoável, então, é que o dano seja reconhecido em relação àqueles que, de fato, almejem a vivência do gênero como identidade, ainda que não o seja em relação aos que a busquem apenas por funcionalidade, sem que esteja em causa aqui o aspecto da orientação sexual.

A Suprema Corte de Maine, nos Estados Unidos, ao reconhecer o direito de aluna transgênero de utilizar, em sua escola, o banheiro referente ao gênero com o qual se identifica, no caso *John Doe et. al. Regional School Unit 26*²⁴, esclareceu que a decisão não tinha o condão de estabelecer ou sugerir que as escolas permitissem o acesso a banheiros com base na exclusiva **autodeclaração** de identidade de gênero. Confira-se:

23 DE JESUS, Jaqueline Gomes. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Brasília, 2012, p. 7. Disponível em: https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989. Acesso em 22 de mai. 2015.

24 MAINE SUPREME JUDICIAL COURT. John Doe et. al. Regional School Unit 26. Case No. Pen-12-582 (ME S.Ct., Jan. 30, 2014). Disponível em: <http://www.glad.org/uploads/docs/cases/doe-v-clenchy/doe-v-clenchy-decision-1-30-14.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.

Thus, we do not suggest that any person could demand access to any school facility or program based solely on a self-declaration of gender identity or confusion without the plans developed in cooperation with the school and the accepted and respected diagnosis that are present in this case. Our opinion must not be read to require schools to permit students casual access to any bathroom of their choice²⁵.

Na presente situação, tal qual no caso supracitado, como a recorrente não apenas se autodeclara mulher, mas assim parece se identificar individual e socialmente, física e psiquicamente, fica clara a violação do direito ao reconhecimento advinda da conduta do recorrido e, por conseguinte, a necessidade de se reconhecer o dano por ela sofrido.

Segundo Axel Honneth, a negativa de reconhecimento gera uma violência ou abuso físico, que consiste no impedimento de alguém estar fisicamente seguro no mundo, e uma violência não física. Uma das formas de violência não física citada por Honneth, e aqui já abordada, é exatamente a exclusão de alguém de uma esfera de direitos, negando-lhe autonomia social e possibilidade de interação. A isso o autor denomina ostracismo social. A segunda forma de violência não física é a negativa de valor a uma forma de ser ou de viver, e é ela que está por trás das formas de tratamento degradante e insultuoso a certas pessoas e grupos, pois promove o

25 MAINE SUPREME JUDICIAL COURT. John Doe et. al. Regional School Unit 26. Case No. Pen-12-582 (ME S.Ct., Jan. 30, 2014, p. 13).

desrespeito por maneiras individuais ou coletivas de viver²⁶, exatamente como aconteceu no caso em apreço.

Ao ser impedida de utilizar o banheiro feminino, a recorrente sofreu as duas formas de violências citadas por Honneth. Foram-lhe negadas a autonomia social, a possibilidade de interação e a vivência da sua identidade.

Não se trata apenas de impedir o acesso a um local, mas de impedir, ainda que indiretamente, a recorrente de ser o que é, de ser reconhecida como o que é e, ainda, de gozar de um direito básico, mas não por isso menosprezível, de todo e qualquer ser humano: o de fazer uso de um banheiro do gênero a que pertence.

O direito ao reconhecimento, portanto, deve afirmar-se como um direito, em primeiro lugar, e precisará traduzir-se em esforços públicos – estatais e não-estatais – que retirem, ou, ao menos, minimizem, as consequências jurídicas de um estigma social sofrido pelo indivíduo estigmatizado.

De ressaltar que a reparação da injustiça, no caso, não é de caráter apenas individual, mas social. Como afirma José Reinaldo de Lima Lopes, *a luta pelo reconhecimento é uma disputa pelo reconhecimento da dignidade da pessoa aviltada ou ofendida pela maioria; e é também uma luta contra a injustiça, que consiste em aviltar um grupo inteiro*²⁷.

26 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 213-219.

27 LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e

2.2.3. Direito à igualdade e à não discriminação

O respeito pela identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher assegurada no art. 5º, I, da Constituição, no art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. I, primeira parte, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

É parte igualmente essencial do direito à não discriminação por motivos de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, tal como assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (no art. I, primeira parte) e nos seguintes tratados ratificados pelo Brasil: Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 2) e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (arts. 2, 4, 24 e 26).

De destacar, ademais, o artigo 1.1. da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância – assinada, apesar de ainda não ratificada, pelo Brasil –, que estabelece expressamente o sexo, a orientação sexual, a identidade e a expressão de gênero como fator de discriminação²⁸.

lésbicas. *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 2., n. 2, 2005.

28 “Artigo 1 Para os efeitos desta Convenção: 1. Discriminação é qualquer distinção,

Também os Princípios de Yogyakarta tratam da isonomia e especificamente da não discriminação por motivações de gênero, nos seguintes termos:

Princípio 1 - DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.

Os Estados deverão:

[...]

c) Implementar programas de educação e conscientização para promover e aprimorar o gozo pleno de todos os direitos humanos por todas as pessoas, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero;

d) Integrar às políticas de Estado e ao processo decisório uma abordagem pluralista que reconheça e afirme a interrelacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e identidade de gênero.

*exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área 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 nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.***” (Negritos acrescidos).

Princípio 2 – DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações. 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 o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico.

Os Estados deverão:

- a) Incorporar os princípios de igualdade e não discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero nas suas constituições nacionais e em outras legislações apropriadas, se ainda não tiverem sido incorporados, inclusive por meio de emendas e interpretações, assegurando-se a aplicação eficaz desses princípios;
- b) Revogar dispositivos criminais e outros dispositivos jurídicos que proíbam, ou sejam empregados na prática para proibir, a atividade sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade do consentimento, assegurando que a mesma idade do consentimento se aplique à atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo e pessoas de

sexos diferentes;

c) Adotar legislação adequada e outras medidas para proibir e eliminar a discriminação nas esferas pública e privada por motivo de orientação sexual e identidade de gênero;

d) Tomar as medidas adequadas para assegurar o desenvolvimento das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, para garantir que esses grupos ou indivíduos desfrutem ou exerçam igualmente seus direitos humanos. Estas medidas não podem ser consideradas como discriminatórias;

e) Em todas as respostas à discriminação na base da orientação sexual ou identidade de gênero deve-se considerar a maneira pela qual essa discriminação tem interseções com outras formas de discriminação;

f) Implementar todas as ações apropriadas, inclusive programas de educação e treinamento, com a perspectiva de eliminar atitudes ou comportamentos preconceituosos ou discriminatórios, relacionados à ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero.

É possível, então, relacionar o direito à utilização de banheiros por transexuais femininas com o conteúdo essencial do direito de igualdade e com a proibição de discriminação direta e indireta por motivo de identidade de gênero. A esse respeito, Roger Raupp Rios leciona:

No caso da proibição sanitária voltada contra transexuais femininas na utilização de banheiros públicos, há tanto uma como outra modalidade de discriminação.

A discriminação é direta porque decorrente da intenção ex-

plícita de barrar transexuais femininas em instalações abertas ao público que possibilitam o exercício adequado do direito fundamental à saúde. Nesse caso, é precisamente a condição transexual que motiva a restrição, de forma consciente e proposital, o que é fácil de constatar e contrastar com o direito de igualdade e seu mandamento antidiscriminatório.

Mesmo que se sustente ausência de intenção discriminatória contra transexuais, ao argumento de que a distinção é de sexo biológico e nada mais, apresenta-se a discriminação indireta, não intencional. Isso porque o binarismo de gênero sanitário, aparentemente neutro e sem propósito discriminatório, tem impacto diferenciado e prejudicial em face de transexuais femininas, que suportam o resultado de privação do acesso aos banheiros públicos femininos (SCHMIDT, 2015) e da desconsideração de sua identidade de gênero feminina²⁹.

Desse modo, ao permitir, ou melhor, ao exigir que seja possibilitado o uso do banheiro do sexo com o qual o indivíduo se identifica e se apresenta socialmente, o Estado cumpre os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana – como expressamente previstos no âmbito interno e internacional.

Ressalte-se que a criação do chamado “terceiro banheiro”, exclusivo ao público LGBT ou a transgêneros, também constitui medida de segregação, incompatível com o respeito ao direito à igualdade e à não discriminação. Isso porque submete-os ao constrangimento de terem que utilizar um “banheiro exclusivo” e impinge-lhes rótulo segregacionista e discriminatório.

²⁹RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”. *Revista Direito e Práxis*. UERJ, 2015, p. 14 [no prelo].

2.2.4. Direito à segurança

Outro direito fundamental diretamente ligado ao caso é o direito à segurança, uma vez que obrigar a recorrente a usar banheiro público de sexo diverso daquele com o qual se identifica pode colocá-la não apenas em situação de constrangimento e, por isso, atentatória à dignidade, mas de efetivo risco à sua incolumidade física e moral, violando-se o seu direito à segurança pessoal.

Já no preâmbulo, a Constituição da República prevê a segurança como valor supremo “*de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”, no art. 6º, como direito social e, no art. 144, estabelece a segurança pública como dever do Estado.

O direito à segurança pessoal está prescrito no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que diz que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, e, diretamente direcionada aos transgêneros, nos Princípios de Yogyakarta, que assim dispõem:

Princípio 5 - DIREITO À SEGURANÇA PESSOAL

Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito à segurança pessoal e proteção do Estado contra a violência ou dano corporal, infligido por funcionários governamentais ou qualquer indivíduo ou grupo.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas policiais e outras medidas necessárias para prevenir e proteger as pessoas de todas as formas de violência e assédio relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero; [...]

Apesar disso, são de conhecimento público os episódios de violência desferida contra transmulheres em banheiros masculinos, como também evidente o prejuízo à saúde, que abarca o direito de realizar necessidades fisiológicas não só em ambientes apropriados, como também livre de discriminação³⁰ ou medo.

Os avanços conquistados, no Judiciário e no Executivo, no combate à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero não foram suficientes para modificar o cenário de violência. Observam-se violências ainda mais marcadas pelo ódio e pela rejeição. O seguinte trecho do artigo *As princesas fora de lugar: notícias de violência contra travestis*, de Cecilia Froemming e Irina Bacci, ilustra bem a violência sofrida por transgêneros:

O relatório do GGB indica que, em 2011, das 478 notícias coletadas de violências contra LGBT na mídia brasileira, 278 relatavam homicídios. Em 2012, foram 511 notícias com violações contra LGBT, contendo 310 homicídios. De igual maneira, o relatório verificou que as notícias não captaram a extrema violência que travestis e transexuais vivenciam; porém, quando destacadas as notícias sobre identidade de gê-

30 RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”. *Revista Direito e Práxis*. UERJ, 2015, p. 14 [no prelo].

nero das vítimas, observou-se, em 2011, que 51% eram travestis e, em 2012, 52% eram travestis.

[...] Entre as notícias de violência promovida por grupos, destacamos o apedrejamento da casa de uma travesti em Curitiba por cinco homens e duas mulheres. A vítima pediu para que não quebrassem sua residência, defendeu-se das agressões e foi para o hospital – com uma das agressoras, também machucada. A vítima não conhecia os agressores. Ela conta que ouviu frases como “é aí a casa do traveco” (Ulbrich, 2013). Em outra notícia, seis travestis estavam na rua onde trabalhavam como profissionais do sexo e foram alvo de atentado a tiros, disparados por um carro com dois homens (Disputa..., 2013). Nenhuma delas foi ferida³¹.

Débora Diniz, em seu artigo *O Escândalo da Homofobia: Imagens de Vítimas e Sobreviventes*, bem retrata a vulnerabilidade, ou melhor, a violência a que se sujeitam as minorias aqui representadas pela recorrente:

Os fora da heteronorma são sujeitos vulnerabilizados pela violência epistêmica que os subalterniza. Se essa é uma experiência compartilhada por todos nós, há uma diferença entre sofrer subjugação moral e vivenciar a atualização da norma pela força física. A violência é uma forma brutal de subjugar os indivíduos à ordem moral hegemônica. Vítimas e sobreviventes são personagens que experienciaram a inscrição normalizadora pela violência ou, nos termos de Veena Das (2008), que passaram de vulneráveis a vítimas. Ser vulnerável não é o mesmo que ter experimentado a violência normalizadora no corpo: os fora da heteronorma são vulneráveis à moral hegemônica que lhes precariza a existência,

31 FROEMMING, Cecilia e BACCI, Irina. As princesas fora de lugar: notícias de violência contra travestis, In: DINIZ, Débora e DE OLIVEIRA, Rosana Medeiros (orgs.). *Notícias de homofobia no Brasil*. Brasília: LetrasLivres, 2014, p. 128-129.

mas alguns são ainda disciplinados com a força física ou com a sentença de morte. A violência física é, talvez, o instante mais cruel de atualização da heteronorma, e a imagem é o testemunho material de como ela se inscreve nos corpos. As imagens nos sensibilizam para a passagem do vulnerável à vítima³².

Ademais, impossibilitar que o transgênero faça uso do banheiro referente ao sexo com o qual se identifica pode representar um fator de instabilidade também para os usuários desses espaços públicos. Para alcançar tal conclusão, basta pensar no potencial tumultuário gerado pela entrada de um trans-homem, com compleições físicas (e psíquicas) masculinas muitas vezes idênticas ao de quem nasceu biologicamente homem, em banheiro destinado a mulheres.

2.2.5. Direito a recursos jurídicos e a medidas corretivas

Os princípios 28 e 29 de Yogyakarta, que estabelecem tanto o direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes quanto à responsabilização, também aplicáveis ao caso, nos seguintes termos:

Princípio 28 - DIREITO A RECURSOS JURÍDICOS E MEDIDAS CORRETIVAS EFICAZES

32 DINIZ, Débora. O escândalo da homofobia: imagens de vítimas e sobreviventes. In: DINIZ, Débora e DE OLIVEIRA, Rosana Medeiros (Org.). *Notícias de homofobia no Brasil*. Brasília: LetrasLivres, 2014, p. 70.

Toda pessoa vítima de uma violação de direitos humanos, inclusive violação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, tem direito a recursos jurídicos eficazes, adequados e apropriados. As medidas adotadas com o objetivo de fornecer reparação a pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, ou de garantir o desenvolvimento apropriado dessas pessoas, constituem elementos essenciais do direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes.

Os Estados deverão:

a) Estabelecer os procedimentos jurídicos necessários, incluindo a revisão de leis e políticas, para assegurar que as vítimas de violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero tenham acesso a medidas corretivas plenas, através de restituição, compensação, reabilitação, satisfação, garantia de não repetição e/ou qualquer outro meio que seja apropriado;

[...]

Princípio 29 - RESPONSABILIZAÇÃO (*ACCOUNTABILITY*)

Toda pessoa cujos direitos humanos sejam violados, inclusive direitos referidos nestes Princípios, tem o direito de responsabilizar por suas ações, de maneira proporcional à seriedade da violação, aquelas pessoas que, direta ou indiretamente, praticaram aquela violação, sejam ou não funcionários/as públicos/as. Não deve haver impunidade para pessoas que violam os direitos humanos relacionadas à orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

a) Implantar procedimentos criminais, civis, administrativos e outros procedimentos, que sejam apropriados, acessíveis e eficazes, assim como mecanismos de monitoramento, para

assegurar que as pessoas e instituições que violam os direitos humanos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero sejam responsabilizadas;

[...]

d) Eliminar qualquer obstáculo que impeça a responsabilização das pessoas que praticaram violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Destarte, reconhecer a ocorrência de dano decorrente do impedimento do uso do banheiro feminino pela recorrente e, consequentemente, o dever de indenizar por parte do estabelecimento comercial recorrido é, sem dúvida, uma forma de revisar uma política e, assim, assegurar que a recorrente, vítima de violação de direitos fundamentais por motivo de identidade de gênero, tenha acesso “*a medidas corretivas plenas, através de restituição, compensação, reabilitação, satisfação, garantia de não repetição*” (Princípio 28) e que o recorrido seja responsabilizado civilmente por seus atos (Princípio 29).

2.3. Reconhecimento do dano

2.3.1. O aporte do direito estadunidense

O recurso às experiências estrangeiras, no processo de fundamentação judicial e de implementação de políticas públicas, não é um fenômeno novo e pode ser facilmente identificado na juris-

prudência brasileira.

No presente caso, o aporte de direito comparado é bastante útil, uma vez que envolve questão ainda pouco versada no âmbito jurisdicional interno. Acresce que a demanda pelo reconhecimento de direitos dos cidadãos que se identificam como lésbicas, gays, bissexuais, travestis ou transgêneros, como já visto, consolida-se em escala global, caracterizando-se como nova etapa na afirmação histórica dos direitos humanos.

Reporta-se, portanto, ao debate jurídico estadunidense, a fim de que sejam apresentados subsídios valiosos para o aprimoramento da discussão no Brasil.

Em janeiro de 2014, a Suprema Corte de Maine, nos Estados Unidos, ao julgar o caso *John Doe et. al. Regional School Unit 26*³³, citado no item I.4 deste parecer, reconheceu que os alunos transgêneros devem ser autorizados a utilizar, em suas escolas, os banheiros referentes ao gênero com o qual se identificam, sob pena de violação à Lei dos Direitos Humanos de Maine, que proíbe a discriminação com base na orientação sexual.

A ação foi originalmente proposta por John e Jane Doe, pais de S. D., uma garota transgênero que nasceu homem, mas come-

33 MAINE SUPREME JUDICIAL COURT. *John Doe et. al. Regional School Unit 26*. Case No. Pen-12-582 (ME S.Ct., Jan. 30, 2014). Disponível em: <http://www.glad.org/uploads/docs/cases/doe-v-clenchy/doe-v-clenchy-decision-1-30-14.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.

çou a expressar o gênero feminino aos dois anos de idade e, quando cursava a quinta série na *Regional School Unit 26*, já com o diagnóstico de “disforia de gênero”³⁴, foi impedida de continuar utilizando o banheiro feminino da escola, como vinha fazendo desde a terceira série. De acordo com a decisão, “*gender dysphoria is the medical term for psychological distress resulting from having a gender identity different from the sex that one was assigned at birth.*”

Consta da decisão que S. D., no início do ano de 2007, quando começou a cursar a quinta série, fazia uso do banheiro de meninas sem queixas de pais de outros alunos, até que um menino a seguiu até o banheiro feminino, em duas ocasiões distintas, e alegou que também tinha o direito de adentrar o recinto. O estudante estava agindo sob orientação de seu avô, que contestava fortemente a decisão da escola de permitir que S. D. utilizasse o banheiro das meninas.

A situação gerou impacto na mídia e, diante do clamor dos pais e da sociedade, a escola orientou Susan a fazer uso de um banheiro privativo. Em razão disso, a família de S. D. retirou-a da *Regional School Unit 26* e mudou-se para outro bairro do Estado.

Em sua decisão, a Corte destacou que, no confronto entre a norma que veda a discriminação com base na orientação sexual e

34 MAINE SUPREME JUDICIAL COURT. John Doe et. al. *Regional School Unit 26*. Case No. Pen-12-582 (ME S.Ct., Jan. 30, 2014, p. 3).

que exige das escolas que proporcione às crianças banheiros limpos e separados de acordo com o gênero, deveria prevalecer a não discriminação. Concluiu, assim, que um indivíduo não pode ter acesso negado a banheiro por questões de gênero.

Em condições dessa estirpe, sobretudo diante das similitudes fático-jurídicas dos casos, o direito comparado funciona como autêntico método de interpretação jurídica e abre, no aspecto em exame, pauta hermenêutica para compreensão do sentido e do alcance do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e seus corolários.

2.3.2. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Se é certa utilidade do aporte ao Direito Comparado no processo de fundamentação judicial e de implementação de políticas públicas, com maior razão o é o recurso ao Direito Internacional.

As normas que protegem os interesses da comunidade internacional como um todo protegem também os interesses das sociedades domésticas³⁵. Por conseguinte, não há motivos cabais para impedir que conceitos, institutos e decisões de Direito Internacional sejam adotadas, em determinadas situações, como paradigma

³⁵ NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. *New perspectives on the divide between National & International Law*. New York: Oxford University Press Inc., 2007.

para o enfrentamento de desafios internos; pelo contrário, esse recurso deve ser estimulado.

O caso emblemático da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a respeito do direito à não discriminação por razão de orientação sexual ou identidade de gênero é o *Atala Riffo vs. Chile*³⁶, em que se impugna decisão da Suprema Corte do Chile que concedeu a guarda das três filhas de Karen Atala ao pai, sob o argumento de que a mãe, em razão da união afetiva com pessoa do mesmo sexo, não poderia manter a custódia das crianças.

A Corte IDH entendeu que o Chile violou os arts. 1.1 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por afrontar o princípio da igualdade e não discriminação. Interpretou-se o art. 1.1. como cláusula aberta, incluindo-se na lista dos chamados “motivos proibidos”³⁷ a categoria “orientação sexual”. Destarte, ficou assentado que o direito à não discriminação pautado na orien-

36 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. 24 fev. 2012. Série C No. 239.

37 “Motivos proibidos” é a tradução da expressão “*Prohibited Grounds of Discrimination*”, comumente utilizada nos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos para designar os temas em que é quase impossível imaginar causa razoável de um tratamento diferenciado justificado. Correspondem a características das pessoas que não parecem ser relevantes para fins de diferenciação que o Estado deseje realizar para alcançar algum propósito legítimo, tais como, raça, cor, ascendência, religião, nacionalidade, origem étnica, cidadania, sexo (incluída a identidade de gênero), orientação sexual, estado civil, posição familiar e incapacidade.

tação sexual não se limita à condição de ser homossexual, mas inclui outras expressões ligadas ao projeto de vida de cada indivíduo (incluída a identidade de gênero).

Segundo o entendimento desta Corte, as alegações por parte de um Estado de não existência de consenso quanto aos direitos das minorias sexuais não podem ser consideradas como um argumento válido para negar-lhes seus direitos humanos, ou para perpetuar e reproduzir a discriminação que há muito tais minorias vem sofrendo³⁸. Destacou, assim, que, no âmbito dos direitos humanos, a interpretação deve sempre ser feita orientada pelo princípio *pro homine*, ou seja, da forma mais favorável ao indivíduo.

Foi reforçada a consideração do direito à igualdade e à não discriminação como *jus cogens*, assentando-se que uma distinção que carece de justificação objetiva e razoável é efetivamente discriminatória e que o Estado, no exercício do chamado controle social, deve agir nos limites da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta cada uma das pessoas que será atingida por tal decisão ou ação. Logo, deve ser proibida qualquer norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por particulares, que diminua ou restrinja, de qualquer modo, os

38 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. 24 fev. 2012. Série C No. 239, § 92. No mesmo sentido: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual 2012. OEA/Ser.L/V/II.147. Doc.1, adotado em 05 de março de 2013, p. 63-64.

direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual³⁹.

Ainda sobre a isonomia e não discriminação, a Corte IDH, na Opinião Consultiva OC-4/84, 19/01/1984, Série A, No.4, destacou que a noção de dignidade da pessoa é inseparável da igualdade de direitos, que decorre da natureza do gênero humano, sendo incompatível com qualquer situação que leve um grupo a ser tratado com hostilidade e discriminação, por ser considerado inferior a outro. Segundo a Corte, criar diferenças de tratamento entre seres humanos os diminui e desclassifica, viola a honra, dignidade e a ética do direito⁴⁰.

2.4. A indenização no caso concreto

Reconhecida a ofensa à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais que são seus corolários, é inegável, por consequência, o direito à reparação do dano moral sofrido pela recorrente.

Afastada que foi a aplicação do Enunciado 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento em que foi

39 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. 24 fev. 2012. Série C No. 239, § 91. Na ocasião, a Corte mencionou o caso Yatama Vs. Nicarágua, 23/06/2005, Série C, No. 127, §§ 184 e 185.

40 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-4/84, 19/01/1984, Série A, No.4, Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à Naturalização.

reconhecida a repercussão geral, e não mais subsistindo o que fora decidido no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, é possível, sem que implique reexame da prova, restabelecer a indenização por danos morais anteriormente fixada pela sentença de primeiro grau, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Contudo, caso a Suprema Corte entenda ilíquida a indenização, opina, desde logo, pela remessa ao Tribunal *a quo*, para que, respeitada a premissa jurídica estabelecida, venha fixar o *quantum* indenizatório.

Nessa hipótese, é de se ressaltar que os aspectos fáticos que envolvem o caso, embora não influam no reconhecimento ou não da responsabilidade civil, uma vez atestado pela Suprema Corte que o simples fato de impedir a utilização do banheiro público seja suficiente para a configuração do dano moral, poderão ser sopesados para fins de arbitramento do valor da indenização.

Assim, ao Tribunal *a quo* não caberá analisar, para fins de verificação da presença donexo causal entre a conduta do funcionário do shopping e o resultado danoso, se o impedimento do acesso ao banheiro se deu de forma cortês ou não, ou, ainda, se foi facultado à recorrente o uso do banheiro masculino ou do banheiro de família, mas apenas levar tais circunstâncias fáticas em consideração para fixar o *quantum* indenizatório, partindo-se da inafastável pre-

missa da ocorrência do dano – reconhecida pela Suprema Corte, nesta via extraordinária.

3. Conclusão

Em síntese, tem natureza constitucional o debate sobre o uso de banheiros públicos por transgêneros, uma vez que envolve a aplicação do Preâmbulo dos artigos 1º, III, 5º, I, V e X, 6º e 144 da Constituição; dos Princípios de Yogyakarta; dos artigos 1, primeira parte, e 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; dos artigos 2, 4, 24 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; dos artigos 2 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 1.1. da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

Ante o exposto, o parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo provimento do recurso extraordinário, a fim de que seja reconhecido o direito à indenização da recorrente pelo dano moral sofrido em decorrência da sua abordagem, por funcionária do estabelecimento recorrido, para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu, restabelecido o valor fixado pela sentença de primeiro grau e, na hipótese de a Suprema Corte entender ilíquida a indenização, opina, desde logo, pela remessa ao Tribunal *a quo*, para que, respeitada a premissa jurídica estabelecida, venha a fixar o *quantum* indenizatório.

Por fim, considerada a sistemática da repercussão geral e os efeitos do presente julgamento em relação aos demais casos que tratem ou venham a tratar do Tema 778, propõe a Procuradoria-Geral da República a fixação da seguinte tese:

Não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente 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 .

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

JCCR/BIAA