

13/11/2014

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : ANDRÉ DOS SANTOS FIALHO
ADV.(A/S) : ISABELA PINHEIRO MEDEIROS GONÇALVES DA SILVA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : BEIRAMAR EMPRESA SHOPPING CENTER LTDA
ADV.(A/S) : LÉDIO DE NOVAES MARTINS E OUTRO(A/S)

Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

RE 845779 RG / SC

Ministro ROBERTO BARROSO

Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779 SANTA CATARINA

MANIFESTAÇÃO:

Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário, no qual se pede a reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com a seguinte ementa:

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABORDAGEM DE SEGURANÇA DE

RE 845779 RG / SC

‘SHOPPING CENTER’ EM TOALETE FEMININO. SUSTENTADO ATO DISCRIMINATÓRIO. FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE CONDUCTA CULPOSA ATRIBUÍVEL AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ABALO MORAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO. CONDUCTA EMOLDURADA COMO UM MERO DISSABOR. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADOS. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DEVER DE COMPENSAR AFASTADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO DA RÉ E PREJUDICADO O DO AUTOR.

‘O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extra-patrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura’ (doutrina).

Inaplicável a responsabilidade objetiva prevista no Código Consumerista aos fatos ocorridos no interior de shopping center que não guardam relação com defeito ou fato do serviço.

Para que se caracterize o ato ilícito, necessária se faz a conjugação de três requisitos, quais sejam, fato lesivo causado pelo agente, a ocorrência de dano moral ou patrimonial e o nexo causal entre o dano e a conduta do agente. Ausente um desses elementos, o pedido de indenização deverá ser julgado improcedente.”

2. O relatório do acórdão proferido na origem assim resumiu a narrativa dos fatos formulada pela parte ora agravante:

RE 845779 RG / SC

“André dos Santos Fialho ajuizou ação de indenização por danos morais contra Beiramar Empresa *Shopping Center* Ltda., na qual relatou que, ao passear pelo estabelecimento réu e tentar fazer uso de um banheiro, foi vítima de discriminação praticada por seguranças do local em razão de ser transexual.

Esclareceu que, ao entrar no banheiro feminino, como costumeiramente faz em locais públicos, foi abordado por uma funcionária do estabelecimento que, de modo nada sutil, forçou-o a se retirar sob o argumento de que sua presença causaria constrangimento às usuárias do local.

Mencionou que entrou em uma loja do estabelecimento na tentativa de utilizar um banheiro que não fosse de uso comum e foi informado de que as lojas do shopping não possuem banheiros privativos.

Afirmou que, impedido de utilizar o banheiro e estando demasiadamente nervoso, não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas e as fez nas suas próprias vestes, mesmo sob o olhar das pessoas que ali transitavam.

Ressaltou, por fim, que, após passar por essa situação vexatória, teve ainda de fazer uso do transporte coletivo para voltar para sua casa.

Requeru, diante desses fatos, a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais.”

3. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a ora recorrida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). No entanto, o acórdão recorrido deu provimento à apelação da ré, concluindo que “o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toailete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino”. Entendeu ainda não ter havido dano moral, mas “mero dissabor”.

4. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III,

RE 845779 RG / SC

a, da Constituição, e sustenta a ocorrência de violação aos arts. 1º, III; 5º, V, X, XXXII, LIV e LV; e 93, todos da Constituição. Ao abordar a repercussão geral da questão constitucional debatida, a parte ora agravante, representada pelo Núcleo de Prática Jurídica do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC, afirma o seguinte:

“No caso em tela, o acórdão recorrido, ao não reconhecer qualquer forma de discriminação mesmo admitindo como fato incontroverso o banimento da Recorrente do banheiro público feminino pelos funcionários da Recorrida, vai de encontro aos preceitos fundamentais da Carta Constitucional, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. (...)

(...)

E mais, o tratamento dispensado a Recorrente, **psicossocialmente identificada como mulher**, pela decisão ora recorrida, atenta contra sua honra ao tratá-la insistentemente como se homem fosse.

(...)

Dito isso, impende notar que a matéria versada no presente recurso é relativa à aplicabilidade do artigo 1º, inciso III e 5º, incisos V, X e XXXII e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, tendo em vista a **alta relevância no meio social** ao contribuir para a construção de um novo paradigma cultural, primando pelo respeito mútuo e igualdade de tratamento, objetivos da República Federativa do Brasil.

(...)

Isso significa que o julgamento do presente recurso poderá interferir diretamente na aplicação e interpretação daquelas normas constitucionais, reconhecendo-se, em casos futuros, que os danos decorrentes de constrangimentos ilegais e inconstitucionais praticados contra transexuais possam ser corrigidos e coibidos pelo Poder Judiciário, e não reforçados por este, quando provocado a aplicar a tutela jurisdicional.

(...)

A situação ora apresentada envolve exatamente uma integrante das reconhecidas minorias, que ao buscar guarida

RE 845779 RG / SC

no Poder Judiciário para efetivar seu direito a uma vida digna, foi novamente ofendida, desta vez por uma decisão que contraria os princípios pelos quais deveria primar.

Ao apreciar o presente recurso, abre-se a possibilidade de manifestação explícita da Corte Suprema do país sobre as efetivas proporções alcançadas pelos avanços à proteção da dignidade humana, contribuindo para a inserção e aceitação das diferenças que naturalmente existem numa sociedade multicultural, em conformidade com as políticas adotadas pelo Governo Federal conjuntamente com a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT) no combate às discriminações.

Portanto, a subsistência do acórdão recorrido – que traz interpretação flagrantemente contrária aos dispositivos supracitados –, seria uma regressão a todas as conquistas efetivadas por esta egrégia Corte, no sentido de proteger os direitos fundamentais e humanos das minorias sociais.

E, não bastasse, a manutenção da decisão recorrida abriria um arriscado precedente jurisprudencial, autorizando o Poder Judiciário a ignorar uma gama de direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional pátria, pilares básicos do Estado Social e Democrático de Direito.

Sendo assim, evidente que as matérias debatidas nas razões do recurso tomam contornos que vão além dos interesses subjetivos da causa, na medida em que a decisão desta Corte Suprema será capaz de influenciar generalizadamente demais casos análogos apresentados ao Poder Judiciário, tendentes a coibir condutas preconceituosas, e indenizar aqueles que as sofrem diretamente.” (destaques no original)

5. O recurso foi inadmitido na origem pelas seguintes razões:

- (i) “a alegação de violação aos arts. 5º, V, X, XXXII, LIV e LV, e 93 da CF/88, configura, em tese, mera ofensa reflexa ao texto constitucional, porquanto dependente do exame de legislação infraconstitucional”; e (ii) “a pretexto de violação ao art. 1º, III, da CF/1988 (referente ao princípio

RE 845779 RG / SC

da dignidade da pessoa humana), pretende rediscutir o mérito da questão posta em julgamento, com a reanálise dos elementos fático-probatórios, o que é expressamente vedado em sede de recurso extraordinário”.

6. Feita a breve descrição da hipótese, passo à manifestação.

7. O recurso não busca reexame de provas, ao contrário: parte da premissa assentada pelo acórdão recorrido, no sentido de que “o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toalete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino”. Nessas condições, afasta-se a Súmula 279/STF. A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO DO DF. INVESTIGAÇÃO SOCIAL E FUNCIONAL. SENTENÇA PENAL EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. OFENSA DIRETA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MATÉRIA INCONTROVERSA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279. AGRAVO IMPROVIDO. I – Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal a exclusão de candidato de concurso público que foi beneficiado por sentença penal extintiva de punibilidade. **II - A Súmula 279 revela-se inaplicável quando os fatos da causa são incontroversos, tendo o Tribunal a quo atribuído a eles consequências jurídicas discrepantes do entendimento desta Corte.** III - Agravo regimental improvido.” (RE 450.971 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – destaques acrescentados)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ANISTIA. ART. 8º DO ADCT/88. MILITARES PUNIDOS POR ATO DISCIPLINAR, COM BASE NA LEGISLAÇÃO COMUM. 1. Há nos autos cópia

RE 845779 RG / SC

da sentença definitiva proferida pela Justiça Militar, em que se assentou ser o delito praticado conexo a crime político. É de se reconhecer, diante de tal circunstância, a existência de coisa julgada, a inviabilizar o conhecimento do apelo extremo da União, apenas em relação ao autor Arri Lorenzetti. Precedentes.

2. A mesma sorte não assiste aos demais agravantes, cujos nomes não constam no rol da aludida sentença. **A Súmula STF nº 279, in casu, revela-se inaplicável, pois os fatos da causa são incontroversos, tendo o Tribunal a quo dado a eles definição jurídica discrepante da consagrada por esta Suprema Corte em inúmeros julgados.**

3. Agravo regimental do autor Arri Lorenzetti provido, para, apenas com relação a ele, não se conhecer do recurso extraordinário da União. Agravo regimental dos demais reclamantes improvido.” (RE 361.031 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie – destaques acrescentados)

8. Afastado o óbice da Súmula 279/STF, passa-se a analisar se o debate é natureza constitucional e se apresenta repercussão geral. A questão jurídica posta em discussão consiste em saber se a abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu configura ou não conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade, indenizável a título de dano moral.

9. Segundo definição da Organização Mundial da Saúde – OMS, o transexualismo consiste no “desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido”.

10. Esta Corte já negou repercussão geral a casos em que se buscava indenização por dano moral em situações diversas, tais como: (i) inscrição indevida em cadastros de inadimplentes (RE 602.136, tema 232); (ii) negativa de cobertura por operadora de plano de saúde (ARE 697.312, tema 611); e (iii) espera excessiva em fila de instituição financeira (ARE

RE 845779 RG / SC

687.876, tema 623). Em todos esses casos, entendeu-se que a discussão se restringia à interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais.

11. O caso em questão, no entanto, é qualitativamente distinto dos referidos precedentes, porque envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X). Constitui, portanto, questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. O tema não pode ser reduzido a uma mera questão patrimonial de responsabilidade civil.

12. Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico. *Em primeiro lugar*, diferentemente do imenso varejo de miudezas que ainda ocupam o tempo desta Corte, as teses ora discutidas inserem-se na órbita de uma das missões precípuas das Cortes Constitucionais contemporâneas: a definição do alcance dos direitos fundamentais, especialmente daqueles referentes às minorias. A essencialidade do tema e seu impacto no tratamento social dos grupos afetados, por si sós, já justificariam a necessidade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

13. *Em segundo lugar*, o caso em questão não é isolado: para citar apenas um exemplo recente, episódio semelhante ocorreu em Brasília no dia 16.09.2014, o que foi amplamente noticiado (<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/09/transexuais-sao-expulsas-de-banheiro-feminino-de-shopping-do-df.html>). Assim, a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal poderá definir o padrão de conduta adequado em casos da espécie, orientando não só as partes diretamente envolvidas, como as demais instâncias do Judiciário. A decisão a ser tomada, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

14. Por fim, e em reforço ao que se vem de expor, esta Corte

RE 845779 RG / SC

reconheceu recentemente o caráter constitucional e a repercussão geral em hipótese também envolvendo direitos de transexuais, destacando-se a importância de esta Corte definir “o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual”. Confira-se a ementa do acórdão:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (RE 670.422 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.09.2014)

15. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de **reconhecer o caráter constitucional e a repercussão geral** do tema ora em exame.

16. É a manifestação.

Brasília, 23 de outubro de 2014

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779 SANTA CATARINA

PRONUNCIAMENTO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
REPERCUSSÃO GERAL –
INADEQUAÇÃO.**

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 845.779/SC, da relatoria do ministro Roberto Barroso, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 24 de outubro de 2014.

O processo revela ação de indenização, por danos morais, ajuizada por transexual contra um *shopping center*, ao fundamento de que teria sido impedido de entrar em banheiro de uso comum destinado ao público feminino e, devido ao nervosismo acarretado pela situação, não conseguiu controlar as necessidades fisiológicas, fazendo-as nas roupas. Na sentença, julgou-se procedente o pedido formulado, condenando-se o estabelecimento comercial ao pagamento de R\$ 15.000,00 reais a título de danos morais.

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu provimento à apelação do ora recorrido, para reformar a sentença e assentar a improcedência do pleito inicial, bem como declarou o prejuízo do recurso do autor. Afastou a incidência do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e, em consequência, a responsabilidade objetiva do centro comercial, porque não estaria configurado defeito na prestação do serviço, uma vez que não ocorreu violação do dever de segurança. Segundo consignou, o único acontecimento comprovado foi a abordagem do autor no sanitário feminino por funcionária do estabelecimento, a qual haveria indicado a utilização do masculino. Assentou competir ao recorrente

RE 845779 RG / SC

demonstrar a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, o que não teria acontecido, porquanto os testemunhos colhidos não evidenciaram abordagem discriminatória ou agressiva. Asseverou não se mostrar reprovável a conduta da funcionária e concluiu descabida a indenização buscada, pois o dano indenizável seria o correspondente à lesão a direito da personalidade, com grande repercussão no psiquismo do ofendido, e não o mero incômodo ou aborrecimento.

Os embargos declaratórios interpostos foram desprovidos.

No extraordinário, protocolado com base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente argui desrespeito aos artigos 1º, inciso III, 5º, incisos V, X, XXXII, LIV e LV, e 93 do Diploma Maior. Inicialmente, sustenta a nulidade da decisão impugnada, por negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista que o Tribunal de origem não se manifestou sobre os dispositivos constitucionais evocados nos declaratórios. Aponta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, ante o fato de não ter sido reconhecido como do gênero feminino, impedindo-lhe o *shopping center* de utilizar o sanitário adequado. Diz da contradição no mencionado pronunciamento, porquanto os magistrados, apesar de entenderem ausente o dano moral, considerada a falta de provas, analisaram o grau do abalo psíquico sofrido, qualificando-o como mero dissabor do cotidiano. Aduz competir ao Supremo a proteção e a promoção dos direitos à honra e à integridade da pessoa humana, vindo a impor a reparação dos danos morais decorrentes de ato ilícito que implique ofensa àqueles. Defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, invertendo-se o ônus probatório e responsabilizando-se objetivamente a sociedade empresarial.

Sob o ângulo da repercussão geral, salienta que o tema debatido no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide, possuindo relevância social e jurídica, pois envolve reconhecer

RE 845779 RG / SC

a indivíduo integrante de uma minoria o direito a uma vida digna.

O recorrido, nas contrarrazões, articula, inicialmente, com a inviabilidade do exame de matéria infraconstitucional e fático-probatória. No mérito, ressalta o acerto do ato atacado.

O extraordinário não foi admitido na origem. Seguiu-se a interposição de agravo, o qual, em 21 de outubro de 2014, veio a ser convertido em extraordinário pelo ministro Luís Roberto Barroso.

Eis o pronunciamento do relator:

Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas , bem como por não se tratar de caso isolado.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
(RELATOR)**

1. Trata-se de agravo contra decisão que

RE 845779 RG / SC

negou seguimento a recurso extraordinário, no qual se pede a reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com a seguinte ementa:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABORDAGEM DE SEGURANÇA DE SHOPPING CENTER EM TOALETE FEMININO. SUSTENTADO ATO DISCRIMINATÓRIO. FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE CONDOTA CULPOSA ATRIBUÍVEL AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ABALO MORAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO. CONDOTA EMOLDURADA COMO UM MERO DISSABOR. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADOS. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DEVER DE COMPENSAR AFASTADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO DA RÉ E PREJUDICADO O DO AUTOR.

O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extra-patrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desgosto, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura (doutrina).

RE 845779 RG / SC

Inaplicável a responsabilidade objetiva prevista no Código Consumerista aos fatos ocorridos no interior de shopping center que não guardam relação com defeito ou fato do serviço.

Para que se caracterize o ato ilícito, necessária se faz a conjugação de três requisitos, quais sejam, fato lesivo causado pelo agente, a ocorrência de dano moral ou patrimonial e o nexo causal entre o dano e a conduta do agente. Ausente um desses elementos, o pedido de indenização deverá ser julgado improcedente.

2. O relatório do acórdão proferido na origem assim resumiu a narrativa dos fatos formulada pela parte ora agravante:

André dos Santos Fialho ajuizou ação de indenização por danos morais contra Beiramar Empresa Shopping Center Ltda., na qual relatou que, ao passear pelo estabelecimento réu e tentar fazer uso de um banheiro, foi vítima de discriminação praticada por seguranças do local em razão de ser transexual.

Esclareceu que, ao entrar no banheiro feminino, como costumeiramente faz em locais públicos, foi abordado por uma funcionária do estabelecimento que, de modo nada sutil, forçou-o a se retirar sob o argumento de que sua presença causaria constrangimento às usuárias do local.

Mencionou que entrou em uma loja do estabelecimento na tentativa de utilizar um banheiro que não fosse de uso comum e foi informado de que as lojas do shopping não possuem banheiros privativos.

Afirmou que, impedido de utilizar o banheiro e estando demasiadamente nervoso, não conseguiu

RE 845779 RG / SC

controlar suas necessidades fisiológicas e as fez nas suas próprias vestes, mesmo sob o olhar das pessoas que ali transitavam.

Ressaltou, por fim, que, após passar por essa situação vexatória, teve ainda de fazer uso do transporte coletivo para voltar para sua casa.

Requeru, diante desses fatos, a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais.

3. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a ora recorrida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). No entanto, o acórdão recorrido deu provimento à apelação da ré, concluindo que o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toalete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino. Entendeu ainda não ter havido dano moral, mas mero dissabor.

4. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição, e sustenta a ocorrência de violação aos arts. 1º, III; 5º, V, X, XXXII, LIV e LV; e 93, todos da Constituição. Ao abordar a repercussão geral da questão constitucional debatida, a parte ora agravante, representada pelo Núcleo de Prática Jurídica do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina CESUSC, afirma o seguinte:

No caso em tela, o acórdão recorrido, ao não reconhecer qualquer forma de discriminação mesmo admitindo como fato incontroverso o banimento da Recorrente do banheiro público feminino pelos funcionários da Recorrida, vai de encontro aos preceitos fundamentais da Carta Constitucional, em especial ao

RE 845779 RG / SC

princípio da dignidade da pessoa humana. (...)

(...)

E mais, o tratamento dispensado a Recorrente, psicossocialmente identificada como mulher, pela decisão ora recorrida, atenta contra sua honra ao tratá-la insistentemente como se homem fosse.

(...)

Dito isso, impende notar que a matéria versada no presente recurso é relativa à aplicabilidade do artigo 1º, inciso III e 5º, incisos V, X e XXXII e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, tendo em vista a alta relevância no meio social ao contribuir para a construção de um novo paradigma cultural, primando pelo respeito mútuo e igualdade de tratamento, objetivos da República Federativa do Brasil.

(...)

Isso significa que o julgamento do presente recurso poderá interferir diretamente na aplicação e interpretação daquelas normas constitucionais, reconhecendo-se, em casos futuros, que os danos decorrentes de constrangimentos ilegais e inconstitucionais praticados contra transexuais possam ser corrigidos e coibidos pelo Poder Judiciário, e não reforçados por este, quando provocado a aplicar a tutela jurisdicional.

(...)

A situação ora apresentada envolve exatamente uma integrante das reconhecidas minorias, que ao buscar guarida no Poder Judiciário para efetivar seu direito a uma vida digna, foi novamente ofendida, desta vez por uma decisão que contraria os princípios pelos quais deveria primar.

Ao apreciar o presente recurso, abre-se a possibilidade de manifestação explícita da Corte Suprema do país sobre as efetivas proporções alcançadas pelos avanços à proteção da dignidade humana, contribuindo para a inserção e aceitação das diferenças que

RE 845779 RG / SC

naturalmente existem numa sociedade multicultural, em conformidade com as políticas adotadas pelo Governo Federal conjuntamente com a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT) no combate às discriminações.

Portanto, a subsistência do acórdão recorrido que traz interpretação flagrantemente contrária aos dispositivos supracitados, seria uma regressão a todas as conquistas efetivadas por esta egrégia Corte, no sentido de proteger os direitos fundamentais e humanos das minorias sociais.

E, não bastasse, a manutenção da decisão recorrida abriria um arriscado precedente jurisprudencial, autorizando o Poder Judiciário a ignorar uma gama de direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional pátria, pilares básicos do Estado Social e Democrático de Direito.

Sendo assim, evidente que as matérias debatidas nas razões do recurso tomam contornos que vão além dos interesses subjetivos da causa, na medida em que a decisão desta Corte Suprema será capaz de influenciar generalizadamente demais casos análogos apresentados ao Poder Judiciário, tendentes a coibir condutas preconceituosas, e indenizar aqueles que as sofrem diretamente. (destaques no original)

5. O recurso foi inadmitido na origem pelas seguintes razões: (i) a alegação de violação aos arts. 5º, V, X, XXXII, LIV e LV, e 93 da CF/88, configura, em tese, mera ofensa reflexa ao texto constitucional, porquanto dependente do exame de legislação infraconstitucional; e (ii) a pretexto de violação ao art. 1º, III, da CF/1988 (referente ao princípio da dignidade da pessoa humana), pretende rediscutir o mérito da questão posta em julgamento, com a reanálise dos elementos fático-probatórios, o que é expressamente vedado em sede de

RE 845779 RG / SC

recurso extraordinário.

6. Feita a breve descrição da hipótese, passo à manifestação.

7. O recurso não busca reexame de provas, ao contrário: parte da premissa assentada pelo acórdão recorrido, no sentido de que o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toalete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino. Nessas condições, afasta-se a Súmula 279/STF. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO DO DF. INVESTIGAÇÃO SOCIAL E FUNCIONAL. SENTENÇA PENAL EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. OFENSA DIRETA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MATÉRIA INCONTROVERSA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279. AGRAVO IMPROVIDO. I Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal a exclusão de candidato de concurso público que foi beneficiado por sentença penal extintiva de punibilidade. II - A Súmula 279 revela-se inaplicável quando os fatos da causa são incontroversos, tendo o Tribunal a quo atribuído a eles consequências jurídicas discrepantes do entendimento desta Corte. III - Agravo regimental improvido. (RE 450.971 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski destaques acrescentados)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ANISTIA. ART. 8º DO ADCT/88. MILITARES PUNIDOS POR

RE 845779 RG / SC

ATO DISCIPLINAR, COM BASE NA LEGISLAÇÃO COMUM. 1. Há nos autos cópia da sentença definitiva proferida pela Justiça Militar, em que se assentou ser o delito praticado conexo a crime político. É de se reconhecer, diante de tal circunstância, a existência de coisa julgada, a inviabilizar o conhecimento do apelo extremo da União, apenas em relação ao autor Arri Lorenzetti. Precedentes. 2. A mesma sorte não assiste aos demais agravantes, cujos nomes não constam no rol da aludida sentença. A Súmula STF nº 279, in casu, revela-se inaplicável, pois os fatos da causa são incontroversos, tendo o Tribunal a quo dado a eles definição jurídica discrepante da consagrada por esta Suprema Corte em inúmeros julgados. 3. Agravo regimental do autor Arri Lorenzetti provido, para, apenas com relação a ele, não se conhecer do recurso extraordinário da União. Agravo regimental dos demais reclamantes improvido. (RE 361.031 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie destaques acrescentados)

8. Afastado o óbice da Súmula 279/STF, passa-se a analisar se o debate é natureza constitucional e se apresenta repercussão geral. A questão jurídica posta em discussão consiste em saber se a abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu configura ou não conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade, indenizável a título de dano moral.

9. Segundo definição da Organização Mundial da Saúde - OMS, o transexualismo consiste no desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente

RE 845779 RG / SC

quanto possível com o sexo preferido.

10. Esta Corte já negou repercussão geral a casos em que se buscava indenização por dano moral em situações diversas, tais como: (i) inscrição indevida em cadastros de inadimplentes (RE 602.136, tema 232); (ii) negativa de cobertura por operadora de plano de saúde (ARE 697.312, tema 611); e (iii) espera excessiva em fila de instituição financeira (ARE 687.876, tema 623). Em todos esses casos, entendeu-se que a discussão se restringia à interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais.

11. O caso em questão, no entanto, é qualitativamente distinto dos referidos precedentes, porque envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X). Constitui, portanto, questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. O tema não pode ser reduzido a uma mera questão patrimonial de responsabilidade civil.

12. Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico. Em primeiro lugar, diferentemente do imenso varejo de miudezas que ainda ocupam o tempo desta Corte, as teses ora discutidas inserem-se na órbita de uma das missões precípuas das Cortes Constitucionais contemporâneas: a definição do alcance dos direitos fundamentais, especialmente daqueles referentes às minorias. A essencialidade do tema e seu impacto no tratamento social dos grupos afetados, por si sós, já justificariam a necessidade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

13. Em segundo lugar, o caso em questão não é isolado: para citar apenas um exemplo recente, episódio semelhante ocorreu em Brasília no dia 16.09.2014, o que

RE 845779 RG / SC

foi amplamente noticiado (<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/09/transexuais-sao-expulsas-de-banheiro-feminino-de-shopping-do-df.html>). Assim, a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal poderá definir o padrão de conduta adequado em casos da espécie, orientando não só as partes diretamente envolvidas, como as demais instâncias do Judiciário. A decisão a ser tomada, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

14. Por fim, e em reforço ao que se vem de expor, esta Corte reconheceu recentemente o caráter constitucional e a repercussão geral em hipótese também envolvendo direitos de transexuais, destacando-se a importância de esta Corte definir o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual. Confira-se a ementa do acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 670.422 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.09.2014)

15. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de reconhecer o caráter constitucional e a

RE 845779 RG / SC

repercussão geral do tema ora em exame.

16. É a manifestação.

2. De início, subentende-se que o relator proveu o agravo visando a subida do recurso extraordinário, muito embora, na decisão proferida, sob o ângulo da repercussão, nada tenha sido consignado a respeito.

O extraordinário é apreciado a partir das premissas constantes do acórdão formalizado. Eis a essência a qualificar a sede de atividade como extraordinária. No caso, os parâmetros fáticos do pronunciamento impugnado revelam que o recorrente buscou utilizar o banheiro feminino. A empregada do *shopping*, então, veio a atuar a partir da aparência física, tanto assim que, de imediato, sem maiores questionamentos, segundo consta do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pediu que se dirigisse ao banheiro masculino. Mais ainda: o Colegiado apontou a inexistência de ato que pudesse gerar indenização. Em síntese, ante as balizas do acórdão atacado, não se pode entender presente, na espécie, matéria constitucional.

Por isso mesmo, o Juízo primeiro de admissibilidade fez ver que a pretensão versada nas razões do extraordinário, para ter-se como transgredido o Documento Maior, pressupõe a reanálise dos elementos fático-probatórios, mencionando o Verbete nº 279 da Súmula do Supremo.

3. Manifesto-me no sentido da inadequação do instituto da repercussão geral.

4. Publiquem.

Brasília – residência –, 31 de outubro de 2014, às 14h40.

Ministro MARCO AURÉLIO

PLENÁRIO

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : ANDRÉ DOS SANTOS FIALHO

ADV.(A/S) : ISABELA PINHEIRO MEDEIROS GONÇALVES DA SILVA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : BEIRAMAR EMPRESA SHOPPING CENTER LTDA

ADV.(A/S) : LÉDIO DE NOVAES MARTINS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

ADV.(A/S) : GABRIELA RONDON ROSSI LOUZADA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS,
TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF

AM. CURIAE. : CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS-
CLAM E LABORATÓRIO INTEGRADO EM DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, POLÍTICAS
E DIREITOS- LIDIS

ADV.(A/S) : JULIANA CESARIO ALVIM GOMES

CERTIFICO que o **PLENÁRIO**, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso (Relator) e Edson Fachin, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Falaram, pelo recorrente, a Dra. Isabela Pinheiro Medeiros Gonçalves da Silva; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Lésbicas Gays Bissexuais Travestis e Transexuais - ABGLT, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pelos *amici curiae* Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM e Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero Políticas e Direitos - LIDIS, a Dra. Juliana Cesário Alvim Gomes, e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.11.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

RE 845.779

TRATAMENTO SOCIAL A SER DISPENSADO A TRANSEXUAIS

ANOTAÇÕES PARA O VOTO ORAL DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

I. INTRODUÇÃO

I.1. O caso em exame

1. Na origem, Ama Fialho, nome social de André dos Santos Fialho, ajuizou ação de indenização por danos morais em face de Beiramar Empresa Shopping Center Ltda.. A autora sustentou que, apesar de ser transexual, foi impedida por funcionários do *shopping center* de utilizar o banheiro feminino do estabelecimento, em abordagem grosseira e vexatória.

2. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a ora recorrida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Porém, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu provimento à apelação da ré, entendendo não ter havido dano moral, mas mero dissabor.

3. Esse acórdão foi objeto do presente recurso extraordinário, que busca fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição, e sustenta a ocorrência de violação aos arts. 1º, III; 5º, V, X, XXXII, LIV e LV; e 93, todos da Constituição. Para a recorrente, a abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se reconhece configura conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade, indenizável a título de danos morais.

I. 2. Três premissas filosóficas

4. Compartilho, antes de avançar, três convicções que inspiram a minha relação com o mundo jurídico, em particular, e com a vida, de uma maneira geral:

- a) tudo o que é correto, justo e legítimo deve encontrar um caminho no Direito;

b) o papel do Estado e da sociedade, em uma democracia, é assegurar o máximo de igualdade possível a todas as pessoas, dentro de um regime de liberdade;

c) a condição humana faz de todos nós parte de uma grande unidade. Toda vida desperdiçada, toda violação à dignidade de alguém, é uma perda para toda a humanidade.

5. Poucas coisas são mais tristes para o espírito do que alguém se considerar melhor do que os outros. Viver a arrogância das vidas que deram certo. O projeto civilizatório, a causa da humanidade é estender a mão a quem precisa.

II. A IGUALDADE COMO RECONHECIMENTO

6. No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a *igualdade formal*, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a *igualdade material*, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar social; e a *igualdade como reconhecimento*, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.

7. No caso da igualdade como reconhecimento, a injustiça a ser combatida não tem natureza legal ou econômica, mas *cultural* ou *simbólica*¹. Ela decorre de modelos sociais que excluem o diferente, rejeitam os “outros”, produzindo a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo. Determinados grupos são marginalizados em razão da sua identidade, suas origens, religião, aparência física ou opção sexual como os negros, judeus, povos indígenas, ciganos, deficientes, mulheres, homossexuais e transgêneros.

¹ Nancy Fraser. *Redistribution, Recognition and Participation: Toward an Integrated Conception of Justice*. *World Culture Report 2000, Cultural Diversity, Conflict and Pluralism*. UNESCO Publishing, 2000. pp. 48-57.

8. O remédio contra a discriminação e o preconceito envolve uma transformação cultural capaz de criar um mundo aberto à diferença (“*a difference-friendly world*”), onde a assimilação aos padrões culturais dominantes ou majoritários não seja o preço a ser pago pelo mútuo respeito². Estas são palavras de Nancy Fraser, uma das principais teóricas desse tema. A luta pelo reconhecimento não pretende dar a todos o mesmo *status* por meio da eliminação dos fatores de distinção, mas pela superação dos estereótipos e pela valorização da diferença. Nas palavras felizes de Boaventura Souza Santos: “*As pessoas têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza*”³.

III. BREVE NOTA TERMINOLÓGICA

9. Antes de enfrentar o tema, e considerando que a discriminação começa pelo desconhecimento, é conveniente uma breve explanação de alguns conceitos e distinções para compreensão geral. Em primeiro lugar, deve-se diferenciar sexo, gênero e orientação sexual.

10. *Sexo*, embora seja um conceito disputado, costuma significar a distinção entre homens e mulheres segundo as suas características orgânico-biológicas, como cromossomos, genitais e órgãos reprodutivos.⁴ *Gênero*, por sua vez, designa a diferenciação cultural entre masculino e feminino. Por fim, *orientação sexual* significa a

² Nancy Fraser. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. The Tanner Lectures on Human Values*, 1996, p. 3. No original: “*Here the goal, in its most plausible form, is a difference-friendly world, where assimilation to majority or dominant cultural norms is no longer the price of equal respect*”.

³ Boaventura de Souza Santos. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

⁴ Há quem entenda que sexo também é um conceito cultural/social, desconstruindo a ideia de que estaria relacionado à natureza, à constituição orgânico-biológica. Esta divergência foi, inclusive, imposta em memorial apresentado pela Anis - Instituto de Bioética, que defendeu que “pode-se questionar o que significa a descrição do sexo como um dado da natureza. (...) [A] natureza é o nome que se dá à construção social que se pretende anunciar como imutável ou inquestionável. Mas a classificação de um corpo como homem ou mulher a partir de órgãos genitais não é evidente nem necessária (...)”. Há, ainda, quem considere que há tanto um sexo biológico como um sexo psicológico.

atração afetivossexual de um indivíduo por determinado(s) gênero(s), dividindo-se em heterossexual, homossexual, bissexual etc.

11. Em segundo lugar, é preciso compreender como os grupos se enquadram entre as fronteiras socialmente construídas de sexo e gênero. De forma geral, pode-se dizer que as pessoas *transgênero* são aquelas que não se identificam plenamente com o gênero atribuído culturalmente ao seu sexo biológico. Elas podem sentir, por exemplo, que pertencem ao gênero oposto, a ambos ou a nenhum dos dois gêneros. Os *transexuais* estão incluídos neste grupo, constituindo pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo, e “geralmente sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e sentem, e querem ‘corrigir’ isso adequando o seu corpo à imagem de gênero que têm de si”⁵. Já as pessoas *cisgênero* são aquelas que se enquadram plenamente nas fronteiras socialmente construídas de sexo e de gênero.

12. A discussão no presente processo diz respeito ao tratamento social de transexuais. Vale dizer: ao direito de tais grupos de serem tratados, denominados e de acessarem ou conviverem em espaços sociais, conforme o gênero com o qual se identificam. Isso inclui especialmente a questão da utilização por transexuais de banheiros e vestiários situados em áreas públicas, *shoppings centers*, casas de espetáculo, instituições de ensino e locais de trabalho, entre outros. Porém, o debate de fundo é mais amplo do que o uso de banheiro, abrangendo questões como o uso do pronome feminino ou masculino e a identificação pelo nome social.

IV. ALGUNS DADOS, CASOS E PREMISSAS

13. **Os transexuais são uma das minorias mais marginalizadas e estigmatizadas na sociedade.** Para que se tenha uma ideia da gravidade do problema, o

⁵ O termo travesti é designado a pessoas que, nascidas com o sexo biológico masculino, vivenciam papéis de gênero feminino, embora não se identifiquem própria e plenamente com o gênero feminino.⁵ Assim, embora o uso de vestuário do gênero oposto ao seu sexo biológico satisfaça uma experiência de pertencimento àquele gênero, não apresentam desejo de mudança permanente de sexo (cf. JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. Brasília, 2012, p. 24. Publicação online disponível no site www.sertao.ufg.br).

Brasil lidera o *ranking* de violência transfóbica, registrando o maior número absoluto de mortes no cenário mundial⁶. De acordo com informativo divulgado neste ano pelo Projeto de Monitoramento de Homicídios Trans (*Trans Murder Monitoring Project*), entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014, foram registrados 1.731 casos de homicídios de pessoas trans em todo o mundo, sendo que 681 destes dizem respeito ao Brasil (*i.e.*, cerca de 40%). Não por acaso, a expectativa de vida desse grupo é de apenas cerca de 30 anos, muito abaixo daquela apontada pelo IBGE para o brasileiro médio, de quase 75 anos.

14. **A incompreensão, o preconceito e a intolerância acompanham os transexuais durante toda a sua vida e em todos os meios de convívio social.** Desde a infância, tais pessoas são hostilizadas nas suas famílias, comunidades e na escola. Caso dramático ocorreu com Alex, de apenas 8 anos, no Rio de Janeiro. Bem novo, Alex não se reconhecia como menino, gostava de atividades culturalmente atreladas ao gênero feminino, como tarefas domésticas e dança do ventre. Ele se recusava a cortar o cabelo para ir à escola. Alegando que o filho era “afeminado”, seu pai o espancou durante duas horas, chegando a perfurar o fígado da criança, que faleceu antes de chegar ao hospital. Infelizmente, este não é um caso isolado. Apenas em 2013 e 2014, há registro de pelo menos outras 4 crianças *trans* mortas em suas casas ou bairros, pelo simples fato de serem transexuais.

⇒ A chegada da puberdade e, posteriormente, da vida adulta não proporciona mais facilidades para os integrantes desse grupo. Pelo contrário, a rejeição no mercado de trabalho é tão intensa que se estima que 90% dos travestis e transexuais no país estejam se prostituindo, por ausência de outras oportunidades de emprego. É comum, inclusive, que tenham que esconder sua condição, com todo o sofrimento pessoal que isso acarreta, para poderem obter e manter uma profissão. Um caso ilustrativo é o de Luiza Coppieters, de 35 anos. Luiza lecionava desde 2009 em Colégio localizado em São Paulo, quando ainda se apresentava como Luiz e atendia pelo apelido de “Professor Luizão”. Em novembro de 2014, assumiu publicamente sua transexualidade e anunciou que passaria a

⁶ V. <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>

se chamar Luiza. O colégio reduziu as suas aulas e rendimentos em dois terços em março de 2015, e a demitiu em junho de 2015.

15. **Atualmente, a transexualidade é considerada uma patologia, mas é preciso olhar o problema dos transexuais sob a perspectiva do direito ao reconhecimento.** Na atual versão do Código Internacional de Doenças (CID-10), o transexualismo é catalogado como uma doença. O mesmo se verifica no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, produzido pela Associação Americana de Psiquiatria, seguido pelo Ministério da Saúde e pelo Conselho Federal de Medicina brasileiros.

⇒ É certo que o reconhecimento do transtorno de identidade de gênero como doença psiquiátrica permitiu avanços para os transexuais, ao conferir foros de autoridade científica à sua condição. Isso se refletiu, por exemplo, na autorização de operações de redesignação de sexo, inclusive custeadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS)⁷, e no reconhecimento da possibilidade de alteração do nome de registro civil após a cirurgia⁸. Porém, mais recentemente, a patologização tem servido para reforçar o preconceito existente na sociedade contra esse grupo. Por isso, é preciso olhar a questão sob a perspectiva do direito ao reconhecimento.

16. **A verdade é que não se trata de uma doença, mas de uma condição pessoal, e, logo, não há que se falar em cura.** O indivíduo nasceu assim e vai morrer assim. Vale dizer: nenhum tipo ou grau de repressão vai mudar a natureza das coisas. Destratar uma pessoa por ser transexual, isto é, por uma condição inata, é como discriminar alguém por ser negro, judeu, índio ou *gay*. É simplesmente injusto, quando não perverso.

⁷ V. Portaria nº 457, de agosto de 2008.

⁸ O Superior Tribunal de Justiça tem autorizado a modificação do nome que consta do registro civil, após a cirurgia de alteração do sexo. O primeiro recurso sobre o tema foi julgado pela 3ª Turma do STJ em 2007 (REsp 678.933, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22.03.2007). Posteriormente, em 2009, o STJ voltou a analisar o assunto e garantiu ao transexual a troca do nome e do gênero em registro, sem que constasse a anotação no documento, mas apenas nos livros cartorários (REsp 1008398, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15.10.2009).

V. DIREITO FUNDAMENTAL DOS TRANSEXUAIS A SEREM TRATADOS SOCIALMENTE DE ACORDO COM SUA IDENTIDADE DE GÊNERO

17. Do ponto de vista jurídico, há pelo menos três fundamentos que justificam conferir aos transexuais o direito de serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público. Dois desses fundamentos são ligados à dignidade humana e o terceiro ao princípio democrático.

V. 1. Dignidade como valor intrínseco: o direito à igualdade

18. O princípio da dignidade humana se tornou um consenso ético universal após a Segunda Guerra Mundial. Na prática, porém, no Brasil e no mundo, ele é frequentemente invocado como elemento retórico ou ornamental. Em estudo doutrinário, procurei estabelecer um conteúdo jurídico específico para o princípio, que inclui (i) o valor intrínseco de todos os seres humanos, (ii) a autonomia de cada indivíduo, (iii) limitada por algumas restrições legítimas impostas em nome de valores sociais ou interesses estatais.

19. O *valor intrínseco* é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser⁹. Do valor intrínseco de todo ser humano decorre o grande postulado antiutilitarista colhido na filosofia de Kant, uma das expressões do imperativo categórico: toda pessoa é um fim em si mesma, e não um meio para realização de metas coletivas ou projetos de outros.

20. No plano jurídico, o valor intrínseco de todas as pessoas está na origem de uma série de direitos fundamentais, que inclui, para os fins aqui relevantes, o direito à igualdade. Todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. A ótica da igualdade como reconhecimento, que se vem desenvolvendo ao longo desse voto visa, justamente, combater práticas culturais enraizadas que inferiorizam

⁹ A ontologia é um ramo da metafísica que estuda as características fundamentais de todas as coisas e sujeitos, incluindo aquilo que cada ser humano tem e não pode deixar de ter. Isso inclui questões como a natureza da existência e a estrutura da realidade. V. Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, 1988, p. 662; e Ted Honderich, *The Oxford Companion to Philosophy*, 1995, p. 634.

e estigmatizam certos grupos sociais e que, desse modo, diminuem ou negam, às pessoas que os integram, seu valor intrínseco como seres humanos.

21. O padrão cultural heterossexual e cisgênero impõe às orientações sexuais e identidades de gênero desviantes o rótulo de aberrações naturais ou perversões sociais, a serem curadas ou combatidas. As pessoas transexuais convivem, portanto, com o preconceito e a estigmatização. São, rotineiramente, encaradas como inferiores e têm seu valor intrínseco desrespeitado.

22. Portanto, deve-se interpretar a Constituição e as leis em geral de modo a neutralizar, na maior medida do possível, essa situação. Isso significa assegurar ao transexual o tratamento social adequado. A negativa de tratamento socialmente adequado a um transexual afeta tanto (i) a pessoa transexual, reimprimindo nela o rótulo de não aceita, de doente ou depravada, com reforço ao profundo estigma social sofrido desde a sua primeira infância, quanto (ii) todo o grupo, ao contribuir para a perpetuação do preconceito e conduzir a outras formas desigualdades e injustiças, como discriminações graves no acesso aos serviços públicos de saúde, educação e segurança pública, e ao mercado de trabalho.

23. Essa é, no entanto, uma realidade incompatível com a ordem de valores consagrada pela Constituição de 1988 e que revela a importância de esta Corte reconhecer e enfatizar que transexuais são pessoas que possuem o mesmo valor intrínseco que qualquer ser humano e que, por isso – é preciso que se diga – têm de ser tratadas pelo Estado e por todos os demais em sociedade de maneira digna e compatível com a identidade de gênero pela qual se reconhecem.

V. 2. Dignidade como autonomia: o direito de ser quem se é

24. A dignidade como autonomia, no plano filosófico, assegura o livre-arbítrio das pessoas, a possibilidade legítima de fazerem as suas escolhas existenciais e desenvolverem a sua personalidade. Cada indivíduo tem o direito de buscar, à sua maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. Viver segundo seus próprios valores, interesses e desejos.

25. É bem de ver que, nas situações envolvendo sexualidade, gênero e orientação sexual, no geral não se trata sequer de escolhas. São desígnios da vida. Ninguém escolhe ser heterossexual, homossexual ou transgênero. É um destino, um fato da natureza. Não respeitar essas pessoas é não respeitar a natureza ou, para os que creem, é não respeitar a criação divina. Pois bem: deixar de reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua identidade de gênero em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido à sua existência.

26. Há um limite à autonomia de todas as pessoas: o dever de respeitar o espaço legítimo de liberdade e os direitos fundamentais das outras pessoas, a partir de um juízo de ponderação e proporcionalidade. Porém, a recusa ao transexual do direito de ser tratado socialmente em consonância à sua identidade de gênero não encontra fundamento legitimador em qualquer valor constitucionalmente relevante. Referir-se a um indivíduo como Senhor ou Senhora não restringe, ao menos de modo significativo, direito fundamental algum daquele que está a fazer a referência; ao passo que negar o uso do pronome feminino à pessoa que é objeto da fala e que se identifica com o gênero feminino implica rejeição ao seu próprio modo de vida, a como ela se identifica.

27. Cabe por fim, dentro desse tópico, fazer a ponderação entre o direito de uso de banheiro feminino de acesso ao público por parte de transexual feminina e o direito de privacidade das mulheres (cisgênero). Note-se que o suposto constrangimento às demais mulheres seria limitado, tendo em vista que as situações mais íntimas ocorrem em cabines privativas, de acesso reservado a uma única pessoa. De todo modo, a mera presença de transexual feminina em áreas comuns de banheiro feminino, ainda que gere algum desconforto, não é comparável àquele suportado pela transexual em um banheiro masculino. Pedindo licença às pessoas por citar os seus nomes e condição, imagine-se o grau de desconforto que sentiriam, por exemplo, Roberta Close ou Rogéria se fossem obrigadas a utilizar um banheiro masculino.

28. Portanto, ao se fazer esta ponderação, tem-se uma restrição leve ao direito à privacidade versus uma restrição intensa aos direitos à igualdade e à liberdade. A diferença entre os níveis de restrição aos direitos em potencial conflito, somada ao maior

peso a ser dado às liberdades existenciais, revela que a solução constitucionalmente adequada consiste no reconhecimento do direito dos transexuais serem socialmente tratados de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive no que se refere à utilização de banheiros de acesso público.

29. Em todos os casos em que não haja restrição significativa a direitos de terceiros ou a qualquer valor coletivo merecedor de tutela jurídica, o Estado deve adotar uma postura ativa contra o preconceito e a intolerância, protegendo as escolhas existenciais das pessoas, inclusive, no presente caso, por meio da afirmação do direito de serem tratadas socialmente em consonância à sua identidade de gênero.

V. 3. Princípio democrático e proteção às minorias

30. A democracia não é apenas a circunstância formal do governo da maioria. Ela tem também uma dimensão substantiva que envolve a proteção dos direitos fundamentais de todos, inclusive e sobretudo das minorias. É por essa razão que se houver oito cristãos e dois budistas em uma sala, os cristãos não podem deliberar jogar os budistas pela janela. As majorias não podem tudo.

31. Porque assim é, a solução aqui proposta se justifica à luz do princípio democrático e da necessidade de proteção das minorias. É possível, senão provável, que a aceitação social a identidades de gênero que fogem ao padrão culturalmente estabelecido gere estranheza e até constrangimento em grande parte da população brasileira. Afinal, trata-se de uma realidade que passou a ser abertamente exposta e debatida há relativamente pouco tempo.

32. Vivemos, porém, em um Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que a maioria governa, mas submetida à necessária observância aos direitos fundamentais – de quem quer seja, qualquer que seja sua identificação de gênero.

33. Nas palavras de Luiz Alberto David Araujo, “[c]onviver com a opção sexual do transexual, permitir a busca de sua felicidade, é também revelar o grau de democracia da sociedade, já que essa felicidade dependerá da identificação do sexo psicológico com o biológico. Os valores morais, que dominam a sociedade, permitirão o convívio com o

bem-viver do indivíduo transexual? Com a resposta, chegaremos ao grau de democracia existente em nossa realidade jurídica”¹⁰

34. Dentre as funções do Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, está, justamente, a de ser o guardião contra os riscos da tirania das maiorias; de garantir que os segmentos alijados do processo majoritário tenham seus direitos fundamentais observados.

VI. CONCLUSÃO

35. Por tudo isso, afirmo, sob o regime da repercussão geral, a seguinte tese: “Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público”.

36. Em relação ao caso concreto, dou provimento do recurso extraordinário para a reforma do acórdão recorrido e consequente manutenção da sentença, que condenou a ré a indenizar a parte autora pelos danos morais sofridos, restabelecendo-se a indenização fixada na ocasião.

Ementa e tese do meu voto escrito:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO DE TRANSEXUAIS A SEREM TRATADOS SOCIALMENTE DE ACORDO COM A SUA IDENTIDADE DE GÊNERO.

1. Transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo de nascimento, sentindo geralmente que o seu corpo não é adequado à forma como se percebem.

¹⁰ Luiz Alberto David Araujo, A proteção constitucional do transexual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 8.

2. A igualdade, enquanto “política de reconhecimento”, visa a proteger grupos que possuam menor estima e prestígio social, em razão de padrões culturais enraizados que os inferiorizam, como é o caso dos transexuais. O tratamento social em conformidade com a sua identidade de gênero consiste em medida necessária ao reconhecimento dos transexuais e, assim, à tutela do seu direito à igual consideração e respeito, corolário natural do princípio da dignidade em sua dimensão de atribuição de valor intrínseco a todo e qualquer ser humano.
3. Solução diversa implicaria, ainda, gravíssima restrição à liberdade individual, porque impediria os transexuais de desenvolverem plenamente a sua personalidade, vivendo de acordo com a sua identidade de gênero. A violação à liberdade, no caso, afetaria escolhas existenciais, relacionando-se, assim, também à dignidade humana, mas, agora, na vertente da autonomia.
4. É possível que a convivência social e a aceitação (ou respeito) de identidades de gênero que fogem ao padrão culturalmente estabelecido gerem estranheza e até constrangimento em grande parte das pessoas. Afinal, trata-se de uma realidade que passou a ser abertamente exposta e debatida há relativamente pouco tempo. Vivemos, porém, em um Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que a maioria governa, mas submetida à necessária observância aos direitos fundamentais - de quem quer seja, qualquer que seja sua identificação de gênero.
5. Provimento do recurso extraordinário para a reforma do acórdão recorrido e consequente manutenção da sentença. Afirmação, em sede de repercussão geral, da seguinte tese: “Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público”.
6. Provimento do recurso extraordinário.