

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
LUÍS ROBERTO BARROSO, RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº
845.779**

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS (CLAM) e o LABORATÓRIO INTEGRADO EM DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, POLÍTICAS E DIREITOS (LIDIS), *amici curiae* devidamente habilitados nos autos do presente processo, vêm, tempestivamente, por seus representantes abaixo assinados, com fundamento no art. 7º, §2º, da Lei Federal nº 9.868/1999, requerer a juntada da inclusa manifestação nos autos do Recurso Extraordinário n.º 845.779, pelas razões e para os fins adiante expostos.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2015.



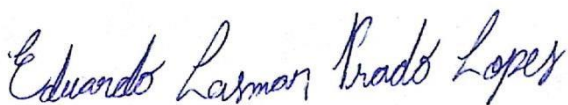
JULIANA CESARIO ALVIM GOMES

OAB/RJ nº 173.555



WALLACE CORBO

OAB/RJ nº 186.442



EDUARDO LASMAR PRADO LOPES

OAB/RJ nº 189.700



DANIEL CARVALHO CARDINALI

OAB/RJ nº 184.984

I – OBJETO DA AÇÃO

1. Trata-se de Recurso Extraordinário em que foi reconhecida a Repercussão Geral, com origem em ação de reparação de danos ajuizada por transexual impedida de utilizar o banheiro feminino de um *shopping center*, em razão de ter sexo biológico atribuído como masculino, embora identifique-se socialmente com o gênero feminino, ou seja, como mulher.
2. Assim, a repercussão geral reconhecida no presente Recurso Extraordinário versa sobre “*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*” à luz da Constituição de 1988.
3. Destaque-se que, na presente hipótese, a autora da ação, além de ter vedado seu acesso ao sanitário do centro comercial, alega ter sido verbalmente ofendida e, na ausência de outros estabelecimentos em que pudesse aliviar suas necessidades fisiológicas, acabou por defecar em suas próprias vestes.
4. O argumento central destes *amici curiae* é que este tratamento é incompatível com a Constituição de 1988. Isso porque a Carta Magna tem por centro axiológico a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio que abrange o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos – personalidade esta que tem como um de seus pilares a expressão de gênero (art. 1º, III).
5. Some-se a isso que a Constituição encampa um direito geral de liberdade que assegura a autonomia dos indivíduos de elegerem e perseguirem seus planos de vida, o que, certamente, abrange as decisões fundamentais acerca da manifestação social de gênero do indivíduo e a sua autodeterminação sexual (art. 5º, *caput*).
6. Ainda, o ordenamento constitucional vigente consagra a igualdade enquanto um princípio que engloba o direito ao reconhecimento. Sob esta perspectiva, a igualdade proíbe expressamente discriminações odiosas fundamentadas em sexo (art.3º, IV e art. 5º *caput*), buscando conferir aos indivíduos o igual reconhecimento, sob a perspectiva constitucional, das diversas formas de vida que possam eleger ou apresentar – ainda quando diverjam da concepção

dominante acerca do que é uma “boa vida”, ou quais são as “escolhas certas” que devem ser tomadas.

7. Por fim, e não menos relevante, o argumento aqui apresentado tem fundamento também no direito à integridade-psicofísica, à liberdade de expressão e à privacidade garantidos pela Carta de 1988 (art. 5º, III, V, IX, X).

8. Daí a necessidade de este E. Tribunal declarar que (i) em primeiro lugar, a Constituição impõe que as pessoas sejam tratadas de acordo com o gênero por meio do qual se identificam, afirmam e manifestam, e, ainda, que (ii) é inconstitucional o tratamento discriminatório que vede ou imponha ônus excessivos a determinadas expressões de gênero – notadamente, à transexualidade -, nos termos que serão expostos ao longo da presente manifestação.

II –A TRANSEXUALIDADE NO BRASIL HOJE

9. Transgêneros, travestis e transexuais (doravante, “pessoas trans”) compõem grupos de indivíduos que rompem com a identificação tradicional entre o que seria o sexo biológico, atribuído no nascimento, e o gênero expressado socialmente. Há, em todas essas hipóteses, identificação subjetiva quanto ao gênero (masculino ou feminino) diversa daquela esperada socialmente a partir da atribuição de sexo, realizada quando do nascimento.¹

10. Em outras palavras, são pessoas que, tendo um sexo biológico designado no seu nascimento, vêm a sentir, afirmar e expressar gênero diverso desse sexo atribuído, reivindicando o reconhecimento dessa identidade sem que necessariamente desejem a modificação de seus órgãos genitais e independentemente de sua orientação sexual, que pode ser homossexual, bissexual, heterossexual etc.²

¹ As diferenças de significados entre as diferentes denominações, embora relevantes, não são consensuais. Para uma crítica à uma noção unívoca e universal da transexualidade veja-se ALMEIDA, Guilherme. “Homens Trans’: Novos matizes na aquarela das masculinidades?” *Estudos Feministas*, Florianópolis, 20(2): 256, maio-agosto/2012. Para uma discussão dessas diferenças à luz dos movimentos de travestis e transexuais no Brasil contemporâneo, veja-se CARVALHO, Mario Felipe de Lima. *Que mulher é essa? Identidade, política e saúde no movimento de travestis e transexuais*. Dissertação de mestrado orientada por Sérgio Carrara no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

² BARBOZA, Heloisa Helena. “Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais”. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 20(2): 256, maio-agosto/2012, p. 554.

11. Atualmente, pessoas trans compõem uma das minorias mais estigmatizadas da sociedade brasileira. Os poucos dados que retratam a experiência de vida dessa parcela da população evidenciam sua invisibilidade e as brutais violações de direitos a que são submetidos, deixando patente sua condição de vulnerabilidade e marginalização social.

12. Frequentemente essa marginalização se inicia desde cedo, ainda no âmbito familiar. Continua e se intensifica na escola, no mercado de trabalho e perante órgãos públicos, como hospitais e delegacias, onde as pessoas trans são discriminadas e repelidas, o que faz com que tais indivíduos, não raro, deixem de recorrer a esses espaços. Isso sem falar na violência física à qual estão sujeitas todos os dias.

13. Mesmo na ausência de dados oficiais, exemplos concretos não faltam. No que tange à educação, a jovem Nicolle Machado foi impedida de voltar a estudar após ter se assumido transexual. O diretor de sua escola afirmou que a aluna só poderia ir à aula vestida de homem para não causar tumultos.³ No Ceará, a transexual Ana Luiza relata que, devido ao nome masculino no documento de identidade, já foi impedida de entrar no cinema. Aponta também que evita ir a hospitais para não ter que passar pela humilhação de chamarem seu nome de registro em voz alta.⁴

14. Para assegurar sua identificação pelo nome masculino, João W. Nery, primeiro homem transexual no Brasil a se submeter a cirurgia de transgenitalização, viu-se obrigado a tirar nova documentação, como se nunca houvesse sido registrado anteriormente, o que o levou a perder todo seu histórico escolar e acadêmico:

*“...quando fiz novos documentos me tornei um analfabeto perante a lei (...). Perder minha profissão era secundário diante de perder minha identidade”.*⁵

³ Disponível: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2015/04/transsexual-volta-estudar-depois-da-lei-do-nome-social-na-escola.html>>.

⁴ Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2013/10/vivia-em-um-corpo-que-nao-era-meu-diz-transsexual-constrangida-no-enem.html>>.

⁵ Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/geral/cidadania/indicacao/a-transsexualidade-nao-e-doenca-o-machismo-sim-afirma-joao-w-nery/>>.

15. No tocante ao exercício de profissão, a dificuldade enfrentada também é enorme. São comuns as situações de subemprego e desemprego⁶, chegando-se a afirmar que aproximadamente 90% das transexuais e das travestis no país veem-se obrigadas a trabalhar com prostituição por falta de alternativa profissional⁷.

16. Ainda mais aterradores são os relatos relacionados à violência física sofrida por pessoas trans.

17. Em Campinas, um técnico em enfermagem transexual foi morto e queimado quando saía do trabalho. A vítima foi encontrada com os braços amarrados e com uma mordaca na boca.⁸ Em Sergipe, Adriana Lohana dos Santos, coordenadora do Núcleo de Políticas LGBT da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e da Cidadania (SEDHUC), teve o maxilar fraturado em três locais por conta de uma agressão transfóbica.⁹ Em São Paulo, o transexual Bernardo foi agredido ao tentar usar o banheiro masculino de um estabelecimento. O agressor rasgou sua camisa e o ofendeu enquanto perguntava se ele “tinha pênis” para usar aquele banheiro.¹⁰

18. Em Salvador, uma pessoa foi morta apedrejada na cabeça por seus vizinhos. Antes da morte, a vítima foi espancada. Testemunhas contaram que a morta era constantemente perseguida pelos agressores por ser travesti.¹¹ Em São Paulo, uma travesti foi brutalmente atropelada. O motorista a chamou em seu carro e, enquanto ela caminhava em sua direção, a atropelou, arremessando seu corpo para longe. A vítima contou que sofre muitas humilhações,

⁶ Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>> e <<http://revistaforum.com.br/digital/132/sem-emprego-para-trans/>>.

⁷ Dados da ANTRA - Associação Nacional de Travestis e Transexuais. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>> e <<http://revistaforum.com.br/digital/132/sem-emprego-para-trans/>>.

⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2014/10/homem-e-morto-ao-lado-de-carro-em-chamas-em-monte-mor-sp.html>>.

⁹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2014/05/numero-de-registros-de-violencia-contra-travestis-cresce-em-sergipe.html>>.

¹⁰ Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/01/23/transexual-diz-ter-sido-agredido-em-sp-por-usar-banheiro-masculino.htm>>.

¹¹ Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/ba-travesti-e-morto-a-pedradas-em-salvador,938803334f62d310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>.

como ser alvo de bexigas cheias de urinas, latas de cerveja e ovos arremessados em sua direção.¹²

19. Esses são alguns casos exemplificativos do que hoje pode ser encarada como uma verdadeira epidemia de crimes de ódio transfóbicos em nosso país.¹³

20. Com efeito, 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, nos 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

21. 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 assassinatos¹⁵.

22. Segundo relatório da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR):

“A brutalidade da transfobia (...) se faz visível também na virulência dos crimes noticiados contra essa população: 9 tiros ou 30 facadas contra corpos inertes, órgãos genitais decepados, olhos perfurados, são todos sinais incontestes de crimes de ódio de caráter homofóbico,

¹²Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/digital/132/sem-emprego-para-trans/>>.

¹³ Sobre o assunto cf. CARRARA, Sérgio. VIANNA, Adriana R.B. “‘Tá lá o corpo estendido no chão...’: a Violência Letal contra Travestis no Município do Rio de Janeiro. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 16(2):233-249, 2006.

¹⁴ Projeto inserido no projeto de pesquisa Transrespect-Transphobia Worldwide, da organização Transgender Europe, organização que reúne outras ONG’s e dedica-se aos direitos das pessoas transgênero. O site <http://tgeu.org/> contém diversas notícias e informações importantes relacionadas às questões trans.

¹⁵ CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI. Registro de violencia contra las personas LGBT en América: Ataques contra la vida y la integridade*. Janeiro 2013 a março de 2014.

em que se deseja destruir não apenas a vítima, mas tudo aquilo que ela representa.”¹⁶

23. Esse quadro alarmante de exclusão social reflete-se igualmente na ausência de legislação adequada para tratar de aspectos cruciais da vida dessas pessoas, como a alteração do registro civil e seu reconhecimento social.

24. No âmbito do Poder Executivo da União, alguns avanços foram alcançados nos últimos anos, embora ainda sejam insuficientes para assegurar plenamente os direitos de pessoas trans.

25. Com relação ao tratamento nominal, algumas instituições vêm tentando contornar a ausência de previsão legal e a dificuldade de alteração do nome pela via judicial, com a aprovação de regulamentos que autorizam servidores transexuais e travestis a serem tratados pelo nome social, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional¹⁷, do Ministério Público¹⁸ e de diversas universidades¹⁹. No mesmo sentido, o Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) permite desde 2014 que transexuais e travestis se inscrevam com o nome

¹⁶ SDH/PR - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2011. p. 69. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-2011-1>>. pesquisas de dados hemerográficos – noticiados na mídia – demonstram que travestis são as maiores vítimas de violência contra LGBTs, sendo alvo de 50,54% dos atos registrados em 2011 e de 51.68% em 2012, destacando-se igualmente em casos mais graves como lesões corporais e homicídios. Importante ressaltar também que das violações analisadas em 2011, 17,4% são referentes a tráfico de pessoas, relacionados à exploração sexual de pessoas trans. Quando se analisam as notícias das mídias brasileiras, os travestis e transexuais são os mais atingidos. Esse número desce consideravelmente, porém, quando a análise passa a ser feita com base em denúncias reportadas a canais oficiais do governo criados para tanto. Esse fato demonstra o enorme afastamento entre o poder público e a população trans, o que só tende a ocasionar o aumento dos problemas relatados. Dentre as denúncias realizadas, a maioria não foi feita pela própria vítima, o que a SDH/PR aponta como sendo uma possível naturalização da violência sofrida.

¹⁷ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Fica assegurado aos servidores públicos, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, o uso do nome social adotado por travestis e transexuais. Portaria nº 233, de 19 de maio de 2010. Disponível em: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=7796>>.

¹⁸ O Conselho Nacional dos Procuradores Gerais (CNPJ) aprovou com unanimidade o enunciado 002/2015 da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/notas/deliberacoes_cnpj_23_03_2015.pdf>.

¹⁹ Como Universidade Federal de Juiz de Fora (Resolução nº 06/2015), Universidade Estadual do Ceará (Resolução nº 1147/2015), Universidade Federal de Tocantins (Portaria nº 402), Universidade Federal da Bahia (Resolução nº 01/2014), Universidade Federal de Santa Catarina (Resolução Normativa nº 018/2012), Universidade Federal do Recôncavo da Bahia (Resolução Nº 01/2015), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, entre outras.

social.²⁰ Com a adoção da medida, o número de pessoas trans inscritas no exame aumentou consideravelmente, tendo quase triplicado de 2014 para 2015.²¹

26. Na esfera local, entretanto, o cenário é bem menos favorável. Segundo o IBGE, em 2014, apenas 0,5% dos municípios brasileiros apresentavam qualquer tipo de política voltada para o reconhecimento do nome social adotado por transexuais e travestis²².

27. As cirurgias de transgenitalização – consideradas crime de lesão corporal grave no Brasil até 1997, quando foi editada resolução do Conselho Federal de Medicina²³ regulamentando-as – foram, por sua vez, instituídas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) somente a partir de 2008.²⁴ No entanto, mesmo com o decurso de aproximadamente 7 anos deste a adoção desta medida, registra-se ainda enorme dificuldade para se obter acesso a esta prestação de saúde, cujo procedimento é alvo, até hoje, de diversas críticas formuladas por acadêmicos e ativistas.²⁵

28. Igualmente, o tratamento social de acordo com o gênero individual de pessoas transexuais e travestis foi recentemente regulamentado no âmbito penitenciário e educacional. Em 2014, a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, expedida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD/LGBT, traz previsões que incluem a garantia de alas especiais para LGBT de adesão espontânea (art. 1º), o direito de ser chamado pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero e sua inclusão no registro de admissão no estabelecimento prisional (art. 2º); a faculdade do uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, à pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade (art. 5º);

²⁰ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/11/travestis-e-transexuais-podem-usar-nome-social-no-enem>>.

²¹ Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/educacao/2015/10/numero-de-travestis-e-transexuais-inscritos-no-enem-quase-triplica>>

²² IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa de informações básicas municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros 4, 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94541.pdf>>.

²³ Resolução CFM nº 1.482 /97.

²⁴ Portaria MS 1707/2008.

²⁵ Veja-se, a título de exemplo, BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. “Despatologização do Gênero: a politização das identidades”. *Estudos Feministas, Florianópolis*, 20(2): 256, maio-agosto/2012; ALMEIDA, Guilherme; MURTA, Daniela. “Reflexões sobre a possibilidade da despatologização da transexualidade e a necessidade da assistência integral à saúde de transexuais no Brasil”. *Sexualidad, Salud y Sociedad Revista Latinoamericana*, n.14, ago. 2013 L pp.380-407.

o direito à visita íntima para a população LGBT (art. 6º); e a atenção integral à saúde – inclusive a manutenção de seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico (art. 7º).

29. Tocando diretamente o objeto em discussão neste Recurso Extraordinário, no corrente ano foi emitida a Resolução nº 12²⁶ do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), que orienta instituições de ensino a garantir o acesso e o reconhecimento de estudantes LGBTs em suas dependências. Uma das providências, contida nos artigos 6º e 7º, é a autorização a transexuais de optar pelo uso de banheiro e de uniforme de acordo com o gênero de identificação.

30. Contudo, tais iniciativas estão sujeitas à alteração unilateral por parte do Poder Executivo. Recentemente, na cidade do Rio de Janeiro, resolução que previa a permanência de transexuais e de travestis em alas hospitalares correspondentes à sua identidade de gênero foi – apenas sete dias depois de entrar em vigor – suspensa em razão de pressão exercida por setores religiosos contrários à sua implementação.²⁷

31. O quadro que se tem hoje é de naturalização da violência contra uma parte estigmatizada da população, sujeita a uma série de danos físicos e psíquicos nas esferas pública e privada, evidenciados em altos índices de automutilação, suicídio e depressão²⁸ Além disso, a marginalização desse grupo não raro impede seus integrantes de fruírem de diversos direitos, dentre os quais se incluem trabalho, educação e moradia, impondo barreiras intransponíveis para que consigam seguir plenamente suas aspirações na vida.

²⁶ CNCD/LGBT - Presidenta do 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 em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>>.

²⁷ O DIA. “Prefeitura recua e tira direito de travestis ocuparem ala feminina em hospitais

Durou sete dias a resolução que permitia travestis e transexuais ocuparem as enfermarias conforme a identidade de gênero”. 14 de junho de 2015. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-07-15/prefeitura-recua-e-tira-direito-de-travestis-ocuparem-ala-feminina-em-hospitais.html>

²⁸ Não há dados disponíveis no Brasil sobre a questão, com relação aos EUA, veja-se: Jaime M. Grant et al. *Injustice at every turn: A report of the National Transgender Discrimination Survey*. National Center for Transgender Equality, 2011. Disponível em: <http://www.thetaskforce.org/static_html/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf>; e Walter O. Bockting et al. *Stigma, mental health, and resilience in an online sample of the US transgender population*. *American Journal of Public Health*, v. 103, n. 5, p. 943-951, 2013.

III. DIGNIDADE HUMANA E DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

32. As ideias de sexo (compreendida no binômio macho-fêmea) e gênero (entendido como a compreensão social atrelada a determinado sexo biológico, masculino-feminino) são extremamente importantes para a formação da subjetividade dos indivíduos em nossa sociedade. Sem dúvida, uma das primeiras características que utilizamos para identificar alguém (ou nós mesmos) é a identidade sexual ou de gênero.

33. Nesse contexto, a questão da transexualidade, por subverter o alinhamento supostamente convencional entre sexo e gênero, vem sendo tratada, pela medicina, como uma patologia, desde sua inclusão no Código Internacional de Doenças, em 1980. Atualmente, documentos de referência da área médica, como a própria Classificação Internacional de Doenças (CID 10), publicada pela Organização Mundial de Saúde, e o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), da Associação de Psiquiatria Americana, a preveem sob o rótulo de “transtornos” e “disforias” de gênero.

34. Essa abordagem vem sendo questionada por diversos flancos, seja a partir da própria medicina, que reconhece a dificuldade de definir o sexo biológico diante da pluralidade de elementos a serem considerados e que nem sempre levam a resultados coincidentes²⁹; seja por parte do ativismo trans, que, de um lado busca combater o estigma da patologização e, de outro, reivindicar seus direitos³⁰; seja, ainda, por parte de teorias contemporâneas identificadas sob o rótulo *queer*, que questionam o próprio conceito de “sexo” como dado natural, afirmando, ao revés, tratar-se de construção cultural erigida socialmente.³¹

35. Independentemente do fundamento biológico, o aspecto social é indispensável para o desenvolvimento dos indivíduos. Por vivermos em sociedade, construímos nossas

²⁹ VENTURA Míriam. *A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. Rio de Janeiro: Ed. Da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 20. Veja-se, na literatura médica: “(...) de todos os critérios que entram na identificação do sexo, os mais importantes não são os morfológicos, mas os psíquicos. O indivíduo não é homem ou mulher porque tem um pênis ou uma vagina, secreta testosterona ou estradiol, tem um hipotálamo macho ou fêmea. O que importa é ele sentir-se homem ou sentir-se mulher.”. MACHADO, Lucas V. “Endocrinologia Ginecológica”, 2ª ed. MedBook: Rio de Janeiro, 2006, p. 299.

³⁰ Veja-se o site da campanha global Stop Trans Pathologization que conta com manifesto assinado pela Rede Internacional pela Despatologização Trans: < <http://www.stp2012.info/old/pt>>

³¹ V. a título de exemplo, BUTLER, Judith. *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*. Londres/Nova Iorque: Routledge, 1999.

identidades dialogicamente, a partir do olhar do outro e, por isso, seu reconhecimento é tão relevante na definição do que nós próprios somos.

36. O gênero manifesta-se, na maior parte das vezes, por códigos comuns compreendidos como pertencentes a um ou outro dos gêneros conhecidos. Ao conhecer uma pessoa, não se identifica como homem ou mulher em razão, por exemplo, de seus órgãos genitais, mas por meio de signos pelos quais ela se manifesta, como seu nome, roupa, aparência física, modo de falar e andar.³² Sem dúvida, na maior parte das interações que travamos cotidianamente, não temos acesso a informações sobre a genitália dos outros indivíduos, mas seguimos identificando-os como homem ou mulher com base, sim, nas expressões externas e compartilhadas de sua identidade.

37. É neste sentido que se pode afirmar que decorre da dignidade de cada indivíduo o desenvolvimento de sua personalidade, inclusive nos aspectos relativos à sua identidade de gênero. Por se tratar de condição pessoal e intrínseca fundamental para seu desenvolvimento como pessoa, a posição do Estado deve ser a de reconhecer a identidade sexual que aquele indivíduo manifesta e assegurar a possibilidade de sua manifestação.³³

38. No cenário internacional, referido posicionamento foi corroborado pelo Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, por meio do relatório sobre a “Discriminação e Violência contra indivíduos baseadas em sua orientação sexual e identidade de gênero”³⁴ e pela OMS, que em conjunto com o Escritório do Alto

³² Nesse sentido, KESSLER, Suzanne J.; MCKENNA, Wendy. *Gender: An ethnomethodological approach*. New York: Wiley, 1978.

³³ Assim, sobre o livre desenvolvimento da personalidade, o Ministro Gilmar Mendes asseverou em seu voto nas ADI 4277 e ADPF 132, que resultaram no reconhecimento das uniões homoafetivas, que: “O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”.

³⁴ No documento, reconheceu-se “a longa história de discriminação e abuso relacionado à esterilização, que continua até os dias de hoje” em relação a pessoas transgênero e intersex, refletidas nos “vários requisitos legais e médicos, incluída a esterilização forçada, ao qual pessoas transgênero e intersex têm sido submetidas a fim de obter certidões de nascimento e outros documentos legais que correspondam a seu gênero”. Organização das Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos

Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a UNICEF a UNAIDS e outros braços da ONU emitiu a declaração pela “Eliminação da esterilização forçada, coercitiva ou involuntária”³⁵.

39. Esse imperativo de reconhecimento decorre da própria dignidade humana e dos direitos da personalidade que a concretizam. O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem a precípua necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, em distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais.^{36 37}

40. Como bem ressaltou o Ministro Ayres Britto, em primoroso voto proferido por ocasião do julgamento das uniões homoafetivas, ao tratar da sexualidade dos indivíduos, afirmou-a como

Humanos, “Discriminação e Violência contra indivíduos baseadas em sua orientação sexual e identidade de gênero”, A/HRC/29/23. Atualizado em 4 de maio de 2015, seguindo a resolução 27/32 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, Disponível para download em <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A_HRC_27_32_ENG.doc>

³⁵ “Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO”, de 2014, Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112848/1/9789241507325_eng.pdf?ua=1>. Acesso em 01/07/2014. Na mesma linha, em 2014, a Anistia Internacional publicou documento intitulado “O Estado decide quem eu sou: a falta de reconhecimento para pessoas transgênero, no qual criticou ações estatais que visam a retirar das mãos dos indivíduos trans o poder sobre a sua própria personalidade ao negar-lhes o reconhecimento de sua identidade de gênero.” “The State decides who am I: Lack of recognition for transgender people. Disponível em: <https://www.es.amnesty.org/uploads/media/The_state_decide_who_I_am_Febrero_2014.pdf>

³⁶ “O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais.” CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 195 (grifou-se)

³⁷ A importância da identidade sexual e de gênero foi igualmente ressaltada pela Corte Constitucional da Colômbia, em caso que motivou a expedição do decreto presidencial de 4 de junho de 2015, o qual passou a permitir, em atenção à decisão da Corte, a modificação do sexo em documentos por procedimento administrativo, sem exigência de cirurgia, tratamento médico ou diagnóstico. “o direito de cada pessoa de definir de maneira autônoma sua identidade sexual e de gênero e de que os dados consignados no registro civil correspondam a essa definição identitária se encontra constitucionalmente protegido pelas disposições que garantem o livre desenvolvimento da personalidade, o reconhecimento da personalidade jurídica e o respeito da dignidade humana nas suas três manifestações antes identificadas: (i) o direito de viver como quer, (ii) o direito a viver bem; (iii) o direito a viver sem humilhações” Sentença T-063/15, Ponente: María Victoria Calle Correa, j. 13/02/2015, parágrafo 4.5. Decreto disponível em: <<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/decretos/2015/Decretos2015/DECRETO%201227%20DEL%2004%20DE%20JUNIO%20DE%202015.pdf>>

Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória).

41. Sem dúvida, o gênero é aspecto primordial dessa identidade. Nas palavras de Pietro Pierlingieri, ao tratar da Constituição italiana,

O sexo, portanto, é um elemento que qualifica e integra a situação do sujeito, influenciando sobre o concreto regulamento jurídico, principalmente no que concerne ao efetivo exercício dos direitos e dos deveres. Nesta perspectiva, o transexualismo (sic) não pode e não deve constituir um pretexto para impor tratamentos discriminatórios, em contraste não apenas com a ratio da L. 164 de 1982 – que visa inserir o sujeito transexual plenamente no contexto social, como pertencente ao sexo no qual se identifica -, mas também e sobretudo com o ditado constitucional (arts. 3, § 1, e 51 Const.).³⁸

42. Note-se que a proteção da dignidade dos indivíduos envolve ainda uma dimensão reparatória.³⁹ Em outras palavras, quando a dignidade de alguém é ofendida impõe-se o pagamento de danos morais pelo injusto sofrido.⁴⁰ Conseqüentemente, as violações à dignidade humana decorrentes da negativa do exercício do direito à identidade de gênero ensejam o pagamento de indenização pecuniária.

43. Assim, a dignidade da pessoa humana envolve uma dimensão relacionada ao livre desenvolvimento da personalidade: as pessoas são livres e iguais para se realizarem plenamente por meio de sua individualidade, devendo o Estado agir negativamente, de modo a

38 PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 815.

39 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 326

40 Em julgamento recente em curso acerca do cabimento de indenização para presos em condições degradantes, todos os votos até o momento proferidos – Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso – reconheceram o direito do preso à indenização pelos danos morais suportados. Supremo Tribunal Federal, RE 592.581, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 13/08/2015.

não violar sua busca por autorrealização, e, também, positivamente, de modo a agir para evitar que outrem a viole, hipóteses em que será cabível indenização por danos morais.

IV- AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE PARA SE AUTO-DETERMINAR

44. Intrinsecamente relacionada à noção de desenvolvimento da personalidade está a ideia de autonomia privada, que corresponde à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida.

45. Trata-se de uma liberdade positiva que não somente não deve ser obstada, como também deve ser viabilizada no mundo real. Ela expressa a autodeterminação individual, e resulta do reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão, desde que ela não viole direitos alheios.

46. A autonomia privada como elemento da dignidade da pessoa humana já foi reconhecida em algumas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal, como no julgamento das uniões homoafetivas, do aborto de feto anencefálico e de pesquisas com células tronco. Recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em que se discutiu a constitucionalidade da criminalização do consumo de drogas, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que

“Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade.”

47. Sem dúvida, a decisão de como expressar e desenvolver sua identidade de gênero é um desdobramento da capacidade de autodeterminação do indivíduo. Eleger como portar-se, vestir-se e apresentar-se aos olhos dos outros compõe o rol das escolhas mais fundamentais e determinantes que uma pessoa pode fazer em sua vida.

48. Ser livre para decidir sobre seu corpo, sua aparência e expressão inclui poder exercitar essa liberdade no espaço público. E, sem dúvida, a vedação dessa possibilidade por

meio de óbices impostos pelo Estado ou por particulares constitui uma restrição ilegítima a essa liberdade tão basilar.

49. Conforme registrou a Corte Constitucional da Colômbia, em uma das ocasiões em que decidiu favoravelmente a direitos de pessoas trans,

" a proteção à identidade e à opção sexual é corolário do princípio da dignidade humana. Com efeito, é difícil encontrar um aspecto mais relacionado com a definição ontológica da pessoa que o gênero e a orientação sexual. Por isso toda interferência ou direcionamento nesse sentido é um grave atentado contra sua dignidade, pois estar-se-ia privando-a da competência para definir assuntos que só a ela concernem ”⁴¹.

50. Nessas circunstâncias, a noção de autonomia veda, igualmente, que terceiros busquem determinar o verdadeiro sexo de uma pessoa que, com base em sua identidade de gênero, vise, por exemplo, a utilizar um banheiro público. Sem dúvida, esse ato constituiria uma intervenção indevida na esfera de autodeterminação do indivíduo, em frontal violação à sua privacidade. Tal aspecto foi ressaltado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2015 em decisão contrária à exigência estatal de esterilização de indivíduo trans para o reconhecimento de seu gênero:

“lembramos que o direito à identidade sexual e ao desenvolvimento pessoal são aspectos fundamentais do direito ao respeito à vida privada (ver §7 abaixo). A maioria admite que ‘a liberdade de definir sua identidade sexual, é uma liberdade considerada como um dos elementos mais essenciais ao direito de autodeterminação’ .”⁴².

51. No Brasil, conforme registrou o Ministro Edson Fachin no já mencionado julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, “a autodeterminação individual corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio”.

⁴¹ : T-062/11, Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, j. 4.2.2011. A aludida Corte, em outra oportunidade, registrou ainda ser de “vital importância a salvaguarda de seus direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade, à autodeterminação e à dignidade humana, motivo pelo qual o Estado não pode interpor barreira alguma para que o indivíduo decida seu desenvolvimento vital, seu modo de ser e sua condição sexual” Sentença T-918/12, Ponente: Jorge Iván Palacio Palaco, j. 8.11.2012.

⁴² Caso Y.Y.Y. vs. Turquia Número do processo: 14793/08 Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152779#{"itemid":\["001-152779"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152779#{)>

52. Cumpre ressaltar que, na presente hipótese, eventual argumento relativo à violação de direito de terceiros não se sustenta, porque certamente não há, em nosso ordenamento, qualquer direito que chancele expectativa particular com relação à identidade de gênero alheia. Ao utilizar esse raciocínio, a Corte Europeia de Direitos Humanos garantiu, em 2002, o direito de uma transexual inglesa a ter seu gênero reconhecido por seu país e consignou,

“A Corte considera que deve-se esperar que a sociedade tolere, de forma razoável, certos inconvenientes para permitir que indivíduos vivam de forma digna e valorosa, de acordo com a identidade sexual por eles escolhida a grande custo pessoal”⁴³.

53. Não se sustentam também eventuais teses no sentido de que indivíduos mal-intencionados poderiam valer-se do critério de autodeterminação para, por exemplo, constranger pessoas do gênero oposto ou praticar atos indevidos com base no direito ao reconhecimento que se está afirmando nesta ocasião.

54. Isto porque, em primeiro lugar, a atual divisão de espaços segundo o critério sexo-gênero, em regra, não exige apresentação de provas da correspondência entre sexo e gênero. Significa que, na prática, apenas têm seu direito de trânsito vedado aquelas pessoas visível ou supostamente trans. Além disso, o sistema existente não é capaz, por si só, de inibir condutas impróprias, que devem ser energeticamente combatidas, em especial a violência sexual perpetrada por homens contra mulheres, outra minoria social cotidianamente exposta à violência.

55. Nesse sentido, pretender restringir substancialmente a dignidade humana, autonomia e direito ao reconhecimento das pessoas trans com base em abusos cometidos por indivíduos mal-intencionados e não pertencentes a esse grupo estigmatizado é transferir o ônus da conduta abusiva e criminosa a um grupo vulnerável, que frequentemente compõe as vítimas deste tipo de conduta, impingindo, assim, ônus desproporcional à fruição de seus direitos fundamentais.

⁴³ Christine Goodwin vs. United Kingdom. 28957/95 Disponível em: <

56. Atento à dimensão autodeterminativa da dignidade humana, o Poder Legislativo da Argentina editou, em maio de 2012, lei que dispõe sobre o direito à identidade de gênero.⁴⁴ Referido diploma dispõe em seu artigo 1º que toda pessoa tem direito

a) Al reconocimiento de su identidad de género;

b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;

c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.⁴⁵

57. Na mesma toada, países europeus aprovaram nos últimos anos legislações que permitiram a mudança do nome e do sexo em documentos oficiais embasada exclusivamente na autodeterminação, sem a necessidade de qualquer intervenção, tratamento ou mesmo diagnóstico médico, como Irlanda⁴⁶, Dinamarca⁴⁷ e Malta^{48, 49}.

58. Assim, a ideia de autonomia privada reforça a necessidade da autodeterminação e do reconhecimento de gênero das pessoas trans.

V. DIREITO À IGUALDADE E AO RECONHECIMENTO.

59. Além das ideias de desenvolvimento da personalidade e de autodeterminação, merece destaque o fato de que se situa no cerne da identidade da Constituição de 1988 um ideal

⁴⁴ Lei 26.743 de maio de 2012.

⁴⁵ Em tradução livre: “toda pessoa tem direito a) ao reconhecimento de sua identidade de gênero; b) ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero; c) a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada desse modo nos instrumentos que credenciam sua identidade no que diz respeito ao seu/seus nome/nomes de batismo, imagem e sexo com os que ali é registrada”.

⁴⁶ Lei de Reconhecimento de Gênero (Gender Recognition Bill), aprovada pelo Parlamento em 15 de julho de 2015 e assinada pelo presidente em 22 do mesmo mês.

⁴⁷ Emenda à lei que regula o Sistema de Registros Cíveis (lov om Det Centrale Personregistre) sobre o Registro de Pessoas Nacionais, aprovada em 11 de junho pelo Parlamento. Disponível em <http://www.ft.dk/RIPdf/samling/20131/lovforslag/L182/20131_L182_som_vedtaget.pdf>

⁴⁸ Lei de Identidade de Gênero, Expressão de Gênero e características sexuais (Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act - GIGESC Bill), adotada em 01 de Abril de 2015. Disponível em: <http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf>

⁴⁹ Em Portugal, o procedimento igualmente não requer qualquer tratamento médico ou cirúrgico e o procedimento também é administrativo, embora seja necessária a apresentação de um diagnóstico elaborado por equipe multidisciplinar (procedimento regulado pela Lei n.º 7/2011 de 15 de Março, conhecida como a Lei de Identidade de Gênero).

emancipatório que, também por meio do princípio jurídico da igualdade, almeja a superação das diversas injustiças estruturais e sociais brasileiras⁵⁰.

60. Neste sentido, veja-se que esta e. Corte tem reconhecido, acompanhada de lições de destacados juristas e pensadores contemporâneos, que o princípio da igualdade, notadamente sob sua perspectiva material, tem por objetivo remediar as situações concretas em que indivíduos e grupos encontram-se em posições sociais relativamente desiguais entre si⁵¹.

61. A desigualdade estrutural entre indivíduos e grupos pode se revelar, por sua vez, tanto sob o aspecto socioeconômico, quanto sob o já visto aspecto do reconhecimento⁵². O primeiro aspecto diz respeito à abordagem tradicional do princípio da igualdade material que impõe o dever de garantir aos grupos sociais menos favorecidos as condições materiais mínimas que garantam sua dignidade – o chamado *mínimo existencial*⁵³.

⁵⁰ Neste sentido, Clèmerson Merlin Clève, abordando o contexto de promulgação da Carta de 1988, afirmou que “[a] Constituição de 1988 acreditava nas potencialidades normativas do discurso constitucional. Acreditava nas potencialidades emancipatórias do discurso constitucional; na essencialidade do papel do estado, especialmente na formação social como a brasileira, fragmentada, absolutamente injusta e, inclusive, uma sociedade em que amplas parcelas da população encontram-se em estado de pobreza ou miserabilidade” CLÈVE, C. M. Direitos sociais e igualdade. XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. [S.l.]: [s.n.]. 2000. p. 747-756. O mesmo autor propôs, assim, o desenvolvimento de uma dogmática constitucional emancipatória, em resposta ao movimento do direito alternativo, cf. CLÈVE, C. M. Para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CLÈVE, C. M. Para uma dogmática constitucional emancipatória. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33-52.

⁵¹ O que não significa dizer, de outro lado, que a igualdade formal não exerça importante função de promoção da igualdade. Com efeito, o Ministro Luis Roberto Barroso, em artigo acadêmico, sustentou que a violação à igualdade no caso do não reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas tratava de hipótese de violação à igualdade em perante a lei. Cf. BARROSO, Luís Roberto, Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 16, Mai/Jun/Ago 2007.

⁵² Sobre a ideia de que a dignidade humana considera também o aspecto do direito ao reconhecimento, veja-se BARROSO, Luís Roberto. “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 16, Mai/Jun/Ago 2007; e SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 139-166. Na literatura da ciência política, confira-se ainda FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé. Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Tradução de Márcia Prates. Brasília: UnB, 2001. p. 245-282;

⁵³ A jurisprudência desta e. Corte afirma reiteradamente o direito ao mínimo existencial enquanto núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, cf. AgRg no STA 223, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, J. em 14/04/2008, DJe em 09.04.2014; ARE 745745 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, J. em 02.12.2014, DJe em 19.12.2014; ARE 727864 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, J. em 04.11.2014, DJe em 13.11.2014. Na doutrina, confira-se ainda BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

62. O segundo aspecto, referente ao direito ao reconhecimento, diz respeito à necessidade de garantir-se que os indivíduos possam ser reconhecidos e se reconhecer enquanto membros da sociedade merecedores de igual respeito e consideração⁵⁴ por seus pares.

63. Neste sentido, o direito do indivíduo de ser tratado pelo gênero com o qual se identifica confunde-se com seu direito de ser reconhecido, em primeiro lugar, em sua condição de *indivíduo moralmente autônomo*⁵⁵ e, em segundo lugar, no que diz respeito à *legitimidade de sua decisão*⁵⁶.

64. Note-se que negar este direito ao reconhecimento às pessoas transexuais implicaria uma situação intolerável de desigualdade, na medida em que o mesmo reconhecimento não é negado às pessoas que não são transexuais. Ou seria razoável cogitar que alguém que não seja transexual poderia ser proibido de usar o banheiro correspondente ao gênero com o qual se identifica? Evidentemente não.

65. Partindo dessa premissa, a Suprema Corte do estado norte-americano do Maine, decidiu, em 2014, que uma aluna transgênero, impedida de utilizar o banheiro feminino em sua escola, havia sofrido discriminação em razão de sua identidade de gênero, em violação a lei de direitos humanos do estado⁵⁷. No mesmo sentido, em abril de 2015, a Comissão para a Igual Oportunidade de Emprego dos Estados Unidos, agência reguladora federal encarregada de aplicar as leis federais anti-discriminação, proferiu julgamento histórico em que afirmou que negar a empregado(a) transexual acesso ao banheiro consistente com sua identidade de gênero constitui discriminação por motivo de sexo, vedada pelo Título VII da Lei dos Direitos Civis (Civil Rights Act), de 1964.⁵⁸

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 1ª ed., Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 181.

⁵⁵ A autonomia, como cediço, integra o próprio núcleo da dignidade da pessoa humana e consiste na capacidade do indivíduo de eleger princípios morais e proceder à reflexão e tomada de decisões com base nestes princípios, independentemente de restrições externas. A este respeito, confira-se BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. p. 76-77.

⁵⁶ Não se trata aqui de afirmar que todas as decisões devem ser valorizadas socialmente, mas sim que devem ser consideradas como legítimas em um contexto de pluralismo social, político e moral, desde que estas decisões não impliquem suprimir outras formas de pensamento – ou seja, desde que sejam doutrinas abrangentes razoáveis, cf. RAWLS, John, *O liberalismo político*, Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Ática, 2000, p. 102.

⁵⁷ Corte Suprema do estado do Maine, John Doe et al. v. Regional School Unit 26, julgado em 30/01/2014. Disponível em http://bangordailynews.com/?attachment_id=1644332&ref=relatedSidebar

⁵⁸ EUA, Equal Employment Opportunity Commission (Comissão para a Igual Oportunidade de Emprego), Apelação 0120133395 (Tamara Lusardi v. John M. McHugh and Department of the Army), julgada em 01/04/2015A EEOC, baseando-se nos direitos à igualdade, respeito, dignidade, reconhecimento da sua identidade

66. Em igual sentido, o Departamento de Justiça Americano, em conjunto com o Departamento de Educação, posicionou-se, no corrente ano, favoravelmente a aluno trans em caso envolvendo o uso de banheiro masculino em colégio no estado da Virginia asseverando que “a discriminação baseada na identidade de gênero, incluindo o status transgênero, é discriminação baseada em sexo”, da mesma forma que o é a “discriminação baseada na não conformidade da pessoa trans a estereótipos de sexo”, ambas vedadas.⁵⁹

67. Não se está aqui a tratar, pois, de uma questão banal, mas sim de conferir às pessoas trans o direito à igual autonomia e dignidade que são naturalmente garantidas a todos os demais grupos sociais desde a infância. Nesse sentido, destaca-se trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no âmbito da ADI 4277, em que foi relator, segundo o qual

“o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (grifo nosso) ⁶⁰

e iguais oportunidade de trabalho, decidiu que restringir Lusardi a um banheiro separado a “isolava e segregava das outras pessoas de seu gênero” e “perpetuava o sentimento de que ela não era digna do mesmo respeito e consideração”. Em decisão anterior, de 2012, a EEOC já tinha decidido que a discriminação contra pessoas transgênero é abarcada pela proibição do Título VII da Lei de Direitos Civis. Vide: EUA, Equal Employment Opportunity Commission, Apelação No. 0120120821 (Mia Macy, Complainant, v. Eric Holder, Attorney General, Department of Justice - Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives – Agency), julgada em 20/04/2012.

⁵⁹ Disponível em:

https://www.aclu.org/sites/default/files/field_document/stmtinterestunitedstatesecf28_redacted.pdf Para outras decisões no contexto norte-americano confira-se SUIAMA, Sergio Gardenhi. “Em busca de um modelo autodeterminativo para o Direito de transgêneros”. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

⁶⁰ No mesmo sentido, veja-se o voto do Min. Luiz Fux na mesma ADI: “Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades”. (grifou-se)

68. Note-se, então, que a espécie de injustiça que se pretende remediar nesta demanda é sofrida exclusivamente – e só pode ser verdadeiramente conhecida – pelas próprias pessoas trans. Dessa maneira, a imposição de um padrão social externo de definição do gênero a este grupo configura a típica situação de opressão⁶¹, de “nós” (a maioria) contra “eles” (a minoria) que John H. Ely já identificava como extremamente danosa para a democracia⁶².

69. Não só isso. Há ao menos três perspectivas à luz das quais podem ser verificados os impactos deletérios produzidos pela discriminação contra estas pessoas.

70. Sob uma perspectiva individual, a negação do reconhecimento gera graves consequências para a pessoa transexual. Sem dúvida, o reconhecimento está intensamente vinculado ao desenvolvimento da identidade individual⁶³, capaz de conferir ao ser humano autorrespeito e autoestima, bens essenciais a todos⁶⁴.

71. Negar às pessoas transexuais o reconhecimento do gênero com que se identificam implica transmitir-lhes a mensagem de que sua identidade não é bem-vinda em nossa sociedade, que não podem tomar decisões básicas sobre si mesmas e, portanto, de que são indivíduos inferiores aos demais.

72. Demais disso, sob uma perspectiva de grupo, ao negar-se às pessoas transexuais o reconhecimento franqueado a todos os demais grupos sociais – ou seja, o reconhecimento de sua capacidade de tomar decisões envolvendo sua identidade sexual – promove-se uma situação de desigualdade material que resvala para a exclusão⁶⁵ e invisibilidade do grupo como um todo.

⁶¹ Conforme identificado pela filósofa americana Iris Marion Young, a opressão e a dominação institucionais contra minorias limitam os indivíduos integrantes destes grupos com relação à sua capacidade de agir e de desenvolver suas habilidades, impedindo o atingimento de uma sociedade verdadeiramente democrática, cf. YOUNG, Iris Marion. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

⁶² ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 135-180.

⁶³ TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition*. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

⁶⁴ RAWLS, John. *A Theory of Justice: Edição Revisada*. Cambridge: Belknap, 1999, p. 78-80; HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003.

⁶⁵ Esta exclusão se opera, por exemplo, por meio da demonização a que alude Oscar Vilhena Viera, mediante a qual a sociedade passa a desconstruir a imagem humana dos inimigos que deixam de merecer sequer sua inclusão no âmbito do Direito (VIEIRA, Oscar Vilhena *A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito*. In:

73. Neste sentido, aquele conjunto de pessoas despidas de autorrespeito e autoestima é posto à margem do Direito, “demonizada”⁶⁶ e esquecida pela parcela dominante da sociedade. Sua condição humana é, portanto, reduzida, e sua dignidade é negada, tendo consequências nefastas como a própria naturalização de seu extermínio, como demonstram os dados supramencionados.

74. Isto gera, por fim e sob uma terceira perspectiva, prejuízos inegáveis à democracia. É que, ao conferir às pessoas transexuais um status desigual, negando-lhes autorrespeito e autoestima, invisibilizando-os e excluindo-os da esfera pública, erguem-se contra estes indivíduos verdadeiros obstáculos externos (sociais) e internos (psicológicos) à sua participação no processo coletivo de tomada de decisões⁶⁷.

75. É dizer, mesmo quando não haja mecanismos formais que impeçam a integração das pessoas transexuais à sociedade, a negação social e jurídica de reconhecimento desde aspectos tão básicos como o uso do banheiro até outros tão relevantes quanto o tratamento do cidadão perante as instituições põe em xeque os ideais de máxima participação da coletividade e da tutela da diversidade e do pluralismo social.

VI - DEFESA DE DIREITOS DE MINORIAS E A NECESSÁRIA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

76. Conforme afirmou o Ministro Luís Roberto Barroso em recente voto proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, é função precípua do Supremo Tribunal Federal promover a proteção dos direitos fundamentais de minorias invisíveis e destituídas de poder político contra as omissões e investidas das instâncias majoritárias representativas.⁶⁸

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 191-216).

⁶⁶ A ideia de demonização contra indivíduos marginalizados é empregada por Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, Oscar Vilhena A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010).

⁶⁷ Isto porque, como afirmado por Axel Honneth, o desenvolvimento do autorrespeito e da autoestima são essenciais para que os indivíduos se enveredem no processo de busca espontânea dos objetivos de vida escolhidos por si, sem pressões externas (sociais) ou internas (psicológicas). Cf. HONNETH, Axel, *Op. Cit.*, p. 273.

⁶⁸ O mesmo foi afirmado pelo i. Relator a respeito da repercussão geral do presente recurso extraordinário: “as teses ora discutidas inserem-se na órbita de uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas: a definição do alcance dos direitos fundamentais, especialmente daqueles referentes às minorias”.

77. O caso sob análise trata precisamente de tal hipótese. É inegável que as pessoas trans são uma minoria digna de proteção tanto sob o aspecto numérico quanto sob o aspecto social.

78. Sob o aspecto numérico, isto significa dizer que as pessoas transexuais representam parcela proporcionalmente menor da população, considerando os demais grupos sociais. Por certo, isto dificulta – senão até mesmo impossibilita – sua representação junto às instâncias majoritárias. Trata-se, pois, de um grupo de poucos que corre constante risco de sofrer com a tirania dos muitos. E, de fato, sofre.

79. Isto porque, sob o aspecto social, é inegável que as pessoas trans são uma minoria vulnerável e historicamente marginalizada, marcada pela discriminação, pela invisibilização e pela exclusão da sociedade e às quais é negado o devido reconhecimento enquanto cidadãos livres e iguais.

80. Não só isto, nota-se que os canais representativos se encontram expressivamente obstruídos no que concerne as demandas de pessoas trans. Com efeito, no que pese a existência de projetos de lei em trâmite perante as casas legislativas que objetivam conferir dignidade a esta parcela da sociedade – a exemplo do Projeto de Lei n° 5.002/2013, que dispõe acerca do direito à identidade de gênero, e do Projeto de Lei n° 122/06, que propunha a criminalização da transfobia⁶⁹ - tais medidas encontram intensa resistência na instância legislativa, por vezes não avançando um só passo após anos de tramitação.

81. Ora, direitos fundamentais não podem esperar. Não se pode cogitar da hipótese de condicionar igualdade e dignidade à vontade legislativa, menos ainda quando a discriminação é tão intensa quanto a presente.

⁶⁹ A omissão legislativa quanto ao relevante tema da criminalização da homofobia ensejou, inclusive, o ajuizamento do Mandado de Injunção n° 4.733/DF, por meio do qual se pretende estender a interpretação do crime de racismo à homofobia e transfobia. Após a manifestação da Procuradoria Geral da República favorável ao deferimento parcial do pedido, o Mandado de Injunção foi redistribuído ao Ministro Edson Fachin em 16.06.2015.

82. É precisamente por esta razão que a atuação do Poder Judiciário se impõe, empurrando a história⁷⁰ e o projeto emancipatório da Constituição de 1988. Neste sentido, o recurso ao Direito comparado permite revelar a importância da atuação das Cortes na promoção dos direitos deste segmento social.

83. Assim, na Alemanha, a despeito da existência de uma lei dispendo amplamente sobre direitos de transexuais (a Lei dos Transexuais – Transsexuellengesetz – de 1980), diversos julgados do Tribunal Constitucional alemão permitiram avançar ainda mais na tutela de pessoas trans. A Corte alemã ampliou, por exemplo, o direito de alteração de nome e sexo de pessoas trans junto ao registro público ao julgar inconstitucionais exigências como a de que a pessoa não fosse casada⁷¹, a de que a pessoa fosse infértil e a de que a pessoa se submete-se à cirurgia de transgenitalização⁷², considerando os direitos à autodeterminação sexual, à integridade física e à intimidade destes indivíduos.

84. A Suprema Corte indiana, por sua vez,⁷³ reconheceu os direitos tanto de pessoas que se identificavam com o sexo oposto, quanto dos que não se enquadravam na classificação binária (masculino-feminino), reconhecendo inclusive um terceiro gênero, independentemente de cirurgia, com base na autonomia pessoal, na autodeterminação, na dignidade, na privacidade, no livre desenvolvimento da personalidade, na livre expressão, na igualdade e na não-discriminação.⁷⁴

⁷⁰ Neste sentido afirmou, em artigo acadêmico, o Ministro Luís Roberto Barroso: “Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas, vez por outra, trata-se de papel imprescindível. Nos Estados Unidos, foi por impulso da Suprema Corte que se declarou a ilegitimidade da segregação racial nas escolas públicas, no julgamento de *Brown v. Board of Education*. Na África do Sul, coube ao Tribunal Constitucional abolir a pena de morte⁷⁰. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal deu a última palavra sobre a validade da criminalização da negação do holocausto. A Suprema Corte de Israel reafirmou a absoluta proibição da tortura, mesmo na hipótese de interrogatório de suspeitos de terrorismo, em um ambiente social conflagrado, que se tornara leniente com tal prática” BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: SARMENTO, Daniel (coord). *Jurisdição Constitucional e Política*. São Paulo: Forense, 2015.

⁷¹ BVerfG, 1 BvL 10/05, 23 de julho de 2008

⁷² BVerfG, 1 BvR 3295/07, 11 de janeiro de 2011.

⁷³ National Legal Services Authority v. Union of India & Ors. [NALSA - Writ Petition (Civil) No. 400 of 2012] disponível em <<http://supremecourtindia.nic.in/outtoday/wc40012.pdf>>

⁷⁴ A Corte indiana consignou que “a determinação do gênero ao qual a pessoa pertence deve ser decidida pela pessoa em questão. Em outras palavras, a identidade de gênero é integral à dignidade do indivíduo e está no núcleo da “autonomia pessoal” e da “autodeterminação””.

85. Além desses casos mencionados, destaca-se a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos no referido caso Goodwin vs. Reino Unido, de 2002, que garantiu todos os direitos do gênero feminino a uma mulher transexual. Ao defender a sua competência para alterar o *status quo* da grave situação desses indivíduos, a corte abriu as portas para a defesa dos direitos de pessoas trans em todo o continente:

“No século XXI, o direito de transexuais ao desenvolvimento pessoal e à segurança física e moral no amplo sentido, como garantido a outros indivíduos na sociedade, não pode ser visto como controvérsia que requer tempo para esclarecimentos”⁷⁵.

86. No Brasil, não há de ser diferente. Com efeito, este e. Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função de Corte Constitucional tem firmado uma irrepreensível trajetória jurisprudencial tendente à proteção de minorias sexuais⁷⁶, raciais⁷⁷ e de gênero⁷⁸.

87. Esta atuação, destaque-se, é constantemente acompanhada da irrefutável afirmação de que cabe eminentemente ao Supremo Tribunal Federal promover a proteção de minorias marginalizadas. Neste sentido a manifestação do Min. Gilmar Mendes:

“É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional”⁷⁹.

88. A proteção das pessoas transexuais é, pois, não menos que o próximo passo coerente e necessário à sedimentação de uma jurisprudência emancipatória firmada a partir da promulgação da Constituição de 1988.

⁷⁵ Christine Goodwin vs. United Kingdom. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>

⁷⁶ Cite-se, a este respeito, a ADPF n° 132/RJ e a ADIn n° 4.277/DF, que reconheceram o direito à união estável entre pessoas do mesmo sexo.

⁷⁷ Veja-se, a este respeito, o julgado no Caso Ellwanger (HC 82424/RS) e na ADPF n° 186, que reconheceu a constitucionalidade da reserva de vagas destinadas às minorias raciais em universidades públicas.

⁷⁸ É o caso do julgado proferido na ADPF n° 54, em que se reconheceu o direito da mulher a promover a interrupção da gestação do feto anencefálico. Também é o caso do julgamento da ADIn n° 1.936, em que esta e. Corte declarou que o teto dos benefícios do regime geral de Previdência Social não abrange o salário da licença-gestante, como forma de resguardar a igualdade entre homem e mulher no mercado de trabalho.

⁷⁹ STF, ADIn n° 4.277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011, grifou-se.

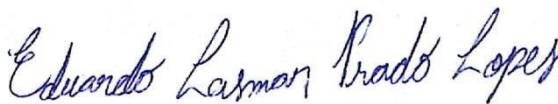
89. Diante do exposto, sendo este E. STF o tradicional espaço de proteção de minorias, as Requerentes pleiteiam que seja dado provimento ao recurso da parte Recorrente, reconhecendo que o direito de cada pessoa a ser tratada socialmente pelo sexo e gênero com o qual se identificam e se apresentam publicamente.

Termos em que,
Pedem deferimento.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2015.



JULIANA CESARIO ALVIM GOMES
OAB/RJ nº 173.555



EDUARDO LASMAR PRADO LOPES
OAB/RJ nº 189.700



WALLACE CORBO
OAB/RJ nº 186.442



DANIEL CARVALHO CARDINALI
OAB/RJ nº 184.984

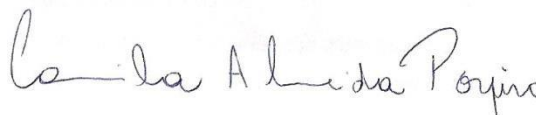


JULIANA CARREIRO AVILA
204.305-E

ACADÊMICOS DE DIREITO




DIEGO GEBARA FALLAH



CAMILA PORFIRO



HELENA FERREIRA



MARINA SIQUEIRA