

DIREITO AO USO DO BANHEIRO POR PESSOAS TRANSEXUAIS: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

RIGHT TO USE THE BATHROOM FOR TRANSGENDER PEOPLE: A MATTER OF HUMAN DIGNITY

Daniela Carvalho Almeida da Costa¹
Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias²
Caio César Andrade de Almeida³

RESUMO: O presente artigo propõe analisar os argumentos envolvidos no debate acerca do direito ao uso dos banheiros públicos por pessoas transexuais. Essa demanda chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de um caso concreto no Recurso Extraordinário nº 845.779/SC, em 2014. Inicialmente, o recurso obteve status de repercussão geral, mas, aproximadamente dez anos depois, em 2024, teve o reconhecimento da repercussão geral cancelado e o mérito não foi analisado. Todavia, considerando que existem leis e projetos de lei sobre o tema, a questão permanece relevante. Metodologicamente, partiu-se de uma breve análise histórica acerca da conceituação e do processo de despatologização da transexualidade. Em seguida, buscou-se examinar as últimas decisões da Corte Constitucional Brasileira sobre direitos de pessoas com diversidade sexual e de gênero. Além disso, analisaram-se algumas premissas sobre a utilização do banheiro de acordo com o gênero e não com o sexo biológico, sugerindo que essa é uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, conclui-se elencando as críticas à atuação do Supremo Tribunal Federal por não avaliar a matéria, sob o argumento de que o caso concreto não se tratava de questão constitucional, muito embora se espere que isso aconteça em momento oportuno, devido às ações de controle de constitucionalidade das leis que tratam do tema e que estão em trâmite no referido Tribunal.

Palavras-chave: banheiro; transexualidade; dignidade da pessoa humana; direitos da personalidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the arguments involved in the debate over the right of transgender individuals to use public restrooms. This issue reached the Supreme Federal Court through a specific case in Extraordinary Appeal No. 845.779/SC in 2014. Initially, the appeal was granted general repercussion status, but approximately ten years later, in 2024, the recognition of general repercussion was canceled, and the merits were not examined. Nevertheless, considering that there are

¹ Doutora e Mestra em Penal e Processo Penal (USP). Graduada em Direito (UFS). Professora Associada da UFS, vinculada ao Programa de Pós-graduação stricto sensu e à graduação em direito (Prodir).

² Professora Associada de Direito Civil e Seguridade Social da Universidade Federal de Sergipe, lotada no Departamento de Direito e no Prodir. Doutora em Direito pela PUC/SP.

³ Mestrando em Direito na Universidade Federal em Sergipe. Especialista em Direito Público pela PUC-Minas. Graduado em Direito e Teologia. Oficial Investigador de Polícia Civil em Sergipe (SSP/SE).

laws and proposed bills on the topic, the issue remains relevant. Methodologically, the study begins with a brief historical analysis of the conceptualization and the process of depathologization of transgender identity. It then examines the most recent decisions of the Brazilian Constitutional Court regarding the rights of individuals with sexual and gender diversity. Additionally, the study analyzes some premises regarding the use of restrooms based on gender rather than biological sex, suggesting that this is an expression of the principle of human dignity. Finally, the article concludes with a critique of the Supreme Federal Court's inaction on the matter, arguing that the specific case was not deemed a constitutional issue, although it is anticipated that this will be addressed in due course due to ongoing constitutional control actions related to the laws on the subject.

Keywords: bathroom; transsexuality; dignity of human person; personality rights.

1 INTRODUÇÃO

As questões relacionadas a gênero estão na pauta do dia. Mas esse não é um debate restrito à contemporaneidade. É uma discussão antiga porque acompanha, também, as discussões sobre poder.

Devido à ausência de leis sobre o tema, o Poder Judiciário tem sido demandado para manifestar-se a respeito dos direitos das pessoas divergentes sexuais e de gênero. E sobre as pessoas transexuais, o nível de desinformação, preconceito, estigmatização e divulgação de informações *acientíficas* é ainda bem maior. O resultado disso é a reprodução de várias formas de violência contra esse público.

Atualmente, a arena utilizada para o acirramento contra o exercício de direitos das pessoas trans é o banheiro. Surgiram inúmeros projetos de lei que defendem que o banheiro seja utilizado de acordo com o sexo biológico, em suposta defesa e proteção às mulheres e às crianças contra violência sexual.

O caso foi levado em 2014 ao Supremo Tribunal Federal (STF), através de um Recurso Extraordinário (nº 845.779/SC) com repercussão geral, diante de um caso concreto, que aguardou exame por cerca de dez anos, em que uma mulher trans foi impedida de usar o sanitário de acordo com a sua identidade de gênero. Somente em 2024 o caso foi julgado e, mesmo assim, sem a avaliação do mérito, pois a repercussão geral foi cancelada, sob o argumento de que se tratava de uma questão fática e não constitucional. Todavia, considerando que já existem ações de controle de constitucionalidade protocoladas, o tema provavelmente será analisado posteriormente pelo STF.

Diante disso, o presente estudo tem como objetivo analisar o direito da utilização do banheiro de acordo com a identidade de gênero, mas antes, retoma um breve histórico sobre a conceituação da transexualidade e elenca as recentes decisões jurisprudenciais sobre esse público.

2 DA DESPATOLOGIZAÇÃO À POSSIBILIDADE DE SER E EXISTIR

Sabe-se que a divergência sexual ou de gênero não é algo recente na história. Antes mesmo das diversas ciências nomearem tais formas de ser, existir e se relacionar, a divergência já estava presente na humanidade.

É possível citar, por exemplo, que na Grécia Antiga, as narrativas da mitologia, dão conta da história da divindade Hermafrodito, que era um ser com dupla identidade, masculina e feminina (Moreira; Marcos, 2019), cujo nome foi utilizado durante muito tempo, erroneamente, para definir as pessoas intersexos, que são as que “nascem com características sexuais – incluindo genitais, padrões cromossômicos e glândulas, como testículos e ovários, que não se encaixam nas noções binárias típicas de corpos masculinos ou femininos” (Rocha, 2023).

De igual modo, na Bíblia dos cristãos, há menção aos eunucos, que também são um exemplo de divergência. Eles eram homens que tinham seus órgãos sexuais castrados parcial ou totalmente, ou eram assim chamados por uma condição de nascimento. Segundo a tradição rabínica, há uma categoria de mulheres que corresponde ao eunuco masculino. Essas mulheres são chamadas de *aylonith*:

Como a sexualidade na Antiguidade está atrelada à procriação e a papéis sociais, a tradição rabínica não recomenda que um homem se case com uma *aylonith*, a não ser que ele já tenha uma esposa e filhos, e caso se case sem conhecimento de sua condição e venha a descobrir logo depois do casamento, este é invalidado (Peres, 2021).

Cita-se, ainda outros exemplos da presença da transexualidade ao longo da história e em diversas culturas e localidades geográficas:

Existem evidências de Sacerdotes, Galli, na Suméria e Roma que transitaram de gênero, assim como relatos das hijras no sul da Ásia e dos “duplos espíritos” em algumas comunidades indígenas da América do Norte. No Brasil, os registros do Santo Ofício no século XVI relatam a existência de uma travesti conhecida como Xica Manicongo, negra escravizada, moradora da Baixada do Sapateiro, em Salvador, Bahia, que foi símbolo de resistência e luta (MPPE, 2024, p. 3).

Acerca da homossexualidade, Foucault (1988, p. 53 *apud* Andrade, 2018, p. 6) aponta que antes de 1870 não existia a concepção de um homossexual substantivado. Ou seja, alguém que praticasse um coito homoerótico não era considerado pertencente a uma subclasse específica: a pessoa não era algo, mas tinha feito algo - o que, obviamente, não evitou que muitos tenham sido mortos na Inquisição, no século XVI e XVII, por exemplo. De forma diversa, a transexualidade, desde o início da formação do seu conceito, era tida como um “desvio de identidade” (Moreira; Marcos, 2019).

Aqui, é importante estabelecer essa diferenciação de conceitos. Enquanto que a homossexualidade aponta para a orientação afetivo-sexual (atração física e afetiva) para pessoas do mesmo sexo, a transexualidade se refere à identidade de gênero, ou seja, a forma como a pessoa se vê no mundo quanto ao seu gênero (Tonizze Freire Advogados, 2019, p. 8).

As pessoas cisgêneras identificam-se com o mesmo gênero que lhe foi atribuído no nascimento (uma pessoa do sexo masculino que se percebe como homem é um homem cis), já as pessoas transgêneras identificam-se com um gênero diferente daquele que lhe foi atribuído no nascimento (uma pessoa do sexo masculino que se percebe como mulher é uma mulher trans).

Em que pese as divergências, há algum consenso que a expressão homossexual foi criada em 1848 pelo psicólogo alemão Karoly Maria Benkert (Andrade, 2018, p. 6). Já o termo transexual é cunhado mais de 100 anos depois, pelo psiquiatra David Oliver Cauldwell, em 1949, em um artigo publicado na revista de educação sexual de Gernsback, “Sexology”, hoje desaparecida (Moreira; Marcos, 2019).

No que tange à despatologização, a homossexualidade deixa de ser considerada uma doença e sai da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionadas a Saúde – (CID) em 1990, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), e a partir de então substituiu-se o referido termo “homossexualismo” (como antes era denominada) por “homossexualidade”, uma vez que, no contexto médico, o sufixo “ismo” remete à doença (como reumatismo, raquitismo etc.).

Já para a transexualidade, embora a informação da retirada da CID tenha sido divulgada em 2018, somente foi oficializada durante a 72ª Assembleia Mundial da Saúde, em maio de 2019, quando foi adotada a nova edição da CID. No entanto, cada país teve até 1º de janeiro de 2022 para se adaptar à nova norma. Pela nova edição da CID 11, a transexualidade sai da categoria de transtornos mentais para integrar o

de “condições relacionadas à saúde sexual”, sendo, a partir de então, classificada como “incongruência de gênero” (Neves, 2022).

Como se pode observar, tanto a conceituação, quanto a despatologização da homossexualidade e da transexualidade são fenômenos novos, muito embora, destaca-se que a despatologização da transexualidade tem pouco mais de cinco anos (levando em consideração a Assembleia Mundial de Saúde), sendo, portanto algo ainda mais recente. Ao que parece, a humanidade conseguiu compreender com mais facilidade “desejos”, ao invés de “identidades”.

Conquistas como a despatologização são frutos de lutas históricas que tensionam contra movimentos e instituições conservadoras que buscam manter o *status quo* das relações de poder que caracterizam as desigualdades de gêneros.

Judith Butler (2018, p. 3) afirma que gênero é “uma identidade instituída por meio de uma repetição estilizada de atos” ou ainda “uma identidade construída, uma realização performativa na qual a plateia social cotidiana, incluindo os próprios atores, vem a acreditar, além de performar como uma crença”. Nesse sentido, sendo uma construção, é possível serem constituídos de formas diferentes, questionando-se a sua condição reificada. Por isso, é possível afirmar, por exemplo, que ninguém nasce mulher, mas torna-se mulher, como disse Simone de Beauvoir.

Utilizando a fenomenologia, Butler afirma que existe um “consentimento tácito coletivo quanto a representar, produzir e sustentar gêneros polarizados e distintos como ficções culturais” (2018, p. 6). Quem foge a esta regra é “regularmente punido” com diversas formas de coerção. Não à toa que pessoas LGBTQIA+⁴ tem seis vezes mais chances de suicídio (Fernandes, 2021) ou que o Brasil tenha registrado o assassinato de 145 pessoas trans em 2023, segundo o relatório da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra, 2023).

⁴ A sigla que define a divergência sexual e de gênero está em constante mudança e crescimento devido aos novos estudos e debates que ocorrem ao longo do tempo. Neste trabalho, optou-se pela utilização da sigla LGBTQIA+, alinhada com a nomenclatura utilizada pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania em sua Secretaria Nacional dos Direitos das Pessoas LGBTQIA+ (Brasil, [2022?]). Caso a sigla apareça de forma diversa, é em respeito à fonte que está sendo citada.

3 TRANSEXUALIDADE ENQUANTO DIREITO DE SER E EXISTIR

Na teoria da tridimensionalidade do direito proposta pelo professor Miguel Reale (1994, p. 57), compreende-se o fenômeno jurídico como sendo um fato, subordinado à norma, e resultante de um valor. É, portanto, fático-axiológico-normativo.

O autor afirma, ainda, que a elaboração de uma norma de direito não é mero resultado objetivo e automático da tensão fático-axiológica operante em um dada conjuntura histórico-social, é antes, “um dos momentos culminantes da experiência jurídica, em cujo processo se insere positivamente o poder” (Reale, 1994, p. 61). Em suma, norma também é manifestação de poder.

Como se observa, apesar da divergência de orientação sexual e de gênero não ser algo recente na história, há uma opção política de não se exercer o poder de normatização protetiva desse público minoritário e vulnerável. Muito embora, para Reale, a Jurisprudência é uma ciência normativa, devendo ser entendida por norma jurídica (1994, p.61).

Todavia, na prática, há quase que um “silêncio eloquente” na produção legal de normas que assegurem direitos (ainda que os mais básicos) para a população LGBTQIA+. E aqui entende-se por “silêncio eloquente” como sendo uma expressão utilizada para se referir a situações em que o Legislativo opta por excluir, intencionalmente, determinado fato da previsão legal, diferenciando-se das omissões não intencionais, como a chamada lacuna da lei (Severi, 2023).

Ante as omissões legislativas, e considerando os princípios processuais de inafastabilidade de jurisdição e acesso à justiça, o Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal (STF), tem se manifestado no sentido de assegurar direitos para essa população. Cita-se o direito ao estabelecimento de união estável por casais homoafetivos (ADI nº 4.277 e ADPF nº 1.322), a adoção (RE nº 846.102), a doação de sangue (ADI nº 5.543), a possibilidade de retificação de nome para a população trans sem a necessidade de judicialização e cirurgia de redesignação sexual (ADI nº 4.275 e RE 670.422), o direito à mãe não-gestante em união homoafetiva ao direito à licença-maternidade (RE nº 1.211.446) e a equiparação de ofensas contra pessoas da comunidade LGBTQIAPN+⁵ à injúria racial (ADO nº 26 e MI nº 4.733).

⁵ “(...) lésbicas (L: mulheres que se relacionam com mulheres), gays (G: homens que se relacionam com homens), bissexuais (B: pessoas que se relacionam com homens e mulheres), transexuais e travestis (T: quem passou por transição de gênero), queer (Q: pessoas que transitam entre os gêneros, como as drag queens), intersexo (I: pessoa com qualidades e características masculinas e femininas),

É certo que essas decisões são marcadas por fenômenos como a judicialização, o ativismo judicial e o esforço de justificação democrática da jurisdição constitucional. Além disso, há o fato de que “atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade” (Barroso, 2018, p. 2177), evitando desgastes de temas divisivos.

Essa atuação dos tribunais, em proteção de minorias, foi denominado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, como atuação contramajoritária, que é a atuação na qual as cortes constitucionais do Estado atuam como “sentinela contra o risco da tirania das majorias”, evitando-se, assim, “que possam deturpar processo democrático ou oprimir as minorias” (Barroso, 2019, p. 2198).

O objetivo, segundo o autor, seria assegurar o sistema democrático para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, mas, também, numa dimensão substantiva que inclui igualdade, liberdade e justiça, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. (Barroso, 2019, p. 2199).

É certo, porém, que esses direitos para a população LGBTQIA+ não são concedidos como se fossem mera liberalidade ou por simples concessão. Como pondera Ignacy Sachs (*apud* Piovesan, 2005, p. 44):

Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos.

Acerca do respeito à identidade de gênero das pessoas transexuais, vislumbra-se, inicialmente, o cumprimento de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e também, do princípio vértice do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). Apesar de ser um conceito vago, a dignidade da pessoa humana toma forma a partir de casos concretos:

É notório o grande impacto da dignidade da pessoa humana no sistema jurídico brasileiro, pelo art. 1º, III, da Constituição Federal. Esse princípio foi o principal responsável por colocar a pessoa humana no centro do sistema

assexuais (A: quem não sente atração sexual por quaisquer pessoas), pansexuais (P: quem se relaciona com quaisquer gêneros ou orientações/condições sexuais), não-binário (N: quem não se percebe como pertencente a um gênero exclusivamente, cuja identidade e expressão não se limitam ao masculino e feminino, estando fora do binário de gênero e da cisnormatividade) e o símbolo aditivo “+ (mais)” (+: outros grupos e variações de sexualidade e gênero)” (Moreira, 2022, p. 5).

jurídico, acarretando o que hoje se denomina personalismo no direito, principalmente no direito civil. Contudo, não é possível a construção de conceito apriorístico e universal de dignidade, pois, num mundo plural, todos têm o direito de construir a própria ideia de dignidade e viver de acordo com ela. Diante disso, pode-se afirmar que, não obstante a dignidade seja conformada por vários valores, seu principal pilar é a liberdade (Teixeira, 2018, p. 78).

Destaca-se que esse, inclusive, foi o princípio mais invocado pelos ministros do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, que deu interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), no sentido de conferir o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, independentemente de cirurgia. Concretizou-se, portanto, um direito fundamental autônomo à identidade de gênero.

De outra maneira, a transexualidade pode ser concebida também como um exercício de disposição dos direitos de personalidade, que é sinônimo de autonomia privada. Em outros termos, esse poder de disposição significa “poder de ditar normas” (Borges, 2007, p. 114).

A professora Roxana Borges aponta que a doutrina costuma relatar que os direitos humanos se voltam à proteção da pessoa contra o Estado, enquanto que os direitos de personalidade protegem as pessoas nas relações que elas mantêm com outros indivíduos particulares. Sugerindo de outra maneira, ela aduz que a tutela dos direitos de personalidade não se exaure na proteção do sujeito contra o Estado e nem se resume à tutela negativa das pessoas em sua relação com outros particulares ou comunidades destes. Ela afirma que “é preciso valorizar a possibilidade e a presença da autonomia privada no âmbito dos direitos de personalidade, reconhecendo seu aspecto positivo, ligado à liberdade jurídica” (Borges, 2007, p. 114).

Além disso, têm-se que os direitos de personalidade vão se atualizando, não sendo estanques:

(...) à medida que a sociedade se torna mais complexa e as violações às pessoas proliferam, até mesmo como decorrência de certos usos dos conhecimentos tecnológicos, novas situações demandam proteção jurídica. É o que ocorre no campo dos direitos de personalidade: são direitos em expansão. Com a evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento científico acerca do direito, vão-se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos (Borges, 2007, p. 24).

Essas ponderações são importantes, porque demonstram o processo histórico pelo qual passou os direitos da personalidade, antes, tidos como indisponíveis, posteriormente, como disponíveis relativamente. Além disso, evita-se que se levante, equivocadamente, com base no artigo 13 do Código Civil (“Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”), que haja alguma limitação em dispor do próprio corpo no exercício do direito de identidade de gênero das pessoas trans, por supostamente contrariar a integridade física.

Verifica-se que as opções utilizadas pelo legislador civil para estabelecer certas limitações de se dispor o próprio corpo (direito à integridade psicofísica), com fulcro em protegê-lo, são muito vagos. Por exemplo, o que são “bons costumes” para uma pessoa ou para um determinado grupo, pode não ser para outro:

Diante da falibilidade de todas as tentativas elaboradas pela doutrina, não queremos aqui propor um novo critério, mas precisamos chamar atenção, especialmente quanto aos direitos de personalidade, para o fato de que, se se admite a existência de uma esfera privada na vida da pessoa a respeito da qual não cabe nem ao Estado nem à sociedade interferir, então os bens que interessam à vivência dessa esfera privada devem ser disponíveis, uma vez que não cabe a terceiros a restrição quanto ao destino que o particular queira dar a esses bens (Borges, 2007, p. 133).

É notório que diante das últimas decisões da Corte Constitucional Brasileira, já se entende que se protege a integridade psicofísica da pessoa, respeitando a sua identidade de gênero (independentemente da realização de qualquer cirurgia, privilegiando o direito à autodeterminação).

Em última análise, entende-se que o respeito à identidade de gênero das pessoas trans é parte do direito à saúde que alcança a todas as pessoas, devendo o Estado efetivar esse direito social mediante políticas públicas, conforme determina o art. 196 da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Daí o fato de o Estado financiar, de forma gratuita, subsidiada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), as intervenções médicas e farmacológicas necessárias para afirmação de gênero (conforme aduz a Portaria nº 457, de 19 de agosto de 2008 do Ministério da Saúde). É o Estado exercendo o seu dever de cuidado, proporcionando o

desenvolvimento da personalidade e o bem-estar geral, psíquico, físico e social das pessoas transexuais.

Há ainda um caminho a ser percorrido no sentido de sensibilizar o Estado para a concretização de direitos e políticas públicas que viabilizem a existência das pessoas transexuais, em igualdade a de todas as pessoas. Prova disso é que, apesar de o Estado Brasileiro assegurar a realização de procedimentos cirúrgicos de reafirmação de gênero através do SUS, ainda há a recusa de agendamentos de ginecologista e obstetra para homens trans ou pessoas transmasculinas com nome já retificado ou, no caso de mulheres trans e travestis, a mesma negativa para o agendamento de urologista ou proctologista. Direitos básicos e tão corriqueiros para pessoas cis, mas que ainda são dificultados para as pessoas trans.

Essa demanda, inclusive, está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 787, e já houve uma decisão liminar e monocrática do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que o Ministério da Saúde proceda a todas as alterações necessárias nos sistemas de informação do SUS, para que marcações de consultas e de exames de todas as especialidades médicas sejam realizadas independentemente do registro do sexo biológico.

4 O IMBRÓGLIO DOS BANHEIROS

Todos esses antecedentes de reafirmação de direitos de pessoas divergentes sexuais e de gênero provocou, como era de se esperar, uma reação conservadora que objetiva manter o *status quo* das relações de poder que envolvem as questões de gênero.

Na religião e nas questões morais, cria-se uma retórica de perseguição que:

(...) se materializa com um conteúdo concreto de suposta degradação moral da sociedade brasileira ao serem naturalizadas e legalizadas relações homossexuais, incorporadas às questões de gênero e orientação sexual nas diretrizes curriculares do Programa Nacional de Educação (PNE/2014-2024), e se tornar pauta de discussão a agenda pró-direitos sexuais. Tal perseguição a cristãos teria agentes inimigos identificáveis: as comunidades LGBTI+ e o movimento feminista (Carranza, 2022).

No direito, a reação se concretiza através da crítica à atuação contramajoritária do Judiciário, alegando-se que o ativismo judicial invade a competência do Poder Legislativo, de forma que o Poder Judiciário estaria legislando. Essa crítica ganha maior coro, especialmente, na decisão que equiparou a prática de homotransfobia ao crime de racismo, por se tratar de um tema atinente ao direito penal, e que, segundo

a crítica, lastreada na principiologia penal constitucional, estaria se desrespeitando os princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal (Braga, 2019).

Todavia, é possível interpretar que não houve violação do princípio da legalidade porque não se criou um novo tipo penal. Fez-se uso, em verdade, “da interpretação conforme a constituição (técnica de decisão), para fazer a atualização do conceito de racismo e para incluir como sendo racismo a discriminação contra pessoas que se reconhecem LGBT e, assim, propôs que o crime de racismo da Lei n. 7.716/198914 seja aplicado contra condutas praticadas em razão dessa condição” (De Oliveira, 2020, p. 60).

Além disso, a decisão resolve a questão da omissão, visto que está baseada “em princípios e em direitos fundamentais que vedam a discriminação de minorias pelas majorias, estando presente, nessa situação, a legitimidade da decisão judicial que amplia o conceito de racismo para abranger essas condutas” (De Oliveira, 2020, p. 62).

No âmbito político, a reação se dá através da criação de pânico e medo, de inúmeras formas. Dentre elas, a produção de discursos e proposições legislativas que associam o uso do banheiro por pessoas trans ao abuso sexual infantil. Um exemplo é o Projeto de Lei nº 1.838/23, de iniciativa parlamentar do senador Magno Malta (PL-ES), que objetiva alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para proibir, nas escolas, o uso de banheiro e vestiário destinados a sexo diferente daquele de nascimento do usuário. Na justificativa do referido projeto é possível perceber essa associação:

Exigir que os alunos compartilhem banheiros e vestiários com membros, crianças e adultos, do sexo biológico oposto, gera constrangimento potencial, vergonha e danos psicológicos aos alunos, além de aumentar a probabilidade de crime de agressão sexual, molestamento, estupro, voyeurismo e exibicionismo.

Assim, apresentamos este projeto de lei que veda, em escolas, públicas e privadas, o uso de banheiros e vestiários por pessoa cujo sexo seja diferente daquele a que se presta aquele ambiente. É urgente proibir que a mera alegação verbal de uma declarada identidade de gênero diferente do sexo permita que homens, inclusive adultos, usem vestiários de uso exclusivo de meninas (Brasil, 2023).

A justificativa do projeto de lei, portanto, seria prevenir a violência sexual contra crianças e adolescentes em banheiros públicos da escola, que seria provocada por pessoas que se declarariam como sendo pertencentes a um gênero do qual verdadeiramente não se identificam, com o objetivo exclusivo de realizar a violência sexual.

Todavia, ao se analisar os dados, como aqueles catalogados pela Fundação Abrinq, no documento denominado “Cenário da Infância e Adolescência no Brasil 2024”, nota-se que a maioria das notificações de violência sexual sucedida contra criança e adolescente, com base nos dados públicos de 2022, ocorreu no ambiente residencial (68,7%). Em escolas, as notificações de violências sexuais corresponderam a 3,9% (Fundação Abrinq, 2024). Não foi relatado na pesquisa da Fundação Abrinq o *modus operandi* das violências relatadas nas escolas, oportunidade em que seria possível avaliar qual a quantidade dessa porcentagem de violências (3,9%) corresponderia aos casos ocorridos no banheiro e por pessoas que declararam ter um gênero com o qual não se identificam.

De sorte que, ante os dados apresentados, se o Projeto de Lei em questão pretende prevenir e evitar casos de violência sexual contra a crianças e adolescentes, terá baixíssima efetividade. Por outro lado, se porventura a lei vier a ser aprovada, será efetiva em constranger pessoas trans. Por exemplo, uma funcionária da escola, que seja uma mulher trans, e tenha exercido o direito de retificação do seu nome e do seu gênero, será impedida de utilizar o banheiro feminino da escola e terá que utilizar o banheiro masculino, estando sujeita a violências, a começar pela violência simbólica e emocional, de desrespeito à sua identidade de gênero.

Além disso, no caso de pessoas trans que sejam lidas socialmente com o gênero da qual se identificam (Roberta Close, por exemplo), a única possibilidade de a lei ser aplicada, caso haja qualquer dúvida do sexo biológico da pessoa, é com uma espécie de fiscalização de genitália na entrada dos banheiros (isso, se a pessoa trans não tiver realizado cirurgia de redesignação de gênero). Em suma, a lei não possui qualquer razoabilidade (ou, até mesmo, racionalidade) e, mesmo assim, obteve aprovação na Comissão de Direitos Humanos do Senado, no dia 28 de fevereiro de 2024.

Mencione-se, ainda, que esse não é o único projeto existente, “em uma ação de monitoramento feita no ano de 2022 pela Associação Brasileira de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, e intersexo (ABGLT), foram encontrados 44 projetos de Lei [federais, estaduais e municipais] contrários ao uso de banheiro por pessoas trans, dos quais há pelo menos 10 leis aprovadas e vigentes até o ano de 2022” (Antra, 2023a, p. 7).

O que se tem visto, na prática, é uma série de pessoas que têm sido impedidas de um dos direitos mais elementares da humanidade: a utilização do banheiro para as necessidades fisiológicas “sem serem importunadas ou terem o risco de serem

violadas e até mesmo retiradas de forma humilhante e vexatória desses espaços”, revelando um *apartheid* de gênero (Antra, 2023a, p. 4). Os casos de pessoas trans sendo expulsas de banheiros têm sido notícia em vários locais do Brasil, afrontado direitos basilares:

Afirmar que uma mulher trans, ao usar o banheiro feminino, supostamente abriria espaço para homens cisgêneros violarem mulheres não é um argumento válido que encontra respaldo na realidade, uma vez que pessoas trans não podem ser penalizadas ou responsabilizadas por crimes cometidos por pessoas cis. No jargão jurídico, trata-se de alegação pautada em “dano hipotético”, que é o imaginário, inverossímil, por não haver elementos na realidade que justifiquem essa ilação, que contraria o princípio geral de Direito segundo o qual a boa-fé se presume e a má-fé deve ser comprovada, o qual se entende decorrente do direito fundamental à não discriminação (art. 3º, IV, e art. 5º, XLI, da CF/88) (Antra, 2023a, p. 6).

Outro ponto, que merece aqui ser suscitado, é que a partir de uma pesquisa realizada pela Universidade da Califórnia, identificou-se que aproximadamente 70% das pessoas trans tiveram dificuldade para utilizar banheiros ou sofreram ofensas e ataques físicos nesses locais. Há relatos, também, de pessoas trans que evitam utilizar o banheiro, correndo o risco de infecções urinárias ou que evitam beber água para não utilizar o banheiro, estando sujeitas à desidratação (Machado, 2019).

A presente discussão chegou até o Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário nº 845.779/SC. O caso concreto se deu a partir de uma ação civil de reparação por danos morais, decorrentes da situação vexatória pela qual passou Ama Santos Fialho, uma mulher trans que foi impedida de utilizar o banheiro feminino por um funcionário do “Beiramar Shopping”, localizado em Florianópolis/SC, em 2008. Ela tentou encontrar outras instalações sanitárias nas lojas, mas também teve negado o acesso, de forma que “se viu compelida a enfrentar uma situação desagradável, tendo de lidar com suas necessidades fisiológicas em sua própria vestimenta” (Antra, 2023a, p. 25).

O recurso obteve reconhecimento de repercussão geral do tema nº 778, sobrestando outros processos e, desde 2015, encontrava-se aguardando finalização no plenário do STF. Havia uma expectativa de julgamento para o dia 29 de maio de 2024, mas a análise da matéria foi retirada da pauta. Organizações e movimentos pressionaram o Judiciário para que houvesse uma decisão no recurso. Todavia, em 06 de junho de 2024, o Tribunal, por maioria, negou seguimento ao recurso extraordinário, cancelando o reconhecimento da repercussão geral da matéria sob o argumento de

que não se trataria de uma questão constitucional e, portanto, não analisou o mérito do caso.

Por se tratar de recurso extraordinário com repercussão geral, a decisão vincularia seus efeitos, ao menos, aos órgãos do Poder Judiciário, que, no exercício da competência jurisdicional, iriam obrigatoriamente seguir o entendimento firmado, conforme o artigo 927, III, do Código de Processo Civil. Entretanto, apesar da espera, o tema não foi avaliado, o que se espera que ocorra a partir das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental propostas junto ao STF.

Na expectativa do julgamento do Recurso (que acabou não tendo o mérito examinado), instituições intervieram processualmente enquanto *amicus curiae* e algumas outras instituições se manifestaram de forma pública, como o caso da nota técnica conjunta do Ministério Público de Pernambuco e do Ministério Público do Trabalho. A Nota Técnica nº 01/2024, publicada pelas referidas instituições, no dia 17 de maio de 2024, durante o “Seminário de Combate à LGBTfobia” realizado pelo Ministério Público de Pernambuco e a Escola Superior do Ministério Público (ESMP), defende o direito do uso do banheiro de acordo com a identidade de gênero e dá algumas recomendações.

Dentre as recomendações do documento em análise, cita-se a que o Promotor de Justiça, ao tomar conhecimento de casos em que pessoas trans sejam impedidas de utilizar banheiros públicos ou privados, mas de uso público, conforme sua identidade de gênero, deverá requisitar a instauração de inquérito policial, caso tenha atribuição criminal, a fim de apurar possível responsabilidade criminal em razão da prática, em tese, das condutas proibidas previstas na Lei n.º 7.716/89 (Lei de Racismo). Especialmente, o art. 8º, que criminaliza a conduta de “impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público”, prevendo pena de um a três anos de reclusão, bem como o art. 20, que criminaliza a conduta de “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, prevendo pena de um a três anos de reclusão e multa, em observância à decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF.

A Nota Técnica ainda sugere que o Promotor de Justiça deve estar atento a eventuais ações individuais de reparação por danos morais decorrentes de atos de discriminação motivados por Lgbtfobia, bem como, que deve atuar no exercício da

tutela coletiva através de procedimentos extrajudiciais e judiciais à disposição do Ministério Público.

Dessa forma, as recentes decisões do Judiciário e as manifestações das mais diversas instituições (públicas e da sociedade civil) apontam para o respeito amplo da identidade de gênero, em suas múltiplas formas, incluindo a utilização de banheiros. Não permitir que pessoas trans utilizem o banheiro de acordo com sua identidade de gênero é uma afronta à dignidade da pessoa humana, ao exercício do direito de personalidade, ao princípio da igualdade, ao direito à saúde e, em última análise, amolda-se ao tipo penal de transfobia.

Cumpre-nos registrar, aqui, as críticas pelo cancelamento da repercussão geral, tecidas em artigo conjunto pelos juristas Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, Antonella Galindo, Emerson Erivan de Araújo Ramos e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Eles reafirmam que o caso envolve questões constitucionais, ainda que não tenha, de forma expressa, citado dispositivo constitucional. Os autores pontuam que houve formalismo exacerbado e que contraria a jurisprudência dos Tribunais Superiores, pois, “basta o fato ser constitucional e ser trabalhado no acórdão de segunda instância, independente de citação de dispositivo (“artigo”) da Constituição”, para que o prequestionamento da questão constitucional seja considerado (Bahia, *et al.*, 2024).

Além disso, suscitaram que nos embargos de declaração foi invocada matéria constitucional o que tornou a matéria prequestionada, ainda que não tenha sido trabalhada pelo acórdão recorrido (Bahia, *et al.*, 2024).

Como se não bastasse, o caso concreto, objeto do recurso extraordinário, trata expressamente sobre direito fundamental à identidade de gênero, como já fez o STF em outras ocasiões, de forma que não faz qualquer sentido a não avaliação do caso, sendo levantado que talvez o STF tenha optado, politicamente, por não enfrentar o tema nesse momento:

Não à toa, em entrevista ao Roda Viva de 10 de junho de 2024, o Min. Barroso disse que, possivelmente, “A maioria achou que não era a hora de fazer esse debate”, embora pontuando que “ou” tenha realmente acreditado na questão processual que suscitou. Seja como for, a devida contextualização é necessária para o julgamento histórico (Bahia, *et al.*, 2024).

Portanto, ante as análises realizadas, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal quando enfrentar o tema nas ADPF’s nº 1.169, 1.170, 1.171, 1.172 e 1.173

(que tratam de leis municipais que dispõem sobre a questão em análise), irá, provavelmente, atuar para reafirmar, mais uma vez, o direito à identidade de gênero das pessoas trans, conforme tem feito nas decisões que vem enfrentando sobre o tema, manifestando-se no sentido de assegurar o direito ao uso da utilização do banheiro de acordo com sua identidade de gênero. Dessa forma, os possíveis casos de violações que ocorram dentro desses espaços, sejam realizados por pessoas cis ou por pessoas trans, devem ser investigados, julgados e receberem o tratamento que aduz a lei.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O registro histórico da transgeneridade remonta há muito tempo e pode ser constatada em diversas localidades e tradições culturais. Comparando a homossexualidade à transexualidade, tem-se que esta foi conceituada e despatologizada bem mais recentemente, e que sofre, ainda mais, com as consequências do preconceito e da desinformação.

A manutenção da estagnação das concepções de gênero interessa a quem se beneficia das desigualdades existentes. Dessa forma, qualquer mudança dessa estrutura é sempre fruto de um processo histórico complexo, longínquo e conflitivo.

Diante da inércia do Poder Legislativo, o Judiciário Brasileiro tem atuado de forma contramajoritária no sentido de reafirmar direitos elementares para as pessoas divergentes sexuais e de gênero, dentre elas, as pessoas transexuais.

Como reação à reafirmação de direitos, discursos políticos estão sendo utilizados de forma equivocada para gerar pânico. Dentre eles, o de que as crianças e mulheres precisam ser protegidas das pessoas transexuais nos banheiros, mesmo sem qualquer evidência científica de que esse tipo de violência aconteça de forma sistemática. Ao contrário, têm sido recorrentes as violências e hostilização de pessoas trans (nos banheiros e fora deles), como indicam as pesquisas.

Ante o amadurecimento da jurisprudência e a manifestação de instituições públicas e privadas, é possível afirmar que o respeito à identidade de gênero é uma concretização do princípio da dignidade humana (vértice do ordenamento jurídico) e dos direitos da personalidade, de igualdade e de saúde.

Por fim, como foi demonstrado nesse estudo, afirma-se que o respeito à identidade do gênero perpassa pelo uso do banheiro de acordo com o gênero, e não de acordo

com o sexo biológico, e que qualquer lei que proponha de forma diversa, não possui razoabilidade em sua aplicabilidade. Esperando-se que, quando o STF enfrentar tal tema, se posicione no sentido de reafirmar esse direito, como assim tem feito ao longo das decisões anteriores, expostas e estudadas neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Tiago Souza Monteiro. O relacionamento homoerótico na Grécia Antiga: uma prática pedagógica. **Faces da História**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 58–72, 2018. Disponível em: <https://seer.assis.unesp.br/index.php/facesdahistoria/article/view/271>. Acesso em: 19 maio 2024.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS [ANTRA]. **Dossiê: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2023**. Bruna G. Benevides e Sayonara Naider Bonfim Nogueira (Orgs.). Brasília: Distrito Drag, 2023. Disponível em: <https://antrabrasil.org/wp-content/uploads/2024/01/dossieantra2024-web.pdf>. Acesso em: 20 maio 2024.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS [ANTRA]. **Direitos Humanos e o Direito dos Banheiros**. Brasil: Antra, 2023a. Disponível em: <https://antrabrasil.org/wp-content/uploads/2023/08/nota-tecnica-wc-antra-final.pdf>. Acesso em: 20 maio 2024.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. et al. Jurisdição Constitucional Antigênero no RE 845.779: STF em débito com o direito antidiscriminatório. **Empório do Direito**. São Paulo. 13 jun. 2024. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/jurisdicao-constitucionalantigenero-no-re-845-779-stf-em-debito-com-o-direito-antidiscriminatorio>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 22 maio 2024.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGA, Matheus Andrade. A legalidade penal em tempos de ativismo judicial: uma análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal no “caso da homofobia”. In: CAMPOS, Juliana Cristine Diniz (Org.). **Nas entrelinhas da jurisdição constitucional**: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira. 1 ed. Fortaleza: Mucuripe, 2019.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. **Secretaria Nacional dos Direitos das Pessoas LGBTQIA+**. [Brasília]: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, [2022?]. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/lgbt>. Acesso em: 01 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 1838, de 2023**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, para determinar a vedação em escolas ao uso de banheiro e vestiário destinados a sexo diferente daquele do usuário. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/156857>. Acesso em: 22 maio 2024.

BUTLER, Judith. Os atos performativos e a constituição do gênero: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. Trad. Jamille Pinheiro Dias. **Caderno de leituras n. 78**, Chão da Feira, 2018, p. 1-16. Disponível em: http://chaodafeira.com/wpcontent/uploads/2018/06/caderno_de_leituras_n.78-final.pdf Acesso em: 20 maio 2024.

CARRANZA, Brenda. Existe Cristofobia no Brasil? **Nexo Jornal**. São Paulo. 13 set. 2022. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/opiniaio/2022/Existe-cristofobia-no-Brasil>. Acesso em: 03 ago. 2023.

DE OLIVEIRA, José Flávio Fonseca de Oliveira. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron. **Revista CEJ**, v. 24, n. 79, 29 out. 2020. Disponível em <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2570/2423>. Acesso em: 19 maio 2024.

FERNANDES, Jaqueline. Setembro Amarelo: pessoas LGBTQIA+ têm 6 vezes mais chance de suicídio. **Metrópoles**. São Paulo. 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/saude/setembro-amarelo-pessoas-lgbtqia-tem-6-vezes-maischance-de-suicidio>. Acesso em: 20 maio 2024.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. 17. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Veja os números da violência sexual infantil no Brasil**. São Paulo. 2024. Disponível em: <https://www.fadc.org.br/taxonomy/term/violencia-sexual-infantil>. Acesso em: 21 maio. 2024.

MACHADO, Rafael. Preconceito e falta de acesso a banheiros aumentam o risco de infecção urinária em pessoas trans. **Portal Drauzio Valrella**. [S.]. 08 out. 2018. Disponível em: <https://drauziovalrella.uol.com.br/urologia/preconceito-e-falta-de-acesso-a-banheirosaumentam-o-risco-de-infeccao-urinaria-em-pessoas-trans/>. Acesso em: 20 maio 2024.

MOREIRA, Euza Aparecida da Silva; MARCOS, Cristina Moreira. Breve percurso histórico acerca da transexualidade. **Psicol. rev.** (Belo Horizonte), Belo Horizonte , v. 25, n. 2, p. 593-609, ago. 2019. Disponível em

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S167711682019000200013&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 19 maio 2024.

MOREIRA, Geraldo Eustáquio. Por trás do monograma do movimento LGBTQIAPN+: vidas, representatividade e esclarecimentos. **Revista Temporis [Ação]** (Periódico acadêmico de História, Letras e Educação da Universidade Estadual de Goiás). Cidade de Goiás; Anápolis. V. 22, N. 02, p. 20, jul./dez., 2022. Disponível em: <http://www.revista.ueg.br/index.php/temporisacao/issue/archive>. Acesso em: 01 set. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO [MPPE]. **Notas Técnicas**. Recife. 2024. Disponível em: <https://nucleodedireitoslgbt.mppe.mp.br/notas-t%C3%A9cnicas>. Acesso em: 29 maio. 2024.

NEVES, Úrsula. Transexualidade não é mais considerada um transtorno mental. **Pbmed**. [S. l]. 2022. Disponível em: <https://pebmed.com.br/transexualidade-nao-e-mais-considerada-umtranstorno-mental/>. Acesso em: 19 maio 2024.

PERES, Caio. Eunucos antigos, celibatários modernos? **Revista Zelota**. [S. l]. [2021]. Disponível em: <https://revistazelota.com/eunucos-antigos-celibatarios-modernos/>. Acesso em: 19 maio 2024.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos De Pesquisa**, 35(124), 43–55, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S010015742005000100004>>. Acesso em: 03 ago. 2023.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Lucas. Entenda o que é ser uma pessoa intersexo. **CNN Brasil**. São Paulo, 22 mar. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/entenda-o-que-e-ser-uma-pessoaintersexo/#:~:text=Pessoas%20intersexuais%20nascem%20com%20caracter%C3%ADsticas>. Acesso em: 19 maio 2024.

SEVERI, Fabiana. Silêncios eloquentes e a paridade de gênero na carreira da magistratura. **Consultor Jurídico**. [S. l]. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-25/fabiana-severi-silencios-eloquentes-paridade-genero/#:~:text=%22Sil%C3%AAncio%20eloquente%22%20%C3%A9%20uma%20express%C3%A3o,determinado%20fato%20da%20previs%C3%A3o%20legal>. Acesso em: 21 maio. 2024.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. p. 78

TONIZZE FREIRE ADVOGADOS. **Cartilha TFAffinity LGBTI+**. [S. l]. [2019]. Disponível em: <https://aliancalgbti.org.br/wp-content/uploads/2020/08/13.-Cartilha-Lgbti.pdf>. Acesso em: 19 maio 2024.

