




MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República

A Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão vem, respeitosamente, representar pela propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental em face da Lei nº 11.185, de 28 de setembro de 2015, do Município de Sorocaba/SP, pelas razões a seguir deduzidas.

I – DOS FATOS

O Grupo Dignidade encaminhou, em 22/3/2017, a essa PFDC o Ofício nº 99/2017 solicitando providências no sentido de buscar a invalidação da lei municipal acima referida, cujo conteúdo dispõe basicamente sobre a proibição do uso, *em função da identidade de gênero*, de banheiros, vestiários e demais recintos localizados em instituições de ensino fundamental (públicas e privadas) do município, além de estender tal vedação a vestimentas, 

uniformes e “demais elementos de indumentárias” nos ambientes escolares. Veja-se a literalidade da norma:

“Art. 1º Fica vedada a utilização de banheiros, vestiários e demais espaços segregados, de acordo com a identidade de gênero, em instituições que atendam ao ensino fundamental, público ou privado, instaladas no âmbito do Município.

Parágrafo único. Para os efeitos do caput deste artigo considera-se identidade de gênero o conceito pessoal, individual, psíquico e subjetivo, divergente do sexo biológico, adotado pela pessoa.

Art. 2º A vedação do artigo anterior, caso haja distinções quanto ao gênero, se estenderá à utilização de uniformes, vestimentas ou demais elementos de indumentárias.

Art. 3º A fiscalização do cumprimento das disposições desta Lei será feita pelos setores competentes da Prefeitura Municipal.

Art. 4º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verba orçamentária própria.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

É importante esclarecer que o Projeto de Lei municipal nº 126/2015, que deu origem ao diploma legal ora impugnado, teve sua inconstitucionalidade previamente reconhecida por meio da oposição de veto do Chefe do Poder Executivo (Veto nº 24/2015). Na ocasião, ele destacou que “(...) a Constituição Federal prevê, em seu artigo 206, que o ensino deve ter como fundamento a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”, o que “reclama políticas que ampliem o acesso, a permanência e aprendizagem de grupos historicamente marginalizados dos sistemas de ensino”. E, mais adiante, mencionou estudo elaborado por Jane Felipe de Souza¹, que declara:

“O ser humano nasce dotado de determinadas características biológicas que o enquadram como um

¹ Referida autora possui graduação e Licenciatura Plena em Psicologia pela UFRJ - Universidade Federal do Rio de Janeiro (1985), mestrado em Educação pela UFF - Universidade Federal Fluminense - Niterói/RJ (1991), doutorado em Educação pela UFRGS - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2000) e pós doutorado na área de Cultura Visual, pela Universidad de Barcelona (bolsa CAPES - abril/2009 a fevereiro/2010), sendo atualmente professora da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

indivíduo do sexo masculino ou feminino. No entanto, o sexo não determina, por si só, a orientação sexual de uma pessoa. A orientação sexual diz respeito à atração que sentimos por outros indivíduos. A definição do que é ser homem ou mulher surgiu a partir da divisão biológica, mas a experiência humana mostra que um indivíduo pode ter outras identidades que refletem diferentes representações de gênero – como os transexuais e transgêneros – que não se encaixam nas categorias padrões”.

Não obstante os esforços envidados pela prefeitura para impedir a vigência da proposta normativa, a Câmara Municipal de Sorocaba deliberou pela derrubada do veto, o que deu origem à lei municipal que ora se ataca.

Em apertada síntese, a tese a ser defendida na presente representação é a de que a vedação ao uso de banheiros e espaços similares em escolas, ou mesmo de uniformes estudantis, em função da identidade de gênero caracteriza clara ofensa ao **princípio da dignidade da pessoa humana** e a múltiplos **direitos fundamentais** (arts. 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 5º, *caput* e incisos I e X, 6º e 144, todos da CR), bem como a **direitos humanos** consagrados em diversos diplomas internacionais – cujo dever de proteção decorre da cláusula material de abertura constante do § 2º do art. 5º da CR –, tais como os Princípios de Yogyakarta; os arts. 1º, primeira parte, e 3º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; os arts. 2.1, 4º, 24.1 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos; os arts. 2º e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos; e o art. 1.1 da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

A relevância da matéria já contou com reconhecimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 845.779/SC, que decidiu pela existência de repercussão geral (Tese de Repercussão Geral – Tema 778) 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.”

De resto, em que pese ainda não tenha ocorrido deliberação definitiva da Suprema Corte sobre o mérito da questão, o caso já conta com dois votos favoráveis ao recurso – ministros Roberto Barroso e Edson Fachin – que, inclusive, acompanham parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República, no sentido de reconhecer que a proibição do uso de banheiro público em função da identidade de gênero importa em ofensa à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade, especialmente de minorias vulneráveis e socialmente estigmatizadas.

A partir dessa perspectiva, passa-se a demonstrar o cabimento da ADPF.

II – DO CABIMENTO DA ADPF


A arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que

importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

Nos termos da Lei 9.882/99, da doutrina especializada e da jurisprudência firmada em torno do tema, convivem três modalidades de ADPF: (a) autônoma, para questionar ato material do Poder Público, conforme a figura do *caput* do artigo 1º; (b) autônoma, para questionar ato normativo do Poder Público, nos termos do *caput* e do parágrafo único, inciso I, do artigo 1º, especialmente quando for incabível a ação direta de inconstitucionalidade (atos municipais e pré-constitucionais); e (c) incidental a uma outra ação, para decisão sobre ato normativo, com fundamento no parágrafo único, I, do artigo 1º c/c inciso V do artigo 3º e § 1º do artigo 6º.

O ato ora atacado configura a segunda modalidade.

Além disso, para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

Quanto ao primeiro ponto, nem a Constituição Federal, nem a Lei nº 9.868/99, definiram o que se entende como preceito fundamental. Há, porém, consenso doutrinário e jurisprudencial quanto ao fato de que direitos e garantias individuais arrolados no texto constitucional se qualificam como tal (ADPF 33, Relator Min. GILMAR MENDES, DJ 27/20/2006). A título de exemplo, o STF, na ADPF 54/DF, considerou adequado o manejo de ADPF com fundamento na alegação de ofensa aos direitos à dignidade humana e à autodeterminação da mulher, tendo, ao final, concluído pela inconstitucionalidade 

da interpretação que considera crime a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Quanto ao segundo requisito, o ato comissivo do Poder Público impugnado nessa ADPF é a Lei nº 11.185, de 28 de setembro de 2015, do Município de Sorocaba/SP.

De resto, o princípio da subsidiariedade está plenamente atendido. A jurisprudência do STF caminha no sentido de que a sua observância deve ocorrer à vista dos demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional (ADPF 388, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016). No caso, o objeto dessa ação consiste em lei municipal, espécie normativa cuja constitucionalidade não é passível de ser discutida pela via da ADI, mas tão-somente na da ADPF, nos termos do art. 102, I, 'a', e §1º, da CR.

III – DA CONTRARIEDADE A DIREITOS FUNDAMENTAIS

O caso discutido nos autos do RE 845.779/SC é emblemático, visto que narra situação na qual uma pessoa transexual – notoriamente conhecida como mulher – foi forçada a se retirar de um banheiro feminino em determinado *shopping center* por seguranças do local, sob a alegação de que a sua presença iria causar constrangimento às outras mulheres, o que lhe causou sérios danos.

PP

Os fundamentos arrolados no parecer de Vossa Excelência sustentam a pretensão da presente representação, *in verbis*:

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 (...). 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:

(...)

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 intensidade².

RO -

² 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.

2.1.1. Reconhecimento dos direitos da população LGBTTT

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.

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 Cívicos 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 compromisso 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 132³, apresentada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, por analogia à união estável.

Outros direitos, como a adoção⁴, o serviço às forças armadas e a alteração de registro civil de trans⁵ que

³ ADPF 132, Relator o Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe, 14 out. 2011.

⁴ 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. CÁRMEN LÚCIA, DJe, 18. mar. 2015.

⁵ Utilizaremos a expressão “trans” em sentido amplo, ou seja, com o mesmo significado proposto por Aymar Süss: “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 “pessoas transexuais, transgêneros, travestis, cross dressers, não gêneros, multigêneros, de gênero fluido, gênero queer e outras

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 ocasião⁶. Em 24 de novembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema (Tema 761), ao apreciar o RE 670.422, 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 Janeiro⁷.

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, Aymar. Análisis del panorama discursivo alrededor de la despatologización trans: procesos de transformación de los marcos interpretativos em 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).

⁶ 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.

⁷ 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?>

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 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 pessoa⁸, 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 gênero, real ou percebida, constituem um padrão consolidado, que causa sérias preocupações que não podem ser ignoradas pelo

article-id=2451623, acesso online em 23.set.2015.

⁸ 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/cncdlgbt/resolucoes/resolucao-012>. Acesso em: 16 jun. 2015.

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 moral⁹.

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 uma resistência política resulta das possibilidades do discernimento moral que de maneira inquebrantável estão embutidas naqueles sentimentos negativos, na qualidade de conteúdos cognitivos.¹⁰

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, separadamente¹¹.

⁹ HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 216.

¹⁰ Idem, p. 224.

¹¹ 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.

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.

(...)

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 abuso¹².

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 indivíduos¹³. 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

¹² 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 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.

¹³ Preâmbulo dos Princípios de Yogyakarta.

*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 maneirismos*¹⁴.

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 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 alma.*¹⁵

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 tange 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, sob a ótica psicossocial, a

¹⁴ Introdução aos Princípios de Yogyakarta.

¹⁵ Disponível em: <http://ego.globo.com/famosos/noticia/2015/06/caitlynjenner-se-reune-outras-transexuais-vivendo-nossa-verdade.html>. Acesso em: 16 jun. 2015.

refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade¹⁶.

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 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

¹⁶ 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.

mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade¹⁷.

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

¹⁷ Princípios de Yogyakarta. Princípio 3 - Direito ao reconhecimento perante a lei.

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.

(...)

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 desrespeito por maneiras individuais ou coletivas de viver¹⁸, exatamente como aconteceu no caso em apreço.

Ao ser impedida de utilizar o banheiro feminino, a recorrente sofreu as duas formas de violências

¹⁸ HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 213-219.

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*¹⁹.

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

¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 2., n. 2, 2005.

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 discriminação²⁰.

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.

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.

²⁰ “Artigo 1 Para os efeitos desta Convenção: 1. Discriminação é qualquer distinção, 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)

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 a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. 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 explícita 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 feminina²¹.

²¹ RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”. Revista Direito e Práxis. UERJ, 2015, p. 14 [no prelo].

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.

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.*

PP

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 discriminação²² 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 gênero 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

²² RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”. Revista Direito e Práxis. UERJ, 2015, p. 14 [no prelo].

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 ferida²³.

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, 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 vítima²⁴.

(...)

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

²³ FROEMMING, Cecília 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.

²⁴ 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.

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 domésticas²⁵.

Por conseguinte, não há motivos cabais para impedir que conceitos, institutos e decisões de Direito Internacional sejam adotadas, em determinadas situações, como paradigma 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*²⁶, 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”²⁷ a categoria “orientação sexual”. Destarte, ficou assentado que o direito à não discriminação pautado na orientação 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

²⁵ NIJMAN, Janne; NOLLAEMPER, André. *New perspectives on the divide between National & International Law*. New York: Oxford University Press Inc., 2007.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. 24 fev. 2012. Série C Nº. 239.

²⁷ “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.

para perpetuar e reproduzir a discriminação que há muito tais minorias vem sofrendo²⁸. 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 direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual²⁹.

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 direito³⁰.

(...)

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:

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

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 .”

IV – DADOS PREOCUPANTES SOBRE VIOLÊNCIA ENVOLVENDO QUESTÃO DE GÊNERO NO BRASIL E A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO CONJUNTA DAS AUTORIDADES PARA CRIAÇÃO DE UM MUNDO ABERTO À DIFERENÇA (*DIFFERENCE-FRIENDLY WORLD*).

Não há dúvidas de que a busca ao pleno respeito à identidade e às diferenças das minorias depende da atuação conjunta, sistemática e contínua das autoridades, a fim de que seja superado, em todos os níveis e setores sociais, o que Nancy Fraser denomina de *injustiça cultural ou simbólica*. Para a autora, esse tipo de injustiça tem raízes nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, tendo como exemplos “a *dominação cultural* (ser submetido a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios e/ou hostis à sua própria); o *ocultamento* (tornar-se invisível por efeito das práticas comunicativas, interpretativas e representacionais autorizadas da própria cultura); e o *desrespeito* (ser difamado ou desqualificado rotineiramente nas representações culturais públicas estereotipadas e/ou nas interações da vida cotidiana)”³¹.

De modo que, ainda de acordo com a citada autora, o “remédio para a injustiça cultural, em contraste, é alguma espécie de mudança cultural ou simbólica”, que “pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados (...), o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural (...), e, mais radicalmente ainda, (...), uma transformação abrangente dos padrões sociais de

³¹ Nancy Fraser, Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Tradução: Julio Assis Simões, Revistas USP, cadernos de campo, São Paulo, n. 14/15, p. 232, 2006. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/viewFile/50109/54229>

representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de *todas as pessoas*³².

De resto, a invalidação da lei questionada contribuirá não só para a superação de padrões sociais permeados de preconceito e intolerância, mas também, e diretamente, para proteção da integridade das minorias que frequentam as escolas públicas e privadas no município de Sorocaba/SP. Consoante destacou nos autos do RE 845799/SC os *amici curiae* Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM) e Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos (LIDIS):

"13. O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo. O Projeto de Monitoramento de Assassinatos Trans (*Trans Murder Monitoring - TMM - Project*) aponta que, em termos absolutos, entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014, entre os países em que esses dados foram produzidos, o Brasil foi aquele com o maior número absoluto de assassinatos de pessoas trans (689 homicídios). Corresponde, pois, a 51% dos 1.356 casos desse tipo de homicídio registrados na América Latina.

14. No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (OEA) registrou o Brasil como o país com o maior número de mortes violentas de pessoas trans no continente, no período de janeiro de 2013 a março de 2014. Com uma diferença de 100 casos para o segundo colocado, o país registrou 140 assassinatos".

Portanto, a manutenção de leis que veiculem conteúdo idêntico ou semelhante ao que está sendo aqui impugnado somente servirá para o aumento do quadro de hostilidade, intolerância e preconceito de pessoas trans, além de suprimir vários dos seus direitos fundamentais.

PP

³² Ibidem, p. 232.

V – DA MEDIDA CAUTELAR

Estão presentes os requisitos para que se formule pedido liminar.

A argumentação acima deduzida evidencia a plausibilidade da tese de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana em suas múltiplas dimensões.

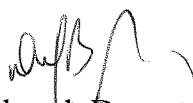
Por outro lado, o *periculum in mora* resulta da possibilidade de ocorrência de danos irremediáveis às liberdades fundamentais das pessoas transexuais que frequentam escolas no município de Sorocaba/SP. , considerando a violência cotidiana de que são vítimas, em todos os quadrantes do país.

É indispensável requerer, portanto, que, até o desfecho da ADPF, seja suspensa a Lei municipal nº 11.185/2015.

VI – DO PEDIDO

Pelo exposto, essa Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão aguarda a propositura de ADPF, a fim de que seja invalidada a Lei nº 11.185, de 28 de setembro de 2015, do Município de Sorocaba/SP, nos termos acima assinalados.

Brasília, 11 de abril de 2017



Deborah Duprat
Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão