



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
EMERJ

REFLEXÕES SOBRE A PESSOA TRANSEXUAL E O USO DE BANHEIROS
COLETIVOS

Brenda de Farias Silva

Rio de Janeiro
2018

BRENDA DE FARIAS SILVA

REFLEXÕES SOBRE A PESSOA TRANSEXUAL E O USO DE BANHEIROS
COLETIVOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica C. F.

Areal Néli L. C.

Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

REFLEXÕES SOBRE A PESSOA TRANSEXUAL E O USO DE BANHEIROS COLETIVOS

Brenda de Farias Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – O Brasil possui dificuldades na abordagem política-legislativa quanto aos interesses de transexuais, o que incita reflexões. Recentemente, após decisão da Suprema Corte, passaram a ser tratadas como pessoas dotadas de dignidade. Entretanto, isso é apenas um passo evolutivo à proteção de seus anseios, eis que permanece no limbo posicionamento a respeito do tratamento social que lhes deve ser concedido. Assim, busca-se no presente trabalho analisar a possibilidade de uso de banheiros destinados ao sexo com o qual se identificam, sem possibilidade de restrição por terceiros.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Dignidade da Pessoa Humana. Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais. Transexuais. Uso de Banheiro Coletivo.

Sumário – Introdução. 1. A demanda transexual e a importância da dignidade da pessoa humana para sua fundamentação. 2. A evolução da aplicabilidade dos direitos fundamentais e o trato da pessoa transexual. 3. A ponderação de interesses quanto ao uso do banheiro coletivo por pessoa transexual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a possibilidade de restrição de uso de banheiros coletivos por transexuais quando destinados ao sexo com o qual se identificam. Neste sentido, procura-se investigar se existe direito fundamental que sustente o tratamento destinado a eles pela sociedade civil como pertencentes a gênero diverso daquele atribuído quando do nascimento. Por conseguinte, visa-se perquirir se isso culminaria em restrição indevida de direitos das demais pessoas em sociedade.

O tema enseja controvérsias, merecendo atenção, principalmente, em razão de ainda estar pendente de análise no Supremo Tribunal Federal recurso com repercussão geral reconhecida que deverá fixar tese sobre a matéria. Assim, para melhor compreensão do tema, primeiramente, procura-se delimitar quem são as pessoas transexuais bem como o contexto histórico-social em que seus anseios estão inseridos. Paralelamente, visa-se identificar a relação que a dignidade da pessoa humana assume neste panorama, principalmente, após

recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de mudança de nome e sexo em registro civil sem necessidade de cirurgia de transgenitalização.

A partir disso, num segundo momento, pretende-se esclarecer o grau de aplicabilidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro correlacionado à tutela de direitos de transexuais. Por fim, se buscará fazer ponderação entre os interesses envolvidos no caso de utilização de banheiros coletivos por transexuais, a fim de identificar se é possível a restrição de acesso por estes de maneira constitucional, sem olvidar apontamentos quanto à relevância do papel do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário como um todo no enfrentamento da questão.

Portanto, a pesquisa será desenvolvida pelo procedimento bibliográfico e far-se-á uma abordagem qualitativa, porquanto para a sustentação da tese, pretende-se utilizar de bibliografia pertinente ao tema em foco, além de privilegiar o aspecto exploratório na análise da Constituição Brasileira de 1988, da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

1. A DEMANDA TRANSEXUAL E A IMPORTÂNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA SUA FUNDAMENTAÇÃO

Transexual é o termo utilizado amplamente para se referir à pessoa que “recorre à prática das transformações corporais para atender a seu desejo de viver e ser identificada como pessoa do sexo oposto ao seu biológico”¹. Neste sentido, importante indicar que o termo transexualismo remonta à medicina desenvolvida a partir da primeira metade do Século XX, em especial com os estudos de John Money e Harry Benjamin², indicando-o como doença mental na qual a pessoa acometida vivência intensa inadequação entre sua identidade de gênero e seu sexo biológico³.

Como aduz Maria Berenice Dias, “caracteriza-se por um forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero [...], o transexual sente-se como se tivesse nascido no corpo errado,

¹VENTURA, Miriam. *A Transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010, p. 10-11.

²VENTURA, op. cit., p. 74-76.

³Quanto à expressão gênero, neste artigo buscou-se utiliza-la como forma pela qual a sociedade comumente concebe o que é ser homem e mulher, nas práticas cotidianas arraigadas, distinguindo-se da expressão “sexo”, que se divide em feminino e masculino, determinado pelo fator biológico. No mais, a expressão identidade de gênero foi tomada como expressão do fenômeno no qual o indivíduo se reconhece como pertencente a algum gênero, independentemente do seu sexo.

como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita”⁴. Assim, considerando pertencer a sexo diverso do biológico, possuindo órgão sexual inadequado, é comum que deseje extirpá-lo, além de realizar mudanças corporais para se apresentar mais condizente com o gênero com o qual psicologicamente se identifica. Por tal motivo, os estudiosos da época chegaram à conclusão de que a diminuição dos seus sintomas de sofrimento psicológico seriam apenas atenuados ou findos a partir de terapia hormonal e de realização de cirurgias, embrionárias, de mudança de sexo.

Marcadas pelo liberalismo da época, as Constituições não se imiscuíam nas relações privadas, que eram disciplinadas especialmente pelos Códigos Civis e leis esparsas, primando pela proteção da segurança jurídica, vital aos interesses da burguesia. Embora já pudessem indicar direitos fundamentais, resumiam-se estes a limitações ao Poder Estatal, impondo dever de abstenção. Apesar dos direitos fundamentais já serem marcados pela perspectiva subjetiva⁵, não se reconhecia, neste contexto, direito ao transexual ser tratado pelo Estado como pertencente a sexo diverso do biológico, em regra. Ora, isso era tido como ofensa à segurança jurídica das relações privadas, bem como havia forte oposição de cunho religioso, já que, por vias transversas estaria se incitando o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, infringindo aos postulados de casamento e de família tradicionais.

Portanto, aos transexuais foi relegada marginalização, sob o discurso de que, em decorrência do acometimento mental, não estariam em pleno juízo de suas faculdades psíquicas, impossibilitando seu pleno convívio em sociedade, pois nela não se enquadrariam. Assim, eles foram estigmatizados, sofrendo intervenções e interdições de toda ordem em suas vidas civis pelo Estado, sobretudo embasadas pela necessidade de medicalização do desvio⁶ que os acometia.

No pós Segunda Guerra, principalmente em razão do advento da Declaração de Direitos Humanos de 1948, propiciou-se uma guinada paradigmática nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Isso culminou na necessidade de reconhecimento substancial da

⁴DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 43.

⁵“[...]”, pois, cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica”, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105.

⁶VENTURA, Miriam. *Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual*. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

dignidade de todo ser humano e de tutela efetiva de direitos fundamentais dela decorrente. Criou-se terreno fértil a reformulações de normas e valores sociais no campo da sexualidade, principalmente, em razão da necessidade de integração das mulheres como força de trabalho no pós-guerra.

Nesse contexto, as movimentações sociais da década de 60 foram pioneiras na reivindicação por mudanças, surgindo inicialmente sob pálio das ideias dos movimentos feministas e homossexuais. A liberdade sexual passou a ser tema recorrente daquele momento, especialmente em razão da busca pelo acesso a métodos contraceptivos e pela refutação do discurso médico-científico e legal da homossexualidade como doença e crime contra os costumes.

No Brasil, os direitos relacionados à temática da sexualidade e diversidade de gênero somente ganharam ênfase a partir de demandas por direitos sociais, especialmente relacionadas ao direito à saúde ou ao reconhecimento de direitos previdenciários e securitários decorrentes de morte de parceiros. Concomitantemente, os pleitos de transexuais com relação à mudança de nome e sexo nos registros civis surge⁷, sobretudo, sob justificativa de que traria efeitos benéficos para o bem-estar psíquico do grupo.

Por influência destas ideias, a Organização Mundial da Saúde reeditou o CID⁸, previu a retirada da transexualidade do rol de doenças mentais, passando a incluí-la no rol de comportamentos sexuais ou condições relacionadas à saúde sexual, que entrará em vigor a partir de 2022, nos países signatários. Isso já aproxima a abordagem do assunto como uma condição sexual particular de um ser humano, o que contribuí para vivência da cidadania plena dos transexuais.

Apesar dos avanços lentos e não uniformes⁹, nos últimos 18 anos¹⁰, a jurisprudência pátria vem se aproximando dessa abordagem. Isso inclusive pode ser depreendido a partir do julgamento, com repercussão geral e eficácia vinculante, no Supremo Tribunal Federal, em que se fixou entendimento no sentido de que não há necessidade prévia de cirurgia de

⁷Miriam Ventura indica que foi a partir de 1970 que a demanda trans começou a ter maior notoriedade com a chegada ao STF de análise de condenação penal e ético profissional de médico por realização da cirurgia de mudança de sexo. Neste sentido: VENTURA, op. cit, 2010, p. 92.

⁸Sigla indicativa da expressão Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde.

⁹RIOS, Roger Raupp; OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Direitos sexuais e heterossexismo: identidades sexuais e discursos no Brasil*. In: MISKOLCI, Richard; PELÚCIO, Larissa (Org.). *Discursos fora da ordem: sexualidades, saberes e direitos*. São Paulo: Annablume, 2012, p. 252.

¹⁰Em que pese pedidos de mudança de nome e sexo terem sido judicializados, chegando ao STF em 1981, somente a partir de 2000 teses favoráveis passaram a ser ventiladas na jurisprudência.

transgenitalização para que transexual possa realizar a alteração de seu nome e de seu sexo em documentos de identificação civil¹¹.

Cumprе destacar que, para chegada a essa conclusão, na análise do tema, foi primordial o papel que a dignidade humana vem galgando no ordenamento jurídico pátrio, a partir de sua consagração no art. 1º, III, da Carta Magna de 1988. Nesta ceara, indica Exmo. Ministro Luiz Roberto Barroso¹² que é possível depreender conteúdos mínimos essenciais deste princípio que possibilitem seu melhor manejo em casos concretos, especialmente naqueles considerados difíceis¹³ para o Poder Judiciário decidir.

Sob este prisma, a dignidade humana pode se apresentar numa de suas vertentes como valor intrínseco ou inerente de cada pessoa, a partir da ideia de que cada um é dotado de atributos únicos que o diferenciam de todos os demais e de todas as coisas. É dessa singularidade que decorrem dois postulados imprescindíveis para aferição de adequação do exercício de direitos ou assunção de obrigações no ordenamento jurídico: um antiutilitarista e outro antiautoritário. No primeiro, tem-se a noção de que o ser humano deve ser “um fim em si mesmo, e não [...] um meio para realização de metas coletivas ou de projetos sociais”¹⁴ alheios, enquanto que no segundo, tem-se a concepção de que “o Estado existe para o indivíduo e não o contrário”¹⁵, ou seja, para promover, na maior medida possível, o pleno desenvolvimento de suas faculdades, protegendo os interesses de cada um quando necessário.

Dessa inviolabilidade da pessoa humana, decorre também o direito à igualdade, pelo qual se entende que cada pessoa merece igual respeito e consideração, independentemente de qualquer condição. Além do direito ao tratamento não discriminatório legalmente constituído, sobre o manto da igualdade formal, sua materialização, ademais, requer o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais especificados, não só como condição para experiência de maior igualdade substancial, mas, também como pressuposto de fruição da dignidade individual de cada um, o que, inclusive, culmina na aceção de reconhecimento¹⁶

¹¹Neste sentido, ver Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 e Recurso Extraordinário nº 670.422.

¹²BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo* – natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patricia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). Estudos: direito público: homenagem ao ministro Carlos Mário da Silva Velloso. São Paulo: LexMagister, 2013, p. 48.

¹³É a ideia de *hard cases*, advinda principalmente do direito norte americano, em que se sente a opinião pública dividida de modo que não será possível com a decisão satisfazer a todos os anseios.

¹⁴BARROSO, op. cit., p. 49.

¹⁵Ibidem.

¹⁶O Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski já indicou que “a demanda por reconhecimento é (...) componente

pelo Estado.

Quanto ao reconhecimento das pessoas trans, conforme invocado no referido julgamento, os Princípios de Yogyakarta indicam precipuamente que a identidade de gênero autodefinida por uma pessoa constitui parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação e liberdade¹⁷. Ou seja, quanto às pessoas trans é preciso respeito à diversidade do modo de vida que possuem, bem como à identidade humana de cada uma delas. Não obstante, isso é complementado pela aceção de dignidade humana como autonomia¹⁸, pela qual se depreende que mecanismos devem ser criados para possibilitar que transexuais decidam os rumos de suas próprias vidas e desenvolvam livremente suas personalidades, sem imposições externas indevidas.

Portanto, percebe-se que a dignidade humana foi determinante, no referido julgado, para a conclusão de que não é viável¹⁹ aplicação de normas ou elaboração de interpretações destas que condicionem a alteração de nome e sexo em registro civil por transexuais à realização de cirurgia de transgenitalização, sob pena de reforçar estigmas sociais e limitar o livre e completo desenvolvimento de suas faculdades humanas, o que lhes suprimiria a própria condição de seres humanos. Afinal, é necessário que o Estado, numa concepção antiautoritária, propicie “as condições para a autodeterminação”²⁰ de cada pessoa, a partir da concessão de “possibilidades objetivas de decisão e escolha”²¹. Como bem aduziu o Exmo.

essencial conceito jurídico (...) da igualdade. Neste diapasão, igualdade como reconhecimento é uma das principais reivindicações de grupos minoritários e de direitos humanos em todo o mundo”, LEWANDOWSKI, Ricardo. *Voto em ADI nº 4275 e RE nº 670.422*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-min-lewandowski-registro-civil.pdf>>. Acesso em 16 out 2018. No mesmo voto em construção, o Ministro indica que a busca por justiça social prestigia o reconhecimento como contribuição para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria e às suas normas sociais dominantes não é mais o preço do igual respeito, permitindo que estes grupos vivam conforme seus próprios anseios.

¹⁷Os Princípios de Yogyakarta compõem um documento sobre a aplicação dos direitos humanos, especialmente, na área de orientação sexual e identidade de gênero, publicado como resultado de uma reunião internacional de grupos estudiosos na Indonésia, em novembro de 2006, CLAM. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 16 out de 2018.

¹⁸“Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro na seara do pluralismo, sem admitir crivo da maioria sobre escolhas morais”, AURÉLIO, Marco. *Voto em ADI nº 4275 e RE nº 670.422*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoMMA.pdf>>. Acesso em 16 out de 2018.

¹⁹Afinal, muitos transexuais não desejam submeter-se à cirurgia de mudança de sexo, seja só pela ausência de repulsa à morfologia sexual ou pelo medo das drásticas consequências à saúde física que podem ainda trazer, sendo impossível juridicamente impô-la.

²⁰BARROSO, op. cit., p. 51.

²¹Ibidem.

Ministro Marco Aurélio em seu voto, “Legitima-se a modificação para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade, tal como se percebe”²², fundamentação que deve reverberar não só na relação entre o Estado e a pessoa transexual.

2. A EVOLUÇÃO DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TRATO DA PESSOA TRANSEXUAL

A abordagem da demanda trans tendo como fundamento a dignidade da humana remonta à própria evolução do constitucionalismo. Por muito tempo, na Europa, a concepção de Constituição resumia-se à noção de um estatuto procedimental e organizatório da estrutura estatal, proclamador de princípios políticos que sempre dependeriam do legislador para a produção de efeitos concretos. Isso ocorria por conta da valorização ferrenha que se dava ao Poder Legislativo como defensor da vontade do povo, em limitação à atuação do Poder Executivo. Conforme, indicava Lassalle²³, a verdadeira essência da Constituição era ser uma Carta de Princípios Políticos, que só teria sucesso em ser observada se correspondesse aos fatores reais de poder, servindo de meio ao *status quo* social, sem espaço para proteção de interesses dos desfavorecidos.

Todavia, no Século XX, a ideia de força normativa da Constituição, defendida por Konrad Hesse²⁴, buscou afastar o pensamento de que ela seria um mero pedaço de papel, além de se opor ao normativismo puro, de bases positivistas, que propiciou a transgressão de direitos humanos durante a 2ª Guerra Mundial. Surge o entendimento de que, antes de tudo, a Constituição representaria os valores mais caros de uma nação, de modo que não apenas expressaria o Estado como é, sua estrutura e organização, mas, como deve ser, pretendendo a maior eficácia possível dos valores nela consubstanciados²⁵. Isso está intrinsecamente

²²AURÉLIO, op. cit., nota 22.

²³“Sendo a Constituição a lei fundamental de uma nação, será [...] uma força ativa que faz, por exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são”, LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2015, p. 19.

²⁴“A Constituição [...] não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jelliek [...]”, HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição: die normative kraft der verfassung*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

²⁵“A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade

relacionado à emergência do Estado Social, no período de redemocratização pós-guerra, no qual, além de se buscar garantia material dos direitos individuais, se “passa também a consagrar direitos sociais e econômicos, apontando caminhos, metas e objetivos a serem perseguidos pelos Poderes Públicos no afã de transformar a sociedade”²⁶, ou seja, preocupando-se com os interesses não hegemônicos.

Concomitantemente ao fenômeno de valorização das normas constitucionais, ocorreu o declínio das codificações liberais, pois, verificou-se que não era verdadeiro o entendimento de que as relações em sociedade sempre se travam entre iguais. A confiança no postulado da autonomia de vontade não seria suficiente para tutela dos interesses envolvidos. Não bastava a criação de leis esparsas, travestidas em verdadeiros estatutos tratando de matérias específicas, visando fins concretos, característica do emergente Estado Social. A Constituição, com sua força normativa, revelou-se como verdadeiro centro unificador do ordenamento civil, passando cada vez mais seus princípios e valores a serem tratados como vetores basilares da legislação privada, quando não, mormente, os próprios princípios do direito privado não passaram a ser elencados como fundamentais, em seu texto²⁷, a fim de obstar opressões.

De todo modo, esse fenômeno sofreu duras críticas, principalmente com argumento de que não são todas as normas constitucionais autoaplicáveis, sendo necessária complementação por legislação específica. Ou seja, somente se reconheceria eficácia jurídica à parcela do texto constitucional que assegurasse o *status quo* dominante, implicando em mínima – quando nenhuma – aplicabilidade às normas constitucionais, que provocassem transformações sociais que pusessem em risco os interesses hegemônicos.

Tal interpretação põe em xeque valores de justiça distributiva que vieram consubstanciados nas Magnas Cartas neste período. Na verdade, deve-se ter em mente que, embora possam ter gradações distintas, todas as normas constitucionais possuem um mínimo de eficácia, “já que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico, vinculando negativamente o legislador e a administração, que não podem agir de modo

política e social. [...] A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.”, HESSE, op. cit., p. 15-16.

²⁶SARMENTO, op. cit., p. 51.

²⁷“Deveras, a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura das suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e informar seu conteúdo. Ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição”, SARMENTO, op. cit., p. 75.

contrário”²⁸. No Brasil, considerando que o ordenamento jurídico se baseia numa Constituição prolixa, com extenso rol de direitos e princípios fundamentais elevados à condição de cláusula pétrea, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, propagar a sua força normativa, projetando-a em diversos aspectos da vida civil, torna-se essencial, a fim de se evitar o mero desempenho de uma função simbólica, o que comprometeria sua credibilidade.

Por esta razão, a Constituição passa a ser utilizada com finalidades promocionais do bem-estar social, numa aposta em sua força normativa, como instrumento de emancipação social. Assim, o processo de constitucionalização do direito privado não se resume ao acolhimento de matérias antes versadas pelas leis, importando numa releitura dos institutos, especialmente, com base na dignidade da pessoa humana, que irradia efeitos sobre o todo o ordenamento jurídico pátrio, balizando atos estatais e toda a rede de relações privadas.

Isso pode ser visualizado na própria decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de alteração de nome e sexo em identidade civil por transexuais sem necessidade de cirurgia de redesignação sexual. Ora, apesar das normas de alteração do registro civil não preverem expressamente a possibilidade de alteração por ocasião da transexualidade, sua interpretação e aplicação pelo Estado brasileiro, deve ser pautada pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Ou seja, a dignidade da pessoa trans deve ser respeitada, como direito subjetivo em face do alvedrio do Estado, mas, além disso, deve transcender à perspectiva de garantia de posição individual, se tornando vetor interpretativo²⁹ para exclusão de significações de leis que não se coadunem à proteção e à promoção do desenvolvimento de suas faculdades humanas em plenitude. Assim, na oportunidade, tomada pela dimensão objetiva da dignidade humana, a Excelsa Corte julgou inconstitucional interpretação legal que impusesse a necessidade de cirurgia para alteração do registro civil, numa evidente aplicação da eficácia irradiante³⁰ dos direitos fundamentais.

²⁸SARMENTO, op. cit., p. 52.

²⁹“Como princípio hermenêutico, ela impõe ao operador do direito que, diante da ambiguidade de determinada disposição legal, opte pela exegese que torne esta norma compatível com a Constituição, mesmo que não seja a resultante da exegese mais óbvia do preceito. Com isso, ela permite que, por um lado, se mantenha a norma jurídica no ordenamento, em reverência à presunção de constitucionalidade das leis hauridas da legitimidade democrática do legislador, mas que, por outro lado se elimine a sua potencial desarmonia com o texto magno [...]”, SARMENTO, op. cit., p. 124.

³⁰“Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a ‘humanização’ da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão corres da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social”, SARMENTO,

Importante notar que a irradiação dos direitos fundamentais não se restringe à eficácia vertical, que diz respeito às relações entre particular e Estado, vinculando as entidades deste na aplicação de normas do direito privado. A demanda trans não pode se ver tutelada só neste aspecto. Deve-se ater para a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas sempre que possível. Ora, “o Estado não deve apenas se abster de violar tais direitos, tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros”³¹. Isso é um dos mais importantes aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, associado ao Estado Social, já que se ultrapassa a ideia de que o Estado é apenas inimigo do povo, devendo ter suas atividades limitadas, em deveres de abstenção típicas do Estado mínimo liberal, mas, que é sim uma instituição necessária para a própria garantia destes direitos na sociedade civil, o que lhe impõe deveres prestacionais³².

Em que pese discussão mundial acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais – e do próprio princípio da dignidade humana – entre particulares³³, no Brasil não há dúvidas sobre a eficácia horizontal se dar de maneira direta e imediata, sequer dependendo da atuação do poder legislativo e não se limitando a meios interpretativos da legislação infraconstitucional existente, conforme se depreende do próprio art. 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988. Ora, a Carta Constitucional é clara ao indicar como objetivo do Estado brasileiro a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, não olvidando que os particulares cometem abusos e desrespeitos entre si. Não é à toa que, em diversos momentos, seu texto se direciona a atores sociais, não prevendo o Estado como seu único destinatário, ou estabelecendo “de antemão limitação ao polo passivo dos direitos fundamentais. Muito apelo contrário, a linguagem adotada pelo constituinte ao elencar a maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º do texto magno transmite a ideia de vinculação passiva universal”³⁴.

Afinal, não se poderia perder de vista que o país é tomado por demasiadas

op. cit, Nota 43.

³¹Ibidem, p. 129.

³²“não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos [...]”, SARMENTO, op. cit., p. 237.

³³Sobre a teoria americana do *state action* e as teorias alemãs da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais e da proteção, sugere-se a leitura de SARMENTO, op. cit., p. 185-235; e SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 54-104., out. 2000. De todo modo, adiantamos que a Constituição brasileira não se adequa à tese americana e alemã.

³⁴SARMENTO, op. cit., p. 238.

desigualdades e injustiças sociais. Quanto aos transexuais, entre 2008 e 2016, o Brasil foi considerado o país com maior número de assassinatos envolvendo pessoas trans na América Latina³⁵. Em 2017, 191 trans foram mortos por intolerância, o que é considerado um aumento na prática deste crime em 30% com relação a 2016³⁶. Além disso, chama atenção o fato de que dificilmente transexuais conseguem integração no mercado de trabalho: 90% não veem alternativa de renda a não ser a prostituição³⁷. Portanto, percebe-se que se faz urgente a aplicação dos direitos fundamentais no plano horizontal direta e imediatamente, quanto à tutela de direitos das pessoas trans, considerando os abusos que sofrem na sociedade brasileira como minorias.

3. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES QUANTO AO USO DO BANHEIRO COLETIVO POR PESSOA TRANSEXUAL

Neste panorama, situação recorrente é a proibição quanto ao uso de banheiros coletivos. Em 08/08/2008, a transexual AMA³⁸ foi impedida de utilizar banheiro feminino coletivo no Beiramar Shopping, em Florianópolis – SC, por prepostos deste, vindo a fazer suas necessidades fisiológicas nas próprias vestes. Diante do ocorrido, requereu indenização por dano moral ao estabelecimento comercial, pelo constrangimento perpetrado, o que foi refutado pelo réu sob argumento de que efetivamente a requerente pertencia ao sexo masculino e sua presença naquele ambiente levaria ao constrangimento das suas demais usuárias. Em 1º grau foi o pedido julgado procedente, enquanto em 2º grau, a decisão de concessão da indenização foi reformada.

Por ocasião do caso, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 845.779, com repercussão geral reconhecida, deverá fixar posição sobre o tratamento social que deve ser concedido às pessoas trans pelos demais particulares. Por todo o exposto

³⁵Segundo o Projeto de Monitoramento de Assassinatos Trans (Trans Murder Monitoring – TMM – Project), em termos absolutos, 2343 trans foram mortos no mundo, sendo aproximadamente 40% deste número somente no Brasil. Disponível em <<https://transrespect.org/en/tdov-2017-tmm-update/>>. Acesso em 01\11\2018.

³⁶Assassinatos de LGBT crescem 30% entre 2016 e 2017, segundo relatório. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/assassinatos-de-lgbt-crescem-30-entre-2016-2017-segundo-relatorio-22295785>>. Acesso em 01 nov 2018.

³⁷O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-para-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>> Acesso em 01 nov 2018.

³⁸Nome social pelo qual se identifica.

anteriormente, entende-se que nesta análise deve-se, imperativamente, levar em consideração a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais daqueles menos favorecidos em jogo, a fim de evitar injustiças e propiciar violências.

Não se olvida que este posicionamento deve guardar respaldo argumentativo diante do fato de que os demais particulares são também titulares de direitos fundamentais, o que inclusive foi ventilado na tese de defesa, sob argumento de que haveria constrangimento indevido pela presença de pessoa trans no banheiro, ofendendo em última análise, também a dignidade humana dos outros usuários. Mas, diferentemente do que ocorre no exercício dos direitos fundamentais frente ao Estado, baseando-se na vinculação irrestrita deste àqueles, a aplicação deles na esfera privada necessita do mecanismo de ponderação³⁹, principalmente quando não existir ao caso concreto norma infraconstitucional aplicável. No processo de ponderação deve-se levar em conta também o princípio da proporcionalidade⁴⁰.

Considerando a desigualdade fática discriminatória que atinge as pessoas trans, já se demonstrou que estes desfrutam de menor autonomia em sociedade, sendo impossibilitadas de viver como bem entendem, apesar do reconhecimento formal pelo Estado brasileiro recentemente. Portanto, frente às demais pessoas, a autonomia privada deste grupo deve ser tutelada com maior abrangência, a fim de se evitar uma incompletude no sistema de proteção da dignidade humana, o que resultaria numa proteção insuficiente no país, ofendendo o próprio teor progressista da Carta Magna de 1988.

Mesmo que isso implique em diminuição da autonomia dos demais, por imposição de vedação ao comportamento discriminatório, ainda assim deve ser observada a preponderância dos interesses dessa minoria. Portanto, as demais pessoas físicas e jurídicas não poderão impedir o acesso de trans ao banheiro com o qual se identifica, seja sob

³⁹A ponderação deve se dar em três passos: “Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo a um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em contrário. Em terceiro passo, deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro”, ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. Revista de Direito Privado*. Tradução por Luís Afonso Heck. São Paulo, v. 6, n. 24, 2005, p. 339-340.

⁴⁰“O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito).”, MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 182.

argumento de costume ou hábito de divisão de uso do local com base no sexo biológico ou de regramento infraconstitucional de espaços públicos ou privados abertos ao público que porventura já tenham sido editadas, pois, essa permissão em nada prejudicaria aos demais usuários quanto ao acesso ou à utilização do local.

Em que pese o argumento de que isso causaria constrangimento dos demais usuários, mesmo que exista, seu potencial lesivo seria mínimo advindo do estranhamento normal do convívio novo com as pessoas trans, o que até então seria impensável. Afinal, isso decorre do próprio ônus de se viver pacificamente em sociedade: “A vida civilizada envolve conviver com aquilo com que a gente não ama, envolve conviver com aquilo que nos causa desconforto, desde que não esteja nos agredindo ou violando na nossa esfera de privacidade”⁴¹. De todo modo, isso sequer poderia se comparar ao mal estar que se causaria ao se exigir que pessoa transexual ingressasse em banheiro destinado ao sexo diverso daquele com o qual se identifica ou aparenta fisicamente, além disso, representar em si a institucionalização do seu tratamento indigno. Ou seja, não se verifica supressão absoluta da dignidade humana das demais pessoas na solução do impasse dos banheiros. Ao contrário, ela só é relativizada em mínimo grau, a fim de viabilizar o exercício da dignidade humana pelas pessoas trans, na sua acepção autonomia, em igualdade de tratamento substancial.

Num Estado constitucional democrático se faz primordial a prevalência dessa orientação, afinal, no sentido substantivo, democracia, além de ser o governo formado pelas maiorias, também é aquele de proteção e defesa aos direitos fundamentais das minorias, a fim de garantir que todos em sociedade sejam livres e iguais. Permitir que a pessoa transexual conviva com os demais, sendo plenamente desembaraçada na sua busca à felicidade⁴² é, portanto, interesse fundamental inerente ao princípio democrático do Estado brasileiro.

Neste sentido, o Poder Judiciário pátrio, especialmente o Supremo Tribunal Federal, deve legitimamente ser ator que move a história, pois, os direitos transexuais não podem

⁴¹Ibidem.

⁴²“O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo esterilizar direitos e franquias individuais”, BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ag. Rg. no RE nº 477.554-MG. Ministro Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>> . Último acesso: 02 nov 2018.

esperar. Este é papel de vanguarda⁴³ que, diferentemente das demais funções do poder judiciário, busca muitas vezes, frente, inclusive os anseios majoritários da nação, materializar as normas da Constituição, buscando na observância ao seu poder normativo, maior eficácia possível. Aliás, é seu dever se solidarizar com relegada marginalização com a qual trans convivem, mesmo quando a própria sociedade ignora a situação, dando cumprimento ao disposto no art. 3º, I, da Carta Magna de 1988.

Diante da análise de toda a controvérsia, não se poderia concluir de maneira diversa: no caso pendente de análise na Corte Suprema, houve flagrante violação à dignidade humana de AMA, ultrapassando o mero dissabor e aborrecimento, eis que exposta à incomensurável situação vexatória, sendo, desnecessária a sua demonstração com maiores delongas, por ser este dano de índole moral, notoriamente entendido nas cortes brasileiras como *in re ipsa*, ou seja, em si mesmo. Logo, deve o shopping réu ser condenado a indenizá-la. Por fim, deve servir a decisão para fixação de tese em repercussão geral, conforme parecer emanado pelo Ministério Público Federal: “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”.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, demonstrou-se que as pessoas transexuais são vítimas de discriminação, preconceitos e estigmas ao longo da história, diante da noção arraigada no senso comum de que são acometidas por doença mental que lhes impossibilitaria vivência plena em sociedade, sendo, por este motivo restringido o exercício de determinados direitos civis, o que inclusive persiste até hoje.

Todavia, apontou-se que a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a

⁴³“As Supremas Cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de competência perigosa [...], vez por outra, trata-se de papel imprescindível. Nos Estados Unidos, foi por impulso da Suprema Corte que se declarou a ilegitimidade da segregação racial nas escolas públicas, no julgamento de *Brown v. Board of Education*. [...] No Brasil, o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Talvez esta não fosse uma posição majoritária na sociedade, mas a proteção de um direito fundamental à igualdade legitimava a atuação”, BARROSO, Luís Roberto. *A função representativa e majoritária das cortes constitucionais*. In: REGO, Werson Franco Pereira (Coord.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas: estudos jurídicos em homenagem ao ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. Rio de Janeiro, RJ: GZ Editora, 2017, p. 584-585.

pilar do ordenamento jurídico brasileiro veda este tratamento degradante por parte do Estado e dos demais integrantes da sociedade, reconhecendo a transexualidade como uma característica da personalidade daqueles indivíduos. Assim, deve-se permitir que possam expor seus pensamentos, sentimentos e comportamentos em sociedade, sem nenhuma restrição. Na verdade, deve-se deixar que vivam conforme seus próprios desígnios, sob pena de lhes coisificar, num tratamento utilitarista. Por tais motivos, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser fundamental permissão de mudança de nome e sexo em documentos de identificação civil, sem prévia cirurgia.

Seguindo esse viés, o Estado brasileiro, além de reconhecer a especial característica da personalidade trans, para permitir que desenvolvam livremente suas faculdades, deve coibir que os demais cidadãos atrevam-se a reprimi-los, restringindo o acesso a espaços públicos, em razão de sua personalidade, como ocorre frequentemente no caso de vedação de utilização de banheiros coletivos destinado ao sexo com o qual se identificam. Afinal, viver publicamente como pessoa de sexo distinto daquele atribuído ao nascimento é consectário lógico e a razão primordial do reconhecimento da possibilidade de alteração de nome e sexo, para que plenamente gozem da sua identidade de gênero.

Portanto, a fim de desencorajar este tratamento hostil, promovendo reflexão social e conscientização de que transexuais são afinal pessoas e devem ser consideradas como tais, o Poder Judiciário deve reconhecer a impossibilidade de tratamento social de transexual por sexo diverso daquele com o qual se identifica e apresenta publicamente. Do contrário, impõe-se o reconhecimento de violação à sua dignidade humana e de condenação por dano moral ao infrator. Ora, o respeito e a estima sociais são primordiais para viabilização do bem-estar das trans no seio social, a fim de minimizar as possíveis angústias que a própria exteriorização de suas personalidades possa causar, até que um dia não mais seja necessário apontar que a dignidade humana não se revela em preto e branco, mas, em tantas cores quanto mais se revela complexa a psique humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *Revista de Direito Privado*. Tradução por Luís Afonso Heck. São Paulo, v. 6, n. 24, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patricia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Estudos: direito público: homenagem ao ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. São Paulo: LexMagister, 2013.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 nov 2018.

_____. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 16 out de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554 - MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em 02 nov 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 845.779 - SC*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292>>. Acesso em 04 nov 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição: die normative kraft der verfassung*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

VENTURA, Miriam. *A Transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. 1ª edição. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010.

_____. *Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual*. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.