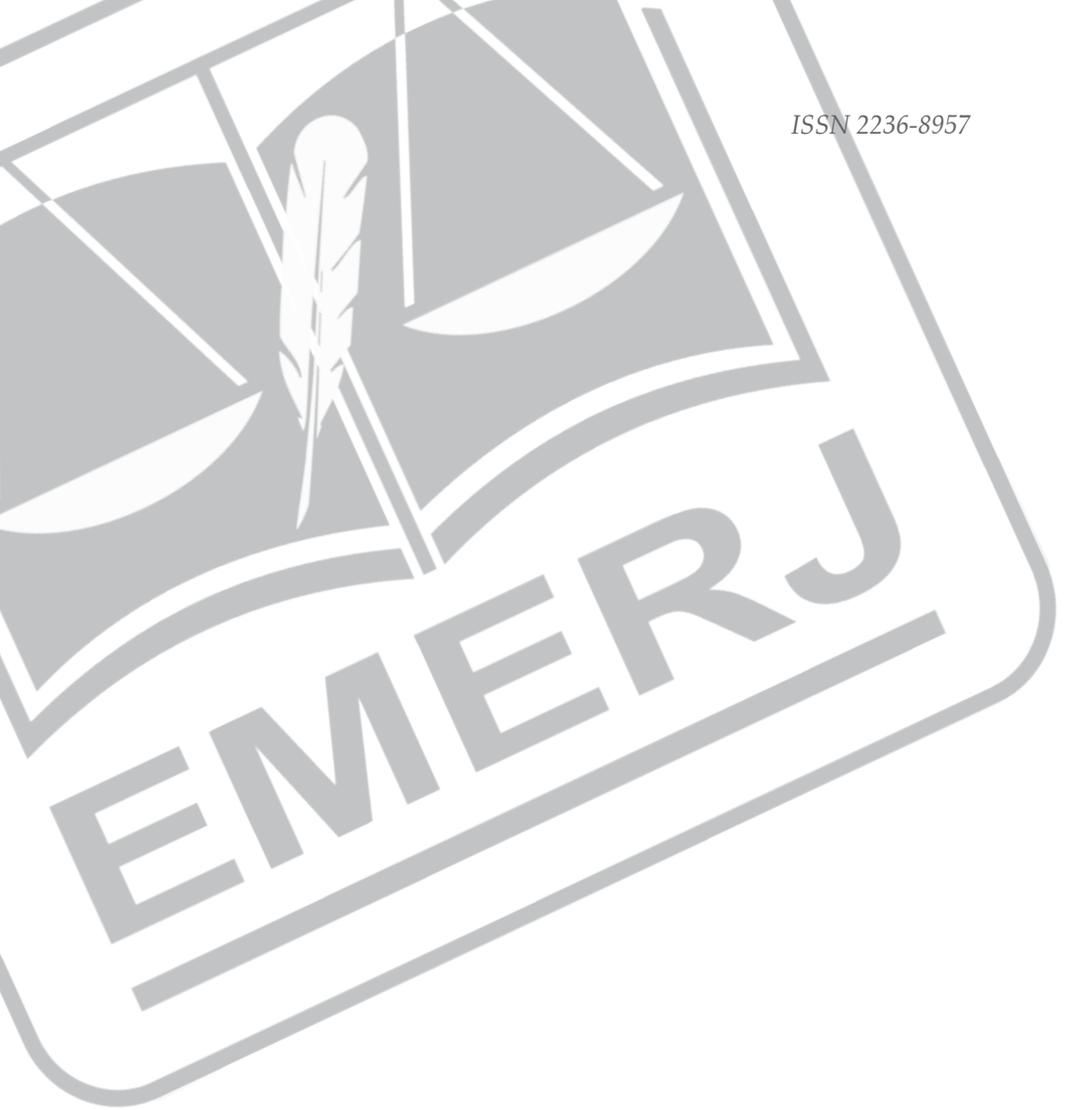


ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

*Janeiro/Março*  
*V. 23 - n. 1 - Ano 2021*

*Rio de Janeiro*

# (Trans)Formações: do Mictório à Constituição

## Igor Medinilla de Castilho

*Graduando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Membro do grupo de pesquisa “A simbiose entre o público e o privado: os limites da ingerência estatal no âmbito das relações privadas”.*

## Andréia Fernandes de Almeida Rangel

*Doutora em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – FND – UFRJ.*

## Laone Lago

*Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Pós-Graduado em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor de Direito Constitucional e Administrativo no Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM, no Instituto Brasileiro de Administração Municipal - IBAM e na Escola Nacional de Administração Pública - ENAP.*

## RESUMO

As disposições de gênero impregnaram a maneira de estruturar as sociedades numa ideia “intrinsecamente natural”. Contudo os sistemas jurídicos têm sido provocados por situações inéditas do ponto de vista cisgênero-heteronormativo dos

seus pilares. É nesse cenário que este artigo analisa o RE 845.779: discute-se o rumo de seu conflito material até o STF, bem com salienta-se o posicionamento do ordenamento frente às demandas das mulheres transgênero rumo à cristalização de um ordenamento inclusivo. Para isso, há retomada processual do recurso, estudo socioantropológico de obras clássicas da sociologia e de periódicos sobre o tema, e análise da ADI 4.275, do Decreto 8.727, da ADPF 527 e da Resolução nº 73/2018 do CNJ. Conclui-se pela impossibilidade de se adotar critérios objetivos para legitimar o acesso a um banheiro, já que gênero é uma categoria subjetivamente apropriada, cabendo a fixação de critérios objetivos para a permanência dessas mulheres trans nos banheiros femininos (o RG com nome social feminino como parâmetro capaz de assegurar a elas a legitimidade/legalidade de frequentarem tais banheiros). O nome social já é assegurado; contudo, urge a elaboração de uma política pública, associada à Resolução nº 73/2018 do CNJ, para efetivar essa possibilidade às mulheres transgênero sem acesso à justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transgênero; Banheiro; Mulheres; Direitos Fundamentais; Subjetividade.

## **ABSTRACT**

Gender standarts imbued the way of structuring societies in an “intrinsically natural” idea. However, legal systems have been demanded about unprecedented situations from the cisgender-heteronormative point of view of its pillars. In this scenario this article analyzes the Extraordinary Appeal 845,779: its materials conflict till the supreme court, with emphasis on the legal standarts positioning about transgender women chasing an inclusive order. To reach this goal, there is a procedural review of the resource, a socio-anthropological study of classic works from sociology and periodicals about this theme and analysis of ADI 4.275, Decree 8.727, ADPF 527 and CNJ’s Resolution 73/2018. Concluded the impossibility of adopting objectives criterious to legitimate the access to a bathroom since gender is a subjective category, it is up to create na objective

critérios para a permanência dessas mulheres em banheiros femininos (o RG com o nome social feminino como parâmetro capaz de garantir sua legitimidade/legalidade de frequentar tais banheiros). O nome social já é garantido; mas urge a elaboração de uma política pública, associada à Resolução 73/2018 do CNJ, para tornar essa possibilidade acessível para mulheres trans sem acesso à justiça.

**Keywords:** Transgender; Bathroom; Women; Human-Rights; Subjective

## INTRODUÇÃO

A forma como as disposições de gênero impregnaram a maneira de estruturar a sociedade humana há muito foi tida como “intrinsecamente natural”. Pensada como natural da própria existência humana, a separação social, política, econômica e jurídica entre os sujeitos de acordo com suas características biológicas e, assim, com o que essas características acarretariam para seu processo de socialização ainda emerge, hoje, como epicentro das discussões que permeiam toda a convivência humana em sociedade. O paradigma “homem-masculino” e “mulher-feminino” opera como um paradoxo fundamental, numa experiência dialética, através da qual o primeiro se caracteriza pela negação do segundo, opondo em polos opostos os sujeitos correspondentes às categorias “homem-masculino-pênis” e “mulher-feminino-vagina” desde que nascem em função da genitália que a natureza – e somente ela a princípio – se encarrega de lhes aferir. A partir disso, num esquema de intensas e constantes antinomias, como explicitou Pierre Bourdieu em “A dominação masculina” (1998) – marco teórico antropológico do presente artigo –, os gêneros “feminino” e “masculino” são definidos. Contudo, os “novos sujeitos de direitos”<sup>1</sup> transgridem esses polos, tornando-os

1 A expressão “Novos sujeitos de direitos” é utilizada pela defesa da autora nos autos processuais, como se evidencia na fl. 240 do AREsp 405509/SC: “O advento da pós-modernidade, classificação conferida a sociedade contemporânea, impõe ao legislador brasileiro a latente e impreterível tarefa de abranger comportamentos decorrentes de novas posturas sociais ao ordenamento jurídico nacional, suscitando-se o reconhecimento da cidadania a todos os sujeitos de direito, principalmente àqueles que galgaram a visibilidade no transcorrer do final do século XX e início do XXI. Enquanto essa necessidade não for atendida, compete ao Poder Judiciário o dever de efetivar os direitos dos chamados ‘novos sujeitos de direitos’,

não mais círculos intangíveis, mas sim, círculos conexos, ou até mesmo inscritos uns nos outros. Diante das reivindicações daqueles sujeitos, os sistemas jurídicos passam a ser provocados por situações completamente inéditas do ponto de vista cisgênero e heteronormativo segundo o qual seus pilares legais se estruturaram. Assim, as justificações daquela ordem tida como “natural” apresentam-se insuficientes.

Quando os indivíduos nascem, em função da genitália biológica que apresentam, são colocados em polos opostos, num esquema de constantes antinomias, definindo, assim, gêneros feminino e masculino a partir das genitálias vagina e pênis, respectivamente. O masculino caracterizando-se pelo ativo, o grande, o público, e o feminino, por sua vez, o passivo, o pequeno, o privado. É justamente esse último par antitético, o do público e do privado, que permeia todas as questões sociojurídicas sobre as quais as discussões desse artigo debruçar-se-ão. Assim, o que se apresenta aqui como objeto de estudo é a definição dos limites público/privado no que tange, basicamente, a três aspectos: a intimidade no uso privado de banheiros – ou seja, de um suposto espaço público – e a orientação legal para a definição de regras em espaços privados; a expressão identitária do corpo pública e privadamente – e, conseqüentemente, o modo como as performances de gênero estão estabelecidas no olhar do outro sobre o próprio indivíduo em si –; e, por fim, a necessidade de interferência do poder público para evitar violações de direitos nas esferas privadas em si.

Pelo fato de o RE 845.779 representar centenas de mulheres que, de alguma forma, foram constrangidas pelo modo como as violências de gênero e sexualidade operam contra as mulheres trans, ele deixa de ser apenas mais um litígio para configurar o arauto de um necessário posicionamento do ordenamento que atenda as mudanças nas próprias estruturas que fundaram o Direito. Toda a análise processual resume-se a basicamente duas indagações que o STF deverá responder: mulheres transgênero podem ou não podem usar banheiros femininos? Proibi-las de fazê-lo atenta contra seus direitos constitucionais?

---

definidos como aqueles que ficaram à margem do sistema jurídico-legal.”

Partindo de uma retomada material e processual do Recurso Extraordinário 845.779, a pesquisa aprofunda-se nos parâmetros legais que sustentam as teses da defesa e da acusação. Nesse sentido, lança-se mão de um estudo socioantropológico para determinação prática e técnica do que se entende por “mulheres transgênero” e de como a decisão do STF deve delimitar muito bem quem tal expressão abarca. A seguir, analisam-se, a partir de obras clássicas da sociologia e de periódicos sobre a temática, os parâmetros de autoidentificação dos sujeitos com o polo ativo ou com o polo passivo do paradoxo fundamental. Adiante, lança-se mão de um exame das próprias decisões já tomadas e vinculadas pelo STF cujo objeto seja a garantia e efetivação dos direitos das mulheres transgênero: a ADI 4.275, o Decreto 8.727, a ADPF 527 e a Resolução nº 73/2018 do CNJ.

Frente o pesquisado, conclui-se que não há como se adotar critérios objetivos que estabeleçam condições para legitimar o acesso de um sujeito a um banheiro feminino. Como concluiu-se que o gênero performado pelo sujeito está associado a uma construção social a partir dos símbolos estigmatizantes dos polos do paradoxo sexual fundamental, destaca-se que a instituição de um gênero, portanto, é uma categoria subjetivamente apropriada. Por isso, o que cabe é a fixação de critérios objetivos para a permanência, e não para a entrada, das mulheres transgênero nos banheiros femininos. Nesse sentido, entende-se que a partir do momento em que essa “mulher trans” é reconhecida pelo próprio Estado simplesmente como “mulher”, ela ganha indiscutivelmente o direito de gozar de todos os direitos já garantidos às mulheres cisgênero, cabendo às autoridades judiciais a tarefa de conciliar as demandas advindas desses sujeitos que transgridem a ultrapassada dicotomia estigmatizante de “homem-macho” e de “mulher-fêmea”, a fim de não tornar o ordenamento jurídico nacional conivente e, por isso, agente legitimador de ações que violem direitos legais de qualquer cidadão ou cidadã brasileiro(a).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Na contestação do processo em pauta, há uma frase, em negrito e sublinhada, que se mostrará mais adiante como uma das mais problemáticas de todas as peças processuais por escancarar o modo como o sistema judiciário brasileiro tem sido conivente com as situações de expulsões de mulheres trans de banheiros femininos. Por hora, registrar-se-á aqui, como exemplo da acusação explicitada sobre o Judiciário ser “coni-

## DESENVOLVIMENTO

### 1. O CASO DO RE 845.779: AMA DOS SANTOS FIALHO, O ROSTO DO PROCESSO.

#### 1.1 O processo n. 20120193041.

O Recurso Extraordinário (RE) 845.779 é personificado em Ama dos Santos Fialho. Ela representa o rosto de centenas de mulheres diante do Supremo Tribunal Federal (STF) que, de alguma forma, foram constrangidas pelo modo como as violências de gênero e sexualidade operam contra aqueles indivíduos que transgridem os polos estigmatizantes de “homem-pênis” e “mulher-vagina”, como já mencionado. Contudo, antes de esmiuçar o RE em si, bem como sua temática antropológica, apresentar-se-á o caminho que percorreu o processo até chegar à Suprema Corte, a partir de sua origem, ou seja, do momento em que as garantias constitucionais e civis de Ama foram violadas em espécie, no íntimo da relação material na qual as partes estavam inscritas.

#### 1.1.1 Uma breve narrativa do caso: dos fatos.

Em 08/08/2008, Ama dos Santos Fialho entrou em um banheiro feminino, como regularmente fazia, no shopping Beiramar Empresa Shopping Center Ltda., em Florianópolis, capital de Santa Catarina. Contudo, o que era para ser mais uma simples cena do cotidiano de qualquer shopping transformou-se em um processo judicial que, hoje, se encontra estagnado na Suprema Corte brasileira. O motivo: Ama é uma mulher transgênero<sup>3</sup> e, ao tentar utilizar o banheiro do estabelecimento, fora constrangida em razão de sua identidade de gênero.

---

vente” e “legitimador” dessas ações. Note-se a frase em cheque: “O próprio Poder Judiciário, ao cadastrar o processo, identificou o autor como sendo do sexo masculino, conforme se verifica nos autos” [STJ, 2013, fl.35].

<sup>3</sup> É a primeira vez que se utiliza o prefixo “trans” no desenvolvimento da discussão. As determinações teóricas serão didaticamente expostas mais adiante a fim de elucidar as diferenças existentes entre sexo biológico, gênero e sexualidade. Por serem temas, como será demonstrado adiante, confundidos até mesmo no processo que aqui será analisado, e que ainda não se encontram devidamente esclarecidos na sociedade, reservar-se-á um tópico, ao final da narrativa do caso em tela, para as definições teóricas que serão amplamente resgatadas durante as referências do artigo (como nos casos em que citar “transgênero”, “transexual”, “travesti” etc).

Ama, nome pelo qual “André” é notoriamente conhecida, narrou os fatos da seguinte maneira no boletim de ocorrência, escrito pela escrevente de polícia que formalizou contra o shopping em oito de agosto de 2008:

(...) [Ama] Foi até o banheiro feminino para fazer suas necessidades, sendo que a Sra. Suzana que é segurança do Shopping aproximou-se (...) dizendo que a mesma era um traveco e pediu para o mesmo retirar, para ir até o banheiro masculino. A comunicante foi levada ao Sr. Daniel que seria chefe da Suzana, o mesmo falou que a comunicante também deveria ir ao banheiro masculino a comunicante disse “como posso ir a um banheiro masculino se tenho corpo de mulher”. Os seguranças constringendo a comunicante perante as pessoas pediram para a mesma se retirar do Shopping. A comunicante [não] aguentando a necessidade de ir ao banheiro chegou a fazer as necessidades ali dentro do Shopping. Obs: a comunicante nunca foi barrada em um banheiro feminino. (...)

(STJ, 2013, fl. 25)

A petição inicial de Ama (ajuizada perante o Juizado Especial Cível da Unidade Judiciária do Distrito de Santo Antônio de Lisboa, pertencente à comarca da capital santa-catarinense) acrescentou maiores detalhes à sucessão dos fatos e ao modo como fora tratada pelos seguranças<sup>4</sup>. Ama narrou que “(...) Não satisfeita em desempenhar sua função, [a segurança Sra. Suzana] começou (...) a fazer ofensas explícitas à sua condição de transexual” (STJ, 2013, fl. 4); “[O] Sr. Daniel [segurança chefe] passou a proferir insultos a sua condição, nos seguintes termos: ‘você tem que usar o banheiro dos homens porque você é isto aí...’” (STJ, 2013, fl. 5). Em sequência, a autora da ação procurou por banheiros internos das lojas do estabelecimento réu que não fossem de uso comum, sem sucesso. Ama fora informada

<sup>4</sup> “Logo após entrar no estabelecimento réu, a Autor percebeu que alguns funcionários (seguranças) seguiam-na o tempo todo e se comunicavam entre si, através de rádios transmissores, fazendo referências [sobre] sua presença com tons de deboche”. (STJ, 2013, fl. 4)

que funcionários e clientes utilizavam o banheiro comum do próprio shopping – no qual ela fora impedida de entrar. Diante disso, os termos do ponto 1.13 da petição inicial evidenciam o que Ama retratou no boletim de ocorrência sobre suas necessidades fisiológicas<sup>5</sup>.

O relato transcrito do boletim de ocorrência redigido pela escrevente, por si só, já explicita problemáticas que não se pode deixar de mencionar e as quais se repetem e se agravam na contestação e nas demais peças processuais subseqüentes – tanto por parte do réu, como da autora, e também dos juízes e desembargadores<sup>6</sup>. Contudo, essas questões devem ser reservadas para adiante, quando aprofundada a discussão acerca das disposições de gênero social e sexo biológico e quando esgotados a apresentação do caso, seu rumo até a Suprema Corte e os fundamentos jurídicos nos quais ele se baseia.

Na contestação, por sua vez, o estabelecimento réu defendeu-se. Arguiu, na quarta página da peça, que o ocorrido “pode até ter causado aborrecimento e/ou desconforto” na autora, mas não em razão do alegado constrangimento sofrido, e sim pelo simples fato de ela ter tido “a sua vontade contrariada”, o que, para a defesa, faria “parte do cotidiano de qualquer ser humano normal”. Nesse raciocínio, o réu aproveitou para reafirmar que seus funcionários não agiram de forma ofensiva ou preconceituosa com a autora, e que o simples fato de ela ter suas genitálias masculinas seria motivo suficiente para constranger outras mulheres no banheiro. Assim, o shopping tentou desqualificar o dano alegado, argumentando que ele não pode se configurar como “desestruturação psicológica” da autora.

---

<sup>5</sup> “A autora não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas, acabando por defecar em suas vestes ali mesmo no corredor (...). Neste instante começou a chorar compulsivamente, sob o olhar de todas as pessoas que ali estavam”. (STJ, 2013, fl.6)

<sup>6</sup> Exemplos dessas problemáticas são: a alternância entre os artigos “a”, do feminino, e “o”, do masculino, quando da tentativa de se referir à autora; a referência a ela pelo nome masculino e não pelo feminino; a explicitação de que ela não seria uma mulher por “ter a genitália biologicamente desguiada aos homens” e, por fim, a frase proferida por Ama “Como posso ir a um banheiro masculino se tenho corpo de mulher?”.

## 1.1.2 Das sentenças.

### 1.1.2.1 A sentença monocrática da primeira instância.

Quando há ferimento de uma característica personalíssima, no âmbito da subjetividade da vítima, o Estado garante a ela a reparação do dano sofrido na figura da chamada “indenização por danos morais”. A autora, em seu pedido – compreendido na terceira parte de sua petição inicial –, nos termos dos arts. 5º, incisos V e X da Constituição Federal (CF) de 1988, e 927 do Código Civil (CC) de 2002, requereu o pagamento de indenização por danos morais no montante a ser fixado pelo juiz competente, a partir do valor da causa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento da indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)<sup>7</sup>.

#### 1.1.2.1.1 Recurso de apelação da sentença monocrática por parte do réu.

No entanto, a sentença monocrática proferida em 16 de julho de 2010 pelo juízo de primeira instância foi objeto de Recurso de Apelação por parte do estabelecimento réu em quatro de agosto do mesmo ano. Dizendo “não se conformar com a sentença proferida pela primeira instância”, o apelante dirigiu-se aos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), alegando não haver elementos probatórios que comprovassem concretamente ato ilícito cometido por parte dos seguradoras, tampouco que comprovassem ter sido a autora vítima de danos morais. Destacou que: “Nenhum dos informantes e testemunhas do Apelado estava presente no momento da abordagem feita pela seguradora” (STJ, 2013, fl.130). O pedido da apelação era objetivo: a reforma total da sentença.

---

<sup>7</sup> Entendeu o juiz de 1ª instância do caso, Dr. Wilson Fontana, que: A responsabilidade civil do réu é objetiva, logo descabe a perquirição quanto a sua culpa pelo evento danoso, basta, tão somente, que a parte autora comprove o ato ilícito, o dano que sofreu e o nexo de causalidade entre o ato e o dano (art. 14 da Lei nº 8.078/1990). (STJ, 2013, fls. 113 e 114). Nesse sentido, nas fls. 112 c/c 118 do processo, acrescentou que “Fica claro, diante dos depoimentos colhidos, que a autora foi discriminada por ser transexual” e que, por isso, julgaria procedente o pedido inicial da parte autora.

Ama, por sua vez, apresentou suas contrarrazões. Exaustivamente, ratificou os acontecimentos de forma a explicitar o tratamento vexatório que a agora apelada sofreu no interior do estabelecimento. Nota-se ainda que, na fl. 152, a defesa de Ama aproveitou para se posicionar contra a insistência dos atos processuais da outra parte em se referir a Ama por meio de pronomes masculinos. Requereu que o recurso de apelação do estabelecimento réu fosse negado – o que não se sucedeu.

### 1.1.2.1.2 Recurso inominado da sentença monocrática por parte da autora.

Além de o shopping ter recorrido por meio da apelação, paralelamente, a autora também recorreu. Para os advogados de Ama, deveria haver uma majoração do *quantum* indenizatório para 40 salários mínimos<sup>8</sup>. Tal aumento operaria rumo a uma “dissuasão em relação à empresa no que se refere à prática de abusos daquela natureza”. Ou, tal como transcritas as palavras redigidas na fl. 3 do recurso, ratificar-se-ia um “caráter pedagógico/punitivo do instituto”.

O shopping réu limitou-se a reafirmar que não houve tratamento vexatório por parte dos funcionários e que, ainda, a autora fora incapaz de produzir meios de probatórios suficientes que justificassem a demanda do aumento da indenização o qual, para eles, sequer deveria ter sido sentenciado.

Apesar das divergências – que não se mostraram poucas – entre os polos ativo e passivo da ação em tela, em um ponto ambas as partes sinalizaram convergência: o anseio de que o processo chegasse a uma instância superior. Contudo, a parte autora, por ter movido a ação em um Juizado Especial, ansiava pela Turma Recursal do TJSC<sup>9</sup>. Contudo, os autos foram direcionados à 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> O limite de 40 salários mínimos para indenização de danos morais está previsto no art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais).

<sup>9</sup> Artigo 41, caput, e § 1º, da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

<sup>10</sup> Vide fls.149 e 159 do AREsp 405509/SC.

### 1.1.2.2 Quando o TJSC entra em cena.

Quando da apelação interposta pelo réu e do recurso inominado interposto pela autora, junto às contrarrazões, os autos ascenderam ao TJSC. Em 15 de maio de 2012, o TJSC publicou o acórdão sobre a Apelação Cível nº 2012.019304-1 com relatoria do Desembargador Fernando Carioni, reformando a sentença monocrática anteriormente fixada. Na ementa, os desembargadores destacaram o que chamaram de “FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO” e de “AUSÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA ATRIBUÍVEL AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL”; e, ainda, adjetivaram os fatos ocorridos contra a autora como “MERO DISSABOR” (STJ, 2013, fl. 186)<sup>11</sup>.

## 1.2 A chegada do processo n. 20120193041 ao STF e sua transformação em RE n. 845.779.

Em 13 de agosto de 2012, a defesa de Ama interpelou dois novos recursos contra o acórdão da 3ª Câmara Civil do TJSC: moveu um Recurso Especial, junto ao STJ, com base no art. 103, inciso III, alíneas “a” e “c” CF/1988, e um Recurso Extraordinário, junto ao STF, com base nos arts. 102, inciso III, alínea “a” da CF/1988.

### 1.2.1 Tentativa de interpelação de Recurso Especial frente o STJ.

Ama declarou-se “inconformada” com o acórdão da 3ª Câmara Civil do TJSC. Por isso, fundamentou um Recurso Especial<sup>12</sup> sobre os seguintes pilares: suposta incompetência do TJSC para

---

11 Em seu voto, o Desembargador Fernando Carioni afastou-se totalmente da sentença monocrática proferida na primeira instância: disse que, apesar de se tratar de uma relação de consumo o trânsito de uma pessoa num shopping center, em função do art. 14, § 1º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), não há de se falar em “defeito” a produto nem a serviço prestado, fato que ensejaria numa responsabilidade objetiva do estabelecimento réu; assim, nessa linha, sustentou que a responsabilidade civil do shopping seria subjetiva. Sendo subjetiva, caberia à autora, uma vez que não há inversão do ônus da prova, demonstrar culpa por parte do réu, o que, segundo o desembargador, não foi feito, impossibilitando aferição de qualquer obrigação de indenizar por parte do réu.

12 Recursos Especiais são recursos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme art. 105, inciso III da Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Nesse sentido, entende-se que o Estado designa ao referido órgão jurisdicional a missão de sentenciar acórdãos ou para casos em que haja confronto entre a decisão já recorrida e uma lei federal ou para casos em que haja interpretação divergente entre a atribuída pela fundamentação do tribunal que sentenciou o recurso à lei federal invocada.

julgar recursos de Juizados Especiais, com fundamento na Lei 9.099/1995 e no art. 535 CPC/1973; divergência jurisprudencial quanto à ilicitude de vedar o uso de banheiros; divergência jurisprudencial quanto à existência de ato discriminatório ou não caracterizada pela proibição de uso do banheiro feminino por mulheres transexuais; divergência jurisprudencial sobre a relação de consumo ou não estabelecida entre shoppings e serviços gratuitos oferecidos por eles<sup>13</sup>. Os trâmites processuais e as disputas técnicas que se estenderam a partir de então, formal e materialmente, não acrescentariam informações de grande relevância para a discussão que o presente artigo se propõe a estabelecer. Quando duas partes frente um processo complexo arriscam-se na interpelação de sucessivos recursos, muito se repete da petição inicial e da contestação. Quando definitiva e propriamente for lançado o olhar sobre os debates de gênero e sexo, do modo como ele fora abordado no processo e o que se deve deixar claro rumo à adoção de uma posição jurídica ante o caso, resgatar-se-á os pontos úteis e importantes estabelecidos nos autos processuais para a discussão<sup>14</sup>.

### 1.2.2 Tentativa de interpelação de Recurso Extraordinário frente o STF

Além do Recurso Especial, Ama interpelou um Recurso Extraordinário<sup>15</sup>, junto ao TJSC. Recursos Extraordinários versam sobre um caso específico de um sujeito específico, a fim de estabelecer um precedente vinculante a casos semelhantes e que ainda não são contemplados por um posicionamento judicial espe-

---

13 Em suma, o Recurso Especial se apresentou como extremamente necessário para clarear as divergências jurisprudenciais apresentadas, além da que a parte chama de “divergência jurisprudencial quanto à aplicabilidade do CDC e incidência da responsabilização objetiva” (STJ, 2013, fl. 251).

14 O Recurso Especial fora negado pelo TJSC. Por isso, Ama interpelou um Agravo de Instrumento, fazendo com que os autos fossem remessados ao STJ – mas o referido órgão jurisdicional negou o agravo. Por fim, em sua última tentativa de vingar o Recurso Especial, a defesa de Ama interpelou “Agravo da Decisão Monocrática que julgou o Agravo em Recurso Especial” (STJ, 2013, fls. 470 a 477), o qual foi improvido novamente pelo STJ, pondo, assim, fim ao Recurso Especial em Apelação Cível nº 2012.019304-1/0002.00.

15 O ordenamento jurídico brasileiro prevê que, em casos de violação de matéria constitucional, cabe ao STF o dever de julgar a ação na qual tal violação se verifique. Nesse sentido, Recursos Extraordinários são processos de tutela jurisdicional do STF que, em regra, dizem respeito a uma impugnação apresentada por uma das partes frente à decisão proferida por um tribunal, ou por uma turma recursal de um juizado especial, sob a alegação de contrariedade direta e frontal à Constituição Federal (art. 102, III, a CF/1988). O Recurso deve ser acolhido pelo Tribunal de Justiça do estado competente para, depois, ser encaminhado à Suprema Corte.

cífico – seja por divergência jurisprudencial ou por mera lacuna do próprio ordenamento. A fim de sustentar a necessidade do recurso e, conseqüentemente, de requerer uma resposta jurídica aos casos semelhantes, redigiu a recorrente:

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.

(STJ, 2013, fl. 325).

Nesse sentido, como requer a Constituição Federal brasileira de 1988, fixou a recorrente a fonte jurídico-normativa do RE na violação aos arts. 1º, inciso III, 5º, incisos V, X, XXXII, LIV e LV, e 93, todos do referido diploma legal.

### 1.2.2.1 Fonte jurídico-normativa.

Quanto ao art. 1º, inciso III do diploma em análise, alegou a recorrente que, por ser a “dignidade da pessoa humana” um dos fundamentos da República, cabe ao STF analisar que houve clara violação a tal fundamento em dois momentos: na medida em que a ação dos seguranças do shopping evidenciou claro desconforto e humilhação à recorrente e, também, na insistência das peças processuais do réu se referirem à autora através do gênero masculino.

Já em relação ao art. 5º, alegaram os advogados de Ama que o acórdão apresenta uma contradição em termos: diz, primeiro, que não há dano sofrido pela autora; depois, diz que não cabe indenização por danos morais a ela pelo dano ter sido “ínfimo”. Por esse motivo, a recorrente explicita haver clara violação dos incisos V e X, pois, mesmo afastando-se a possibilidade de indenização ou caracterizando o constrangimento como ínfimo, os desembargadores ferem “(...) os direitos fundamentais de proteção à intimidade e à honra da Recorrente, na medida em que está negando o efeito vinculante e a aplicabilidade imedia-

ta daqueles”<sup>16</sup>. Além disso, arguíram os advogados violação ao inciso XXXIII, que versa sobre a proteção aos direitos do consumidor. Argumentaram que, admitida a relação de consumo no acórdão<sup>17</sup>, deve haver inversão do ônus da prova e responsabilidade civil objetiva do shopping réu. Por fim, advogaram no sentido de que o acórdão sobre os embargos declaratórios proferido pela turma recursal do TJSC violou o “devido processo legal” e a “ampla defesa” em sua fl. 4, uma vez que o juiz sustentou que “(...) não está o magistrado (...) obrigado a refutar cada um dos pontos ou dispositivos legais questionados por elas [as partes], desde que já possua convicção formada”. Nesse sentido, configurar-se-ia violação aos preceitos fundamentais dispostos nos incisos LIV e LV.

O art. 93, por sua vez, traz os princípios gerais da magistratura. Segundo a parte agravante, “[O TJSC] não prestou adequadamente a tutela jurisdicional que lhe é conferida pelo Estado” no momento em que teria violado os dois preceitos fundamentais apresentados no parágrafo anterior.

Como o Recurso Especial, o Recurso Extraordinário foi negado pela Terceira Vice-Presidência do TJSC (STJ, 2013, fl. 286). Apesar de reconhecer a chamada “Repercussão Geral”, o TJSC entendeu que, por ser a ofensa denunciada pela recorrente “mera ofensa reflexa ao texto constitucional” (STJ, 2013, fl. 385), a decisão de admissão ou de não admissão do recurso dependeria de exame de legislação infraconstitucional; nesse sentido, segundo orientação jurisprudencial do STF<sup>18</sup>, “Tal hipótese não viabiliza[ria] a ascensão do recurso extraordinário (...)” (STJ, 2013, fl. 385). Além disso, o desembargador do TJSC lançou mão da Súmula 279<sup>19</sup> para não admitir o recurso extraordinário, uma vez que julgou tratar o caso de uma tentativa de reexame de prova.

---

16 Ama completa: “Seja pelas razões que for, o Tribunal não pode fechar os olhos a uma pessoa, e negar a esta, a proteção aos seus direitos”.

17 “(...) evidenciada a condição de consumidor daquele que transita em shopping center (...)” (fl. 5 do acórdão originário).

18 “A alegada ofensa à Carta da República, se existente, dar-se-ia de forma reflexa ou indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária.” (STF, AI-AgR n. 587.991/RS, rel. Min. Carlos Britto, j. 15/9/2006).

19 Súmula 279 STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”,

Contudo, os advogados de Ama também interpelaram Agravo de Decisão Denegatória de Seguimento do RE da apelação cível em tela, com fulcro no art. 544 do CPC/1976. Argumentaram no sentido de ratificar a fl. 16 do recurso, reforçando violação aos arts. 5º e 93 da CF/1988, afastando a Súmula 279 e a tese de “Inocorrência de mera ofensa reflexa aos dispositivos constitucionais”, haja vista que se trataria, respectivamente, não de uma tentativa de reavaliar os fatos, mas sim de discutir matéria de direito por haver violação de dispositivos constitucionais, e também de justificar o requerimento da matéria constitucional levada a juízo para apreciação do STF<sup>20</sup>. Em 21 de outubro de 2014, o min. Luís Roberto Barroso determinou “conversão do (...) agravo em recurso extraordinário”.

#### 1.2.2.2. Debate no STF.

A chegada do RE 845.779 ao plenário do STF, à luz da breve retrospectiva processual que foi até agora apresentada, foi marcada não somente pelas disputas jurídicas das partes litigantes; ela foi marcada, sobretudo, pela grande discussão social intrínseca ao caso, independentemente das suas discussões técnico-jurídicas. Nesses termos, pode-se resumir o caso e se debruçar sobre ele a partir de duas indagações: mulheres transgênero podem ou não podem usar banheiros femininos? Proibi-las de fazê-lo atenta contra sua dignidade humana e contra seus direitos da personalidade?

##### 1.2.2.2.1 Verificação de violação de matéria constitucional

A avaliação de violação de matéria constitucional é naturalmente a primeira avaliação a que o Supremo se atenta quando da admissibilidade ou não de um processo, de modo a legitimar ou não a tutela jurisdicional da Suprema Corte. Assim, os ministros assumem a responsabilidade de declarar se há violação de

<sup>20</sup> Nas suas contrarrazões, o recorrido estabelecimento reagiu; acusou a autora de pretender “(...) o reexame de provas e reforma[r] (d)o julgado com base na Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor.”. (fl. 447) e destacou que a matéria relativa à inversão do ônus da prova estaria “(...) preclusa (art. 183, CPC/1973) para o Recorrente, sendo vedado discuti-la nesse momento processual (art. 473, CPC/1973)” (STJ, 2013, fl. 449).

dispositivos da CF/1988. O STF posicionou-se de modo favorável à tese de violação de matéria constitucional, seguindo o relator, min. Barroso, vencidos os ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia<sup>21</sup>.

#### 1.2.2.2.2 Verificação de repercussão geral

O art. 102, § 3º da CF/1988 definiu que, para que um caso seja julgado mediante Recurso Extraordinário na Suprema Corte brasileira, ele deve ser dotado de um caráter transcendental para a resolução de insurgência; isto é, ele deve ultrapassar o caso concreto em questão e expressar, por isso, uma “repercussão geral” para toda a sociedade. Isso significa que, além de o caso violar dispositivos da Carta Magna, ele deve incidir sobre outros de mesma natureza, em grande proporção. 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<sup>22</sup>.

Dessa prévia manifestação do Supremo, extrai-se o retrato da sociedade brasileira que muito se vê representada fielmente no mais importante tribunal brasileiro. Ao afastarem de si a responsabilidade de se manifestar sobre a repercussão geral, bem como sobre a violação de matéria constitucional do RE 845.779, os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia se afastam de assumir as rédeas da efetivação de direitos fundamentais de cidadãos brasileiros e associam-se aos ministros Marco Aurélio e ao memorável ministro Teori Zavascki, que injustificadamente

---

21 Em sua manifestação, o relator destacou que o caso “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)”, e que “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.” (BARROSO, 2014, p. 10).

22 Defendeu o relator que: 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. (BARROSO, 2014, p. 7).

negaram as teses de repercussão geral e de violação de matéria constitucional. O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo<sup>23</sup>, de acordo com relatório da ONG “Transgender Europe”, que publica revistas com relatórios de dados sobre a população trans no mundo (TGEU)<sup>24</sup>, e, além disso, contém no mínimo 770 processos semelhantes ao de Ama segundo dados do próprio STF, justamente pela falta de posicionamento da Suprema Corte sobre o assunto. Negar a esses sujeitos a possibilidade de efetivar seus direitos constitucionais e, mais que isso, de protegê-los contra as violências transfóbicas latentes na sociedade brasileira é igualmente decepcionante quanto posicionar-se contrariamente a essa possibilidade.

Em plenário, manifestaram-se o relator e o min. Edson Fachin, favoravelmente ao RE 845.779. Em 19/11/2015, o min. Luís Fux pediu vista dos autos, alegando necessidade de ouvir a sociedade sobre a questão. Desde então, o processo encontra-se estagnado na Suprema Corte, enquanto os casos de expulsão de mulheres trans de banheiros femininos tornam-se cada vez mais frequentes.

## **2. O PROCESSO E SUAS RELAÇÕES PRÁTICAS: EXPOSIÇÃO TEÓRICA SOBRE SEXO E GÊNERO, EFICIÊNCIA DA DISCUSSÃO PROCESSUAL NO CENÁRIO EMPÍRICO E DEVIDA REPRESENTAÇÃO DO PROCESSO.**

### **2.1 Dos gêneros.**

#### **2.1.1 Construção social dos corpos: Princípio da Divisão Social, sexo e gênero.**

Quando se fala de seres humanos, fala-se invariavelmente de corpos específicos que se socializam de maneiras distintamente determinadas. Assim, à luz do que determinou Bourdieu,

---

23 De acordo com a ONG Transgender Europe, entre 1º de outubro de 2017 e 30 de outubro de 2018, 167 transexuais foram assassinadas no Brasil. (Disponível em: <http://paradasp.org.br/segundo-relatorio-tgeu-brasil-segue-no-1o-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais/>. Acesso em 1º de fevereiro de 2020).

24 In. Transgender Europe. “2,190 murders are only the tip of the iceberg – An introduction to the Trans Murder Monitoring Project”. TvT Publication, vol.14, 2016.

podemos definir os corpos humanos como o conjunto de quatro elementos: a parte da frente (local de diferenciação sexual), a parte de trás (“sexualmente indiferenciadas e potencialmente femininas”) (BOURDIEU, 2012[1998], p. 26), a face (parte relacionada massivamente à identidade social do indivíduo) e, por último, as partes privadas (que seriam os “pontos de honra”; as partes cobertas do corpo, as “vergonhas”). Nesse sentido, naturalmente se deduz que as diferenças biológicas dos corpos das fêmeas humanas e dos machos humanos sejam fatores suficientemente determinantes para designar como esses quatro elementos dispor-se-ão. Em outras palavras: as diferenças anatômicas entre os órgãos sexuais em si seriam justificativas naturalmente inquestionáveis para a definição do modo como o sujeito deveria ser socializado.

Esse princípio “naturalizante” Pierre Bourdieu denominou de “Princípio de Divisão Social”. Nessa linha de raciocínio, entende-se que a natureza nada cria de significações ao modo como o corpo humano é instituído; é o referido princípio que “constrói a diferença anatômica [enquanto] (...) esta diferença socialmente construída (...) se torna o fundamento e a caução aparentemente natural da visão social que a alicerça” (BOURDIEU, 2012[1998], p. 26). Assim, “a definição social dos órgãos sexuais (...) é produto de uma construção efetuada (...) através da acentuação de certas diferenças, ou do obscurecimento de certas semelhanças” entre os corpos, não tendo a natureza responsabilidade alguma sobre isso.

Estando inscrito numa sociedade, o indivíduo passa, desde a sua concepção e até sua morte, por um massivo, denso e irreversível processo de “socialização”. Isso significa, básica e essencialmente, que ele será apresentado às disposições de gênero da sociedade, ou seja, ao binarismo antitético homem/mulher, que, a partir de então, submeterá seu corpo a essas disposições e às expectativas dos moldes que elas lhe designarão em virtude da sua genitália. As disposições biológicas dos corpos inferem em estruturas de dominação sociais cujo único critério determinante é o sexo biológico.

Há uma dicotomia sexual fundamental para a estruturação da sociedade: o paradigma antitético entre homem e mulher,

masculino e feminino, o qual se associa em última instância às determinações “homem-pênis” e “mulher-vagina”. Segundo Bourdieu (1998), o que se entende por “masculino” refere-se à negação do que se entende por “feminino”. Como pares antitéticos clássicos de uma experiência dialética, “homem” e “mulher” se desdobram, respectivamente, em quente e frio, duro e mole, seco e úmido, público e privado, sagrado e profano, fora e dentro, aberto e fechado, sólido e líquido etc. Nesse momento, criam-se dois polos, ativo e passivo, que são responsáveis pela socialização dos seres humanos, cada qual referente a seu paradigma essencial “homem-pênis” e “mulher-vagina”, por meio de padrões comportamentais e construções simbólicas exclusivas de cada um desses polos.

Dessa explicitação, depreendem-se duas premissas básicas: o modo como o sujeito se apresenta biologicamente diante da sociedade nada tem de natural – sequer sua anatomia como a compreende socialmente o tem –; e, além disso, o modo como esse sujeito associa-se às representações próprias de cada polo sequer se relaciona a uma autonomia de suas vontades, uma vez que se encontra inscrito “na ordem social das coisas”. A essa primeira premissa, atribui-se o termo “sexo”. Já à segunda, atribui-se o termo “gênero”.

### **2.1.2 Relações de interação entre os corpos e identidades sociais: cisgênero, transgênero, transexual e travesti.**

Simbolicamente, o chamado “discurso mítico” e os chamados “ritos de instituição”<sup>25</sup> envolvem o sujeito no polo comportamental referente a seu sexo, instituindo o que se denomina “identidade social”. Assim, “os princípios antagônicos da identidade masculina e da identidade feminina se inscrevem (...) sob forma de maneiras permanentes de se servir do corpo, ou de manter a postura, que são como que a (...) naturalização de uma ética” (BOURDIEU, 2012[1998], p. 20) e de uma estética. Contudo, esse processo de socialização por meio do qual os corpos

---

<sup>25</sup> “Eventos” que inferem verdadeira instituição do padrão comportamental dos gêneros e de suas construções simbólicas.

humanos passam pode ser pacífico ou não. Isso significa que há casos nos quais o sujeito atende passiva e indiferentemente às designações as quais lhe foram determinadas pelo seu respectivo polo – ou seja, sua “identidade de gênero”<sup>26</sup> converge com sua disposição biológica –, e casos nos quais esse atendimento é, no mínimo, desconfortável.

Àqueles sujeitos cujo processo de socialização desempenhado pela instituição de uma identidade social típica do polo previamente designado ao seu sexo é pacífico, isto é, não despondo incongruência entre o sexo do indivíduo e o gênero a ele atribuído, dá-se o nome de sujeitos cisgênero<sup>27</sup>. Essa seria a “regra geral” para a operabilidade clássica entre os polos “masculino” e “feminino”. Tido esse fenômeno de subsunção do sexo ao gênero como natural, seria essa a “ordem natural das coisas”. Entretanto, como já pontuado, um grande marco da contemporaneidade são as reivindicações políticas e jurídicas dos “novos sujeitos de direitos”, ou seja, dos indivíduos que transgridem os polos “homem-pênis” e “mulher-vagina” de modo a questionar a relação entre os gêneros culturais e simbolicamente instituídos e o sexo biológico. Para esses indivíduos, o processo de socialização pelo qual lhes foram instituídos seus gêneros não condiz com seus próprios anseios em relação ao que projetam para si nem com a forma como eles se percebem perante o restante de sua coletividade. A esses indivíduos determina-se o prefixo “trans”. Nesse momento, as disposições tidas como “naturais” e “imutáveis” dos gêneros confundem-se: os sujeitos “trans” mostram, através da sua própria existência, que “ser mulher” e “ser homem” não é tão simples quanto à subsunção do “pênis” e da “vagina” aos polos “homem” e “mulher”.

A expressão “transgênero” seria, como comumente é empregada, uma “expressão guarda-chuva”. Isso porque ela designa vários casos de pessoas cujo gênero assumido não correspon-

---

26 O conceito “Identidade de gênero” pode ser definido como: “reconhecimento que o indivíduo possui de si mesmo, diante de padrões de gênero instituídos pelas normas sociais estabelecidas”. (SILVA, B., CERQUEIRA-SANTOS, 2014, p. 32).

27 O prefixo “cis” significa “deste lado” ou “aquém”, enquanto o prefixo “trans” significa “do outro lado” ou “além”. Assim, a palavra “cisgênero” é usada como antônimo da palavra “transgênero”.

de àquele designado ao seu sexo biológico. A grande discussão, e deveras a maior problemática acerca dessas definições, dentro do termo “transgênero”, é aquela referente às distinções entre os termos “transexual” e “travesti”. Comumente lança-se mão da realização ou não da cirurgia de redesignação sexual (ou de transgenitalização) para diferenciar ambas as nomenclaturas e/ou do grau de desconforto do sujeito com o pênis. Contudo, há uma evidente problemática nesse primeiro argumento: se se admite que a cirurgia de transgenitalização seja a responsável por tornar um sujeito “transexual” – e, assim, capaz de aproximá-lo às mulheres cisgênero –, admite-se que haja seu afastamento de uma “travesti”<sup>28</sup>. Assim, inevitavelmente, reforçar-se-iam duas ideias equivocadas em se tratando de gênero e sexo: a ideia de que o gênero é determinado pelo sexo biológico – naturalmente instituído ou cirurgicamente determinado – e a de que, por isso, as travestis seriam “menos mulheres” que as transexuais que realizassem a cirurgia de transgenitalização, invalidando, assim, toda a discussão levantada até aqui. Além disso, muito se discute justamente sobre o termo “travesti”. Algumas das pessoas que assim se identificam, além de ressignificar o tom pejorativo do termo o assumindo para si como forma de demonstração de orgulho, advogam no sentido de que a categoria “travesti” seria como um terceiro gênero, ou um não gênero. Em função dessas problemáticas distinções, adotar-se-á aqui, a fim de expandir a abrangência da categoria “mulher” jurídica e tecnicamente abordada de modo a não excluir nenhum sujeito de direitos e garantias, a expressão “transgênero” em associação à orientação da ativista brasileira Jaqueline Gomes de Jesus, que destaca: o que determina a condição transexual é como a pessoa se identifica, e não um procedimento cirúrgico (JESUS, 2012).

### 2.1.3 Da prévia separação entre os gêneros.

Desde a infância humana, os sujeitos nascidos com a genitália referente ao sexo masculino subordinam-se inconscientemente

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, não se pode ignorar o tom pejorativo que essa segunda nomenclatura carrega – que será abordado adiante.

a um processo de desligamento do universo feminino. Segundo o terceiro capítulo de “A dominação masculina”, seja através das representações familiares<sup>29</sup>, das referências culturais<sup>30</sup> ou da instituição escolar, categorias estigmatizantes<sup>31</sup> se encarregam de designar como cada indivíduo, através do seu gênero, deve se comportar, se perceber e ser percebido enquanto membro da coletividade humana. Assim estabelece-se uma prévia separação entre os gêneros através de linhas muito bem demarcadas sobre as características fundamentais e intrínsecas de cada um deles. Os processos de “masculinização” e de “feminilização” dos corpos se apresenta como produto de sucessivas e progressivas (re)modelagens aplicadas pelas relações de dominação da estrutura masculina, de modo a distanciá-la do universo feminino e de suas representações.

## 2.2 Dos banheiros.

O banheiro, enquanto espaço, é o local específico para realização de necessidades fisiológicas inerentes aos seres humanos. Contudo, tal definição não abarca a sucessão de interações entre os indivíduos de uma mesma sociedade que se estabelecem a partir e em função da arquitetura dos banheiros. Homens e mulheres, como genericamente se estabelece, são separados em banheiros distintos. Danieli Siqueira (2014), em seu periódico “O banheiro: um prisma para reflexões sobre relações de gênero a partir da perspectiva simmeliana”, a partir da obra “A Ponte e a Porta”, de Simmel, lança mão de uma metáfora de Simmel, para elucidar o que ocorre entre os banheiros: “Tal como Simmel retrata este processo relacional a partir da separação das margens do rio pela ponte, o mesmo ocorre com o banheiro, que separa os elementos que a priori estão unidos, o ‘feminino’ e o ‘masculino’”<sup>32</sup>.

29 Na qual a divisão sexual do trabalho designa às mulheres as relações privadas e aos homens as atividades públicas ligadas, sobretudo, ao sustento da família.

30 A moral patriarcal é o maior exemplo de como “mulher” e “homem” se distanciam.

31 A palavra “estigma” e suas variáveis serão amplamente abordadas no artigo. Isso porque ela é uma palavra fundamental que reúne em si a ideia de qualquer característica que não se coaduna com as expectativas sociais que se tem de um determinado sujeito. Refere-se, basicamente, ao processo de generalizar um sujeito em virtude de características específicas dele, de modo a esvaziar sua individualidade.

32 A autora continua: “(...) O banheiro, (...) pode ser ponte e pode ser porta. Ponte no momento em que

Assim, a separação entre os banheiros se dá também a partir do próprio paradoxo fundamental: sujo e limpo, coletivo e individual, rápido e lento, malcheiroso e cheiroso configuram polos opostos que se estendem até a mais íntima manifestação da individualidade humana (utilizar um banheiro para aliviar-se)<sup>33</sup>. A separação dos banheiros em sua máxima expressão da dicotomia entre os gêneros pauta-se, essencialmente, num critério biológico, naturalizando-o como necessariamente interligado à expressão de gênero coincidente à do gênero a que se designa o espaço. À categoria “mulher-vagina” é reservado o banheiro “feminino”; enquanto à categoria “homem-pênis” é reservado o banheiro “masculino”.

### 2.2.1 Da prévia separação entre os banheiros masculino e feminino.

Embora a ideia de banheiro exista há milhares de anos, os banheiros privados, segregados por gênero, foram uma invenção moderna da Europa Ocidental, no período marcado pela urbanização, pela reforma sanitária no século XIX, pela privatização das funções do corpo e pela ideologia de separação das esferas de cada gênero (PENNER, GERSHENSON, 2009, p. 5). Houve, a partir de então, uma evolução nas formas de se entender o banheiro: de local para poupar “as vergonhas” à ideia de higiene. O padrão civilizatório que se alastrava pela Europa pregava como uma de suas bandeiras comportamentais justamente essa ideia de “privacidade” dos atos fisiológicos, expressando-se, em última instância, no fato de sequer entrar em contato com o corpo humano do sexo oposto<sup>34</sup>.

---

separa, demarcando e criando diferenças, colocando em extremidades, a partir de um desejo que podemos chamar de relacional, elementos que podem e estão relacionados com a natureza e a cultura ao mesmo tempo, sexo e gênero, feminino e masculino”. (SIQUEIRA, 2014, p. 358).

33 Para ilustrar, basta que se analise as características comportamentais dos homens ao urinar em comparação às das mulheres: homens urinam em pé, e, quanto pior a sua pontaria no vaso, mais eles “demarcam território” e, assim, mais se mostram viris. As mulheres, por sua vez, urinam discretamente: sentadas, silenciosas, sozinhas e, ainda, necessariamente, limpam-se no final do ato sob pena de serem chamadas de “porcas”.

34 Para ilustrar isso, podemos citar o seguinte extrato, retirado da obra de Jean-Baptiste de La Salle, “*Les Règles de la bienséance et de la civilité chrétienne*”, comentado por Nobeit Elias em sua obra “O Processo Civilizatório”: “É muito contrário à decência e à propriedade tocar ou ver em outra pessoa, principalmente do sexo oposto, aquilo que os Céus proíbem que você olhe em si mesmo. Quando precisar urinar, deve sempre

À luz desse momento histórico, entende-se o papel fundamental da medicina higienista da época nas suas ferozes implicações na maneira como as casas burguesas se organizavam, sobretudo quanto sua limpeza. Até então, o interior das casas estava designado às mulheres, ou seja, ao ambiente escuro, insalubre, úmido; em contraposição, aos homens estava designado o espaço público: claro, saudável, seco. Quando as mulheres começaram a ocupar as ruas, ensejou necessariamente a necessidade de se criar banheiros também para elas. Antes, os banheiros públicos eram exclusivamente masculinos, ratificando a ideia de que as mulheres sequer frequentavam o ambiente público. Criar banheiros públicos também para as mulheres significaria trazê-las para esse espaço, definitivamente; seria como convidá-las a sair de suas casas e de sua rotina privada, o que contrariava frontalmente toda a própria estrutura de violência e de dominação simbólicas.

Assim, a separação dos banheiros entre os sexos mostra-se uma herança direta do movimento higienista europeu do século XIX. Noutro prisma, ainda mais aprofundado, podemos tê-la, também, como consequência, prova e ilustração clara da manifestação da estruturação paradoxal entre os gêneros: se a dominação masculina se encarregava de manter o espaço público exclusivamente destinado aos homens, os banheiros desses espaços, naturalmente, seriam projetados de tal maneira apenas a contemplá-los; a partir do momento em que se democratiza o espaço público de modo a contemplar também as mulheres, enseja a necessidade de lhes garantir também banheiros próprios, porém distintos dos masculinos.

Destarte, evidencia-se pacífica a estipulação de que os homens devam utilizar os banheiros masculinos, e as mulheres, os femininos. Contudo, essa dicotomia homem/masculino e mulher/feminino não se conservaria imutável ao longo do tempo. A grande questão sobre o uso de banheiros por mulheres transgênero, nesse sentido, desperta a partir de uma discussão mais profunda e mais controversa do que essa. Contemporaneamente,

---

retirar-se para um local não frequentado. E é correto (mesmo no caso de crianças) cumprir outras funções naturais em locais onde não possam ser vistas." (LA SALLE apud ELIAS, 1994, p. 138).

atravessa-se uma onda massiva de ressignificações de conceitos e ideários tidos, há muito, como naturalizados. Assim, a discussão sobre os banheiros em si encontra-se permeada pela discussão do que se entende pelo conceito de “mulher” e quem ele pretende abarcar especificamente.

### **2.2.2 Performance de feminilidade: ser mulher como ser percebido pelo outro.**

A discussão que orbita a definição do que se entende por “mulher” é, hoje, uma das problemáticas que mais se encontra em pauta tanto nos movimentos feministas quanto no movimento LGBTQ+. O objetivo do presente artigo não é se debruçar especificamente sobre esse tema e sobre essa discussão teórica; aqui, tendo em vista os paradigmas jurídicos que têm se estabelecido de modo a garantir e promover a dignidade de todos, buscar-se-á extrair as problemáticas dessa definição na esfera de debate sobre indivíduos que, independentemente de seu sexo, se percebem e se expõem perante a sociedade como contemplados pelo polo passivo do paradoxo sexual fundamental que fora tomado como marco teórico.

Para a sociedade como um todo<sup>35</sup>, “ser mulher” se resume, basicamente, a dois elementos: ter uma vagina e “se comportar/ parecer mulher”. Isso significa que, genericamente, para um sujeito poder gozar de reconhecimento social e de aprovação geral dele enquanto mulher, ele deve reunir em si o órgão sexual humano que se refere à feminilidade, invariavelmente, junto da ornamentação clássica do polo passivo, ou seja, daquilo que se entende por “feminino”. Em síntese: o indivíduo deve conjugar em si o sexo feminino e o gênero feminino.

Quando se pede a alguém que caracterize uma mulher, certamente o sujeito descreverá, em maior ou menor quantidade de detalhes: “cabelos longos, estatura média ou baixa, corpo coberto com roupas claras, talvez os pés apoiados num salto, com um

---

<sup>35</sup> Aqui é importante que se deixe claro que não se trata de ignorância ou de preconceitos, mas sim, na maioria das vezes, de uma concepção de mundo fixada a partir da estrutura sexual positivada nos corpos e nas mentes humanas, social e imperceptivelmente, de modo a ratificar o paradoxo sexual fundamental.

rosto sem traços muito fortes e marcantes, geralmente coberto por maquiagem e acompanhado de um par de brincos nas orelhas, anéis nos dedos, pulseiras nos punhos etc”. À apropriação desse conjunto de características internalizadas nos indivíduos por meio do próprio papel da dominação masculina e da divisão social e às quais se associam os ideais de feminilidade, a essa ornamentação clássica que é associada ao polo passivo do paradoxo sexual fundamental dá-se o nome de “performance de feminilidade”. Performar feminilidade significa, em síntese, expressar-se estética e habitualmente de acordo com o modelo idealizado a que se associa o conceito de “feminino”.

Diante disso, conclui-se que, para a sociedade em geral, legitimar um indivíduo enquanto mulher passa, além de julgar sua genitália, por validar ou não a maneira como ele está se expressando perante si próprio e perante a sociedade em que está inserido.

Bourdieu defende a tese de “ser feminino como ser-percebido”. Para o autor, a relação do sujeito com o próprio corpo depende de uma representação subjetiva (*self-esteem* do sujeito) e de uma representação objetiva (*feedback* enviado pelos outros)<sup>36</sup>. Nesse sentido, explicita-se que, no imaginário do senso comum, para que o indivíduo seja reconhecido e legitimado enquanto mulher, ele deve invariavelmente performar feminilidade. A grande problemática dessa questão é: tal concepção é cisnormativa, como haveria de ser em virtude do modo como as disposições de gênero naturalizaram o paradigma “mulher-vagina” e “homem-pênis”. A partir do momento em que se estabelece que os sujeitos que nascerem com vagina devem ter “cabelos longos, estatura média ou baixa, corpo coberto com roupas claras, talvez os pés apoiados num salto, com um rosto sem traços muito fortes e marcantes, geralmente coberto por maquiagem e acompanhado de um par de brincos nas orelhas, anéis nos dedos, pulseiras

---

36 O autor destaca, ainda, que não é somente isso. Ainda segundo ele: “O corpo percebido é duplamente determinado socialmente. Por um lado, ele é (...) um produto social, que depende de suas condições sociais de produção, através de diversas mediações, tais como as condições de trabalho (...) e os hábitos alimentares (...). Por outro lado, essas propriedades corporais são aprendidas através de esquemas de percepção cujo uso nos atos de avaliação depende da posição ocupada no espaço social”. (BOURDIEU, 2012[1998], p. 80).

nos punhos etc”, invisibiliza-se outras tantas possibilidades que podem despontar dos anseios de tantos outros sujeitos.<sup>37</sup>

Nessa esteira, ressalta-se um dos eixos centrais deste artigo, que pode ser extraído a partir da reflexão sobre as seguintes indagações: apropriar-se de símbolos tidos como “femininos” e ornamentar-se de acordo com tal estereótipo é uma condicionante justa e teoricamente eficaz para determinar, portanto, quem é uma mulher? Não se estaria reforçando os padrões estético-comportamentais impostos pela dominação masculina quando os moldes tidos como “femininos” fossem legitimados como fonte de validação de feminilidade?

Como já exposto, há indivíduos que transgridem o paradoxo sexual fundamental ao distanciarem-se das categorias estigmatizantes dos gêneros impostos em virtude do sexo. Além disso, há aqueles que se distanciam, também, do seu próprio sexo, ou seja, da genitália biológica. Essas distâncias se devem em razão dos mais variados motivos, cabendo à psicologia aprofundar-se nesse quesito. À comunidade jurídica interessa a compreensão de como os direitos dos “novos sujeitos de direitos” devem ser efetivamente tutelados.

Num primeiro prisma, já que novas possibilidades de ressignificações dos próprios sexos e dos gêneros vêm constantemente emergindo, deve-se trazer à luz a composição dos corpos

---

<sup>37</sup> Aqui é importante que se suscite um ponto o qual não será exposto mais adiante de forma tão cautelosa, necessária e detalhada. A partir da definição que fora estabelecida acima, lança-se mão de enfatizar que as problemáticas sobre “ser mulher” não se resumem às pessoas transgênero. Há casos de mulheres cisgênero cuja percepção de si enquanto sujeito desvincula-se dos padrões estético-comportamentais que se espera de sua performance. Nesse sentido, mulheres cisgênero cujas características sejam dissociadas das redigidas e exemplificadas acima serão chamadas de “masculinas”, “esquisitas”, “desleixadas”, “porcas”, “estranhas” etc. Além disso, é de suma importância destacar que a sexualidade dessas mulheres também será posta à prova. À medida que se estabeleceu que o paradigma “mulher-vagina” e “homem-pênis” fosse complementado pela palavra “heterossexual”, inseriu-se nas discussões de gênero e sexo a sexualidade, exigindo que os indivíduos não somente se comportassem como se esperava que se comportassem em virtude da genitália, mas que, ainda, se relacionassem amorosa e sexualmente com o sexo/gênero oposto àqueles aos quais pertenciam. A sexualidade é entendida como a manifestação sexual do sujeito; isto é, o modo como ele se relaciona com outros sujeitos de sua comunidade. Ela nada tem a ver com o gênero do sujeito nem com o seu sexo. São institutos completamente dissociados no que se refere à sua manifestação no indivíduo em si. Contudo, muito se confunde os três, associando-os intrinsecamente muito em virtude da visão cis-hetero-normativa na qual nossa sociedade se inscreveu. A título de esclarecimento e de ilustração, cite-se, aqui, um exemplo de mulher trans, ressaltando sua respectiva sexualidade. Duda Salabert é uma professora mineira e primeira pessoa transexual a se candidatar ao Senado Federal; casada com uma mulher e mãe de uma filha – nota-se como o gênero de Duda nada tem a ver com sua orientação sexual (mulher trans lésbica).

femininos através de sujeitos que não foram socialmente designados para tal processo. Nesse sentido, Bourdieu explicitou que:

O trabalho de construção simbólica [do gênero] não se reduz a uma operação estritamente performativa de nomeação que oriente e estructure as representações. (...) Ele se completa e se realiza numa transformação profunda e duradoura dos corpos (e dos cérebros), (...) e tende a excluir do universo do pensável e do factível tudo que caracteriza pertencer ao outro gênero.

(BOURDIEU, 2012[1998], p. 32).

Isso significa que os sujeitos que se identificam com o gênero feminino, mas que não foram biológica e socialmente designados para ele, dependem de um trabalho duplo para assumir a identidade social feminina: performar os padrões e as representações femininas, e afastar-se de todas as maneiras do universo do gênero masculino. Contudo, isso não significa que haja uma espécie de “transgênero ideal”. O que Bourdieu tenta explicitar é que não basta uma “reforma externa” do indivíduo; há uma psicologia interna e subjetiva que se distancia dos símbolos masculinos. Assim, por mais que os gêneros sejam objetivamente designados aos sujeitos desde o momento da descoberta de seus sexos biológicos, é subjetivo do indivíduo perceber-se enquanto “homem” ou enquanto “mulher”, desvinculando-se ou não daquela performance social que lhe fora designada.

“Ser homem”, socialmente, implica necessariamente num “dever ser”. Assim, a “honra” se estabelece como uma “força superior” que dirige os pensamentos e as atitudes do homem sem obrigá-lo automaticamente e sem se impor como regra racional, mas afirmando a virilidade como dogma central da performance de masculinidade. A virilidade tem por princípio o medo de qualquer associação ao feminino. Ela é uma carga que, por sua vez, impõe ao homem o “dever ser” de afirmar, perante outros homens, em toda e qualquer circunstância, sua masculinidade, associada, diretamente, à força, à bruteza, e nunca à fraqueza e à

fragilidade, sob pena de remissão pelo grupo às categorias tipicamente femininas dos “fracos”, dos “delicados” dos “mulherzinhas”, dos “veados” (BOURDIEU, 2012[1998], p. 66).<sup>38</sup>

As mulheres transgênero são aquelas mulheres que, nascendo com o sexo biológico “macho” e, em função do paradoxo sexual fundamental, tendo sido designadas ao gênero masculino e a esse “dever ser” narrado, não se sentindo como pertencentes à performance masculina e à sua categorização, transgridem o polo ativo e “tornam-se mulheres”<sup>39</sup>.

Nesse cenário, as cortes constitucionais têm sido constantemente postas à prova pelos “novos sujeitos de direitos”. As mulheres transgênero têm se organizado perante o Estado de forma a reivindicar sua dignidade e seus direitos enquanto cidadãs. É nesse contexto que a reinvidicação pela possibilidade de uso dos banheiros femininos se insere.

### 2.2.2.1 A gradação de performance de feminilidade: parâmetro para uso de banheiros femininos?

Se os banheiros são divididos entre “homens” e “mulheres”, deve-se identificar o parâmetro que se adota como filtro para segregar a entrada nesses espaços. Hoje, entendemos que esse parâmetro é a aproximação do sujeito em si dos padrões comportamentais e estéticos que se espera de cada um dos respectivos gêneros. Logo, quanto mais distante desse padrão o sujeito estiver, menos legítimo ele será considerado para utilizar o banheiro determinado a seu gênero. Em outras palavras, nos casos das mulheres, é como se o critério objetivo para permitir ou negar a uma mulher o uso de um banheiro em função do seu gênero seja exclusivamente o quão próxima ela está do padrão que se exige de uma mulher (tradicionalmente instituído a partir

<sup>38</sup> É por isso que transgredir o polo ativo é tão difícil. A associação dos homens a qualquer símbolo estabelecido como feminino corrói, em certa medida, a “dignidade” do sujeito, no olhar dos outros homens.

<sup>39</sup> Nota-se que a expressão “tornar-se mulher” encontra-se, taxativamente, entre aspas. Isso porque ela não é empregada num sentido literário ou metafórico, ou até mesmo dramático, como ocorre por exemplo na tese de Simone de Beauvoir “Ninguém nasce mulher, torna-se mulher”. Aqui, a expressão quer dizer apropriar-se dos símbolos característicos do polo passivo do paradoxo sexual fundamental e/ou do sexo feminino de modo que tal sujeito inserido nesse processo assuma no seio da sociedade, legitimamente, a figura do que essa própria sociedade entende por “mulher”.

do padrão de uma mulher cisgênero-hetero-normativa). Assim, estabelece-se uma espécie de “escala de gradação” do que se considera “feminino” para legitimar o uso dos banheiros femininos pelas mulheres.

É justamente a consagração dessa escala como critério objetivo que tem justificado tantos casos de expulsão de mulheres transgênero de banheiros femininos. Exige-se que o sujeito tenha um padrão comportamental específico e uma ornamentação tal qual para que não seja constrangido e retirado do banheiro. Limita-se o “ser mulher” ao tom de voz, à roupa e aos trejeitos do sujeito<sup>40</sup>.

Contudo, em se tratando de uma mulher cisgênero, entra em cheque a questão da genitália: para muitos, bastava que a mulher trans realizasse a cirurgia de transgenitalização para utilizar o banheiro feminino. Ora, se assim se argumenta, novamente ratifica-se a tese que tanto se relutou para afastar até aqui de que o sexo biológico não define a forma como o indivíduo opta por se expressar na sociedade no tocante a seu gênero.

Além disso, nos casos das mulheres transgênero cuja genitália é a referente ao sexo masculino, a situação se complica: são essas mulheres trans rebaixadas às adjetivações pejorativas, como “traveco”, tendo sua identidade social de mulher totalmente diminuída e, quando não, retirada por pessoas cisgênero. Fora tal como se sucedeu a humilhação dos seguranças do shopping Beiramar no caso de Ama.

Exposto isso, entendemos que a referida “escala de gradação de performance de feminilidade” é, no mínimo, simplista demais para atender aos “novos sujeitos de direitos”, além de ter padrões valorativos. Ademais, a simples verificação da genitália feminina também como critério objetivo legitimaria a violação da

<sup>40</sup> Tal fato é, inclusive, precipitadamente verificado nos autos processuais da própria defesa de Ama, no caso do RE 845.779. Em uma das justificativas da autora para que ela fosse possibilitada de usar o banheiro, sua defesa argumentou: “A fisionomia, timbre vocal, a postura etc, evidenciam a sua aparência feminina [da autora]” (STJ, 2013, fl. 100) (Vide fl. 94 e-AREsp 405509/SC com a foto de Ama). Por mais que se trate de uma tentativa da defesa de comprovar que, sendo a performance de feminilidade o critério para adentrar o banheiro a autora deveria ter podido fazê-lo, a utilização desse argumento fomenta a tese de que somente mulheres transgênero – e cisgênero também – que se ornamentem com adereços e símbolos tidos socialmente como femininos podem entrar no banheiro. A partir desse argumento, nega-se a dignidade e os direitos das mulheres trans que não necessariamente “usam vestidos, cabelos longos, acessórios e maquiagens”. Ademais, renega-os, ainda, às próprias mulheres cisgênero que não o fazem.

dignidade, da honra e da privacidade das mulheres transgênero que não realizam a cirurgia de transgenitalização. É por isso que urge tanto uma resposta do Judiciário sobre como resolver essa questão a fim de evitar que esse conflito se transforme em mais e mais lides, sem respostas unificadas.

### 2.2.3 Afinal, banheiros são espaços públicos ou privados?

Definir se uma mulher transgênero pode ou não pode utilizar um banheiro feminino enseja necessariamente em discutir se banheiros são espaço público ou espaço privado. Sendo espaço público, não é cabível qualquer tipo de restrição quanto ao seu acesso. Por outro lado, sendo privado, cabe à entidade que o gerencia determinar as regras para a utilização. Em verdade, acertou o shopping Beiramar, recorrido do Recurso Extraordinário 845.779, ao dizer em seu Recurso de Apelação que “não há no ordenamento pátrio, qualquer norma que discipline sobre a utilização de sanitários” (STJ, 2013, fl. 130). Apesar de o ordenamento jurídico não disciplinar sobre o assunto, ele disciplina que as regras internas de um estabelecimento não podem violar a legislação positiva do ordenamento jurídico nacional<sup>41</sup>. Portanto, nesse sentido, entende-se que as regras de utilização ou não de banheiros não podem violar a honra, a imagem, a privacidade e, acima de tudo, a dignidade humana, por serem esses institutos jurídicos os ditames legais que o próprio apelado evidenciou no RE 845.779.

Assim, como evidenciou o STF, “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 socialmente”. Assim, resta infundada a alegação do shopping de que “não configura ato ilícito impedir uma mulher transgênero de utilizar o banheiro feminino”.

É importante destacar que há divergência jurisprudencial sobre a licitude de vedar a utilização de banheiros<sup>42</sup>. No REsp

41 Como bem salientou o apelado no mesmo documento anteriormente citado, “o Beiramar Shopping [é] um empreendimento privado, de forma que a sua administração cabe disciplinar a utilização de suas dependências, respeitando os ditames legais” (STJ, 2013, fl. 130).

42 Como destacou a recorrente, o Acórdão de Relatoria do Des. Luís Francisco Aguillar Cortez, da Nona Câmara de Direito Privado do TJSP, reconheceu o dever de um Shopping Center de indenizar por furto

279273/SP, que versa sobre a trágica explosão no shopping de Osasco-SP, a min. Nancy Andrichi se pronunciou favoravelmente à equiparação dos transeuntes de shoppings centers a consumidores, ainda que não haja a intenção de comprar bens, nos termos dos arts. 2º e 17 do CDC. Assim, deve haver uma associação direta à feliz tese da defesa da autora, que destaca que:

O mero impedimento à utilização do banheiro é passível de gerar o dever de indenizar, porquanto de tratar de um serviço, em que todo e qualquer transeunte espera poder fazer normalmente o uso deste, uma vez que se encontra disponível à coletividade.

(STJ, 2013, fl. 259)

Além desse ponto, estabelecer a natureza pública ou privada dos banheiros importa para estabelecer os limites entre a privacidade das mulheres transgênero e das mulheres cisgênero num mesmo banheiro. O estabelecimento apelado alegou que “não se pode impor às mulheres que utilize [sic] o toailete feminino, uma vez que seu gênero é masculino na concepção biológica e certamente [isso] causará constrangimento no local” (STJ, 2013, fl. 111). Em suma, defende que o simples fato de haver uma genitália masculina no banheiro feminino seria potencialmente constrangedor para as mulheres cisgênero; entretanto não explica como e em que medida isso aconteceria. Válido lembrar que os banheiros femininos são separados por cabines individuais, nas quais, privadamente, cada sujeito se alivia sozinho, isolado dos demais – diferentemente dos mictórios dos banheiros masculinos. Nesse sentido, proferiu o juiz de primeira instância do caso: “Inconsistente o argumento trazido pelo demandado, eis que lavabos localizados dentro do banheiro feminino são individuais e fechados”. Se sequer a genitália das mulheres transgênero pode ser vista nos lavabos dos banheiros femininos, como elas poderiam constranger as mulheres cisgênero? Há outro ar-

---

sofrido dentro do referido estabelecimento. Destaca-se o fato de aplicabilidade de indenizar mesmo se tratando de serviço gratuito (como no caso dos banheiros, por analogia)

gumento para justificar o absurdo de negar às mulheres transgênero a possibilidade de elas utilizarem os banheiros femininos que não a transfobia velada?

### **2.2.3.1 Por que mulheres transgênero incomodam tanto em banheiros femininos.**

O modo como as mulheres cisgênero lidam com as mulheres transgênero quando compartilhado o espaço do banheiro reflete naturalmente o modo como as relações entre pessoas cisgênero e transgênero se dá na própria sociedade. Se é fato que o mundo tem avançado significativamente no que se refere às discussões de ressignificação dos padrões de gênero, de sexo e de sexualidade, é fato também que forças conservadoras se reorganizem de modo a tentar restabelecer o paradoxo sexual fundamental e, assim, os limites para quem nasce com um pênis e para quem nasce com uma vagina.

No Brasil, despontam ao mesmo tempo os movimentos sociais progressistas e identitários, bem como as forças conservadoras de estruturas arcaicas e pouco flexíveis. Essas duas forças postas em uma mesma sociedade inevitavelmente acarretam num debate aguçado entre suas visões de mundo. Como o Brasil se estruturou, a partir daqueles três prismas pontuados no ponto 3.1.3<sup>43</sup>, entende-se que as mulheres trans serão necessariamente marginalizadas. Elas transgridem as estruturas familiares ao inverter a lógica representativa de “pai” a “mãe”; elas vão contra os valores e as representações instituídas culturalmente pelo cristianismo segundo o qual “deus criou o homem e a mulher”, os quais legitimam argumentos criacionistas que carecem de análises sociológicas, como “Se deus o criou homem, você não pode se sentir mulher, pois, fazendo-o, estaria admitindo que deus errou na sua criação, e deus jamais erra”; e, por fim, elas, no ambiente escolar, não se enquadram ao processo de socialização que se espera delas enquanto “meninos”, fazendo com que as demais

43 Quais sejam: as representações familiares segundo a qual a divisão sexual do trabalho designa às mulheres as tarefas domésticas e aos homens as atividades públicas; as referências culturais de uma moral cristã, hetero-cis-normativa patriarcal e as instituições escolares, as quais contribuem para traçar não só os destinos sociais dos sujeitos como modos de pensar.

crianças, baseadas no modo de pensar culturalmente instituído o qual já pontuamos, excluam-nas dos ciclos de convívio por pura e simples “aversão” àquela “anomalia” do que se entende por natural segundo os ditames de gênero.

Nesse cenário, muitos argumentam que às mulheres transgênero estaria renegado o direito a utilizar o banheiro feminino em função da “segurança” das mulheres cisgênero. Essa falácia nada mais é que um argumento transfóbico revestido de certa solenidade para mascarar um preconceito latente em relação às mulheres transgênero: a associação delas à figura masculinizada da “travesti predadora”. Esse estigma está muito mais associado às mulheres transgênero que não realizaram a cirurgia de transgenitalização. Argumentam pessoas cisgênero no sentido de estigmatizar as mulheres transgênero que não realizaram a cirurgia como seres “agressivos”, “predatórios”, “de baixo nível” e “ligados à perversidade sexual”. Essa estigmatização logo emerge em argumentos do tipo: “Eu não gostaria que minha filha estivesse num banheiro com um homem [sic] com pênis”, de modo a associar as referidas mulheres a comportamentos masculinos típicos das disposições do polo ativo dos gêneros e que ratificam a dominação masculina nos próprios homens cisgênero.

Falar em segurança nos banheiros femininos não é falar de violência contra as mulheres cisgênero. Muito pelo contrário. Falar sobre isso é falar em violações de direitos das mulheres transgênero que, se não são moralmente violentadas ao fazer uso de um banheiro feminino, são fisicamente retiradas ou escaçadas à força. Não há dados ou levantamentos sobre atos discriminatórios ou de violações sexuais de mulheres transgênero a mulheres cisgênero. Em compensação, todos os dias há manchetes de jornais que mostram atos transfóbicos e violação de direitos da população transgênero em banheiros femininos. Em 8/8/2012, foi Ama; em 26/12/2015, foi Hanna (NASSER, 2020); em 24/08/2019, foi Danielle (MARTINS, 2020); e em 4/01/2020, foi Lanna (BARDELLA, 2020). Esses casos são apenas alguns exemplos retirados de uma rápida pesquisa sobre o assunto em um site online de buscas. Segundo pesquisa publicada pela re-

vista “Gênero e Número”, realizada a partir de dados do Ministério da Saúde, 11 pessoas trans são agredidas por dia no Brasil (SILVA, V., 2020). Esses sim são fatos e dados os quais não se pode ignorar.

Caso o STF decida por impedir que mulheres transgênero utilizem banheiros femininos, desencadear-se-ão uma série de reações para essas cidadãs brasileiras que, em verdade, potencialmente põem em risco direitos e garantias desses “novos sujeitos de direitos”. Objetiva e categoricamente, depreende-se, a partir de uma cadeia lógica de reflexão consequencial, que se o ordenamento jurídico negar que mulheres transgênero utilizem o banheiro feminino, elas terão de utilizar o masculino. Utilizando o banheiro masculino, oras, estariam essas mulheres expostas não somente às arbitrariedades do machismo, mas também às da transfobia. Destaca-se, nesse sentido, o que aconteceria caso uma mulher trans, que performe feminilidade em sua máxima potência, fosse coagida pelo ordenamento a entrar num banheiro masculino. Já no ato de adentrar o recinto, subjetivamente, aquela mulher teria sua honra violada, pois não há como se respeitar a honra de um indivíduo se não se respeita a imagem através da qual ele se apresenta. Ademais, o Estado estaria rebaixando aquele sujeito a uma categoria inferior à de “mulher legítima” – essa categoria a qual se restringiria a mulheres cisgênero que performam feminilidade – e retirando-a sua autonomia de exercer seus direitos como tal, violando, assim, sua dignidade humana. Estar-se-ia ratificando que elas não são “tão mulheres quanto as mulheres cis” e, mais ainda, validar-se-ia que os banheiros sejam separados por sexo, e não por gênero. Nesse sentido ainda, deve-se antecipar como essa mulher seria recepcionada pelos homens cisgênero nesses banheiros. Piadas morais, ofensas pessoais, violência física, violações e estupro são, corriqueiramente, elementos que acompanham as manchetes de jornais em se tratando da população transgênero feminina nas próprias ruas; imagine-se, assim, como seriam em banheiros (esses os quais, apesar de serem públicos, são delimitados por paredes as quais cercam homens num ambiente na qual a virilidade se aflora e a

performance de masculinidade se aguça, pois deve ser legitimada pelo “bando” de outros homens que ali se encontram).

Em contrapartida, caso a Suprema Corte decida por legalizar e, assim, legitimar que mulheres transgênero utilizem banheiros femininos, estar-se-ia, à luz de tudo o que fora suscitado ao longo do ponto 3 do artigo, diante de uma efetivação direta dos direitos fundamentais e civis daquelas mulheres. Isso porque se tornaria ilegal constranger os “novos sujeitos de direitos”, de modo a violar suas respectivas dignidades humanas. Num primeiro momento, se reconheceria, definitivamente, que para o Estado brasileiro mulheres transgênero são “tão mulheres quanto” mulheres cisgênero<sup>44</sup>. Além disso, às mulheres cisgênero não haverá nenhum prejuízo, uma vez que, como já fora apontado, as cabines femininas são individuais, nada interferindo na ordem das coisas se a genitália da mulher que ali está corresponde ou não corresponde ao paradigma “mulher-vagina”. Nesse sentido, a performance de feminilidade não mais seria o critério objetivo para legitimar ou não o uso dos banheiros femininos pelas mulheres transgênero.

### 2.2.3.2 Porque a criação de um terceiro banheiro não é válida.

Poder-se-ia supor válida a ideia de se criar um terceiro banheiro. Ela, pelo mesmo motivo elencado anteriormente, mostra-se uma proposta fraca. Se esse terceiro banheiro fosse dirigido às pessoas transgênero, estar-se-ia, novamente, negando às pessoas trans a possibilidade de serem reconhecidas enquanto mulheres/homens perante a sociedade, sendo renegadas, simplesmente, ao prefixo “trans” e, conseqüentemente, a uma “terceira categoria de gêneros”, que não gozaria de reconhecimento e de status tal qual “feminino” e “masculino”, sendo os banheiros, portanto, divididos entre “pessoas cis” e “pessoas trans”. Por outro lado, se o terceiro banheiro fosse um banheiro que se pretendesse “neutro”, no qual entraria qualquer pessoa, estaríamos validando que mulheres cis não entrassem em banheiros femininos “por medo

44 A intimidade de um indivíduo em sua máxima manifestação pode se associar a sua liberdade de se expressar como se sente à vontade e de se expressar em sua mais perfeita forma no uso íntimo de um banheiro.

de encontrarem uma mulher transgênero lá dentro”. Isso também não parece aceitável.

### 3. POSICIONAMENTO DO STF: A FORÇA DA ADI 4.275 E DA RESOLUÇÃO 73/2018 DO CNJ.

Diante dos embates apresentados e da evidente necessidade de uma resposta por parte do Judiciário para a problemática em questão, o STF deverá, assumindo seu papel decisivo de guardião da Constituição Federal, admitir o RE 845.779 ou negá-lo. Ou seja, ou o STF permitirá que mulheres transgênero acessem banheiros femininos, ou não permitirá. A tomada de um desses dois caminhos deve observar impreterivelmente duas forças vinculantes advindas uma da própria Suprema Corte, outra advinda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.274 e a Resolução nº 73/2018 do CNJ, respectivamente.

A ADI 4.275 é uma ação movida pela Procuradoria Geral da República (PGR) que visa, em síntese, a uma reinterpretação do art. 58 da Lei de Registros Públicos – LRP<sup>45</sup>, o qual determina que “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”. Nesse sentido, argumentou a PGR que a expressão “apelidos públicos notórios” deveria ser reinterpretada de modo a contemplar também o nome social dos sujeitos transgênero, viabilizando, assim, a mudança do prenome no Registro Civil (RG) das pessoas trans, garantindo-lhes consonância entre a forma como se expressam perante a sociedade e o modo como o Estado as reconhece. Além disso, tal ADI foi a responsável por positivar que, para a mudança do nome social e do sexo no Registro Civil da pessoa transgênero, a cirurgia de transgenitalização, o tratamento hormonal ou laudos técnicos de médicos ou psiquiatras não são imprescindíveis<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Lei nº 6.015 de 1973.

<sup>46</sup> Como argumentou o relator min. Marco Aurélio em seu voto: “Impossível, juridicamente, é impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana”. No mesmo sentido, fixou como premissa de seu voto o min. Edson Fachin que “A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental”.

O raciocínio basilar para positivação de tal interpretação fixa-se sobre a seguinte tese:

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer (...) dispõe do direito fundamental **subjetivo** à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil (...), independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

(BRASIL, 2018. Grifo nosso)

Determinando que a possibilidade de o indivíduo verificar uma disfunção entre seu gênero instituído pela sua genitália e aquele gênero com o qual ele realmente se identifica garante ao sujeito a possibilidade de mudar seus documentos oficiais, o STF positivou que o gênero dos cidadãos é uma construção social através da qual os sujeitos, subjetivamente, se autoidentificam com um ou com o outro dos gêneros instituídos. Nesse sentido, extraem-se dois posicionamentos fundamentais do STF frente à temática de garantia e proteção dos direitos das pessoas transgênero que servem como premissa para orientar o RE 845.779: repeliu-se a tese de que o gênero é eterno e imutável e, acima de tudo, objetivamente fixado a partir do sexo biológico dos cidadãos; e, além disso, consagrou apenas a manifestação de vontade do sujeito transgênero como condição para a alteração dos dados (nome e sexo)<sup>47</sup>.

A segunda força vinculante que deve orientar a decisão do RE 845.779 trata-se, como adiantado, da Resolução nº 73/2018, do CNJ. Essa resolução determinou, a partir do entendimento positivado pela ADI 4.275 e da nova interpretação dada ao art. 58 da LRP, as disposições procedimentais para alteração do prenome e do gênero nos assentos documentais de Registro Civil

---

<sup>47</sup> Dessa maneira, a Suprema Corte manifestou sua associação à tese socioantropológica da instituição dos gêneros – ou seja, àquela que não condiciona a identificação de um sujeito com um gênero a nenhum fator hormonal ou corporal, mas apenas à psicologia e à autonomia de vontade.

das pessoas transgênero<sup>48</sup>. O art. 4º do documento estabelece a autonomia do requerente como critério para possibilidade de alteração dos documentos, e elenca os documentos necessários para o procedimento<sup>49</sup>.

Ora, se a autoidentificação do indivíduo é o único critério para haver a mudança do sexo e do gênero do sujeito perante o próprio ordenamento legal brasileiro por força das próprias disposições vinculantes tanto do STF quanto do CNJ, a partir do momento em que essa mudança é realizada, a mulher transgênero passa, perante o Estado, a ser reconhecida enquanto pertencente àquele gênero com o qual se identifica. Assim, perante esse mesmo Estado, ela passa a ser tão sujeito de direitos quanto uma mulher cisgênero. Não há, assim, como negar àquelas primeiras os direitos conferidos às mulheres, cis, uma vez que essa distinção deixa de existir aos olhos do ordenamento, tornando todos os sujeitos que estão legalmente registrados como “mulheres”, apenas mulheres, sem nenhum sufixo.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que não há como se adotar critérios objetivos que permitam ou não a entrada dos indivíduos em banheiros de acordo com seu gênero, haja vista que o gênero de um sujeito em si é subjetivamente apropriado por ele mesmo. Argumentou-se, ao longo de toda Parte 3 deste artigo, sobre como o paradoxo fundamental da separação dos gêneros é uma verdadeira característica estruturante das relações em sociedade; além disso, expôs-se as relações de dominação que se estabelecem a partir da vinculação desse paradoxo e de seus dois consequentes

---

48 É válido destacar, aqui, como é feliz o documento em, sempre, referir-se aos sujeitos trans como “transgênero”.

49 Hoje, para realizar a inclusão do nome social no CPF, basta que o sujeito preencha um formulário (<http://www.guiadareceitafederal.com.br/downloads/requerimento-inclusao-exclusao-nome-social-cpf-anexo1-norma-execucao-cocad-02-2017.pdf>) e o leve a uma unidade de atendimento da Receita Federal, juntamente com um documento de identidade original com foto. Já para solicitação da inclusão do nome social e do gênero com o qual a pessoa trans se identifica na certidão de nascimento ou de casamento, o indivíduo deve comparecer a um cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN), com o RG, CPF e certidão de nascimento ou casamento (originais), dentre outros documentos previstos nos incisos do art. 4º da Resolução nº 73/2018 do CNJ, preencher um formulário, assinar uma declaração exclusiva do cartório e aguardar análise. Após aprovação, o documento oficial é emitido em até cinco dias úteis com alteração do prenome e sexo.

polos ativo e passivo, quais sejam “masculino-homem-pênis” e “feminino-mulher-pênis”. A partir deles, a relação entre o gênero socialmente construído a partir do que se considera naturalmente advindo do sexo biológico foi esmiuçada de modo a clarear o papel dos “novos sujeitos de direitos” como verdadeiros agentes transcendentais dos polos estigmatizantes citados.

Assim, o que cabe é a fixação de critérios objetivos para a permanência, e não para a entrada, das mulheres transgênero nos banheiros femininos. É a adoção dos ditos critérios a partir da previsão de conflitos em potencial que emergem se um sujeito, estranho às mulheres cisgênero, entra no banheiro feminino. Dado o apreço que nossa sociedade tem pela legalidade e pelos documentos oficiais, bem como o momento em que a mulher transgênero surge enquanto tal para o próprio Estado, os documentos com nome social feminino e a alteração desse dado e do sexo do sujeito, independentemente de cirurgia de transgenitalização, em suas certidões, comporiam os parâmetros capazes de assegurar às mulheres trans a legitimidade e, mais do que isso, a legalidade de frequentarem banheiros femininos. Assim, a partir do momento em que essa mulher trans é reconhecida pelo próprio Estado como mulher, ela ganha indiscutivelmente o direito de todas as mulheres de utilizarem um banheiro feminino<sup>50</sup>. Se houver constrangimento na abordagem dessas mulheres nessa situação ou em qualquer outra situação similar, o ordenamento jurídico já assume para si a forma clássica de indenizar isso na figura dos “danos morais”. A questão passaria a ser de outra ordem e natureza; às mulheres trans, o direito de utilizar um banheiro feminino estaria finalmente assegurado. Assim, seguindo a máxima do brocardo jurídico *in eo quod plus est semper inest et minus*, ou seja, “quem pode o mais pode o menos”, é natural que se deduza, objetiva e racionalmente, que, se há a possibilidade de “se fazer o mais”, ou seja, de se alterar em to-

---

50 Importante citar, aqui, a fl. 34 do processo da AREsp 405509/SC. Nela, a defesa do shopping Beiramar, para legitimar a retirada de Ama do banheiro feminino, argumenta que “pois sendo o autor do sexo masculino, é forçoso reconhecer [que o] sanitário a ser utilizado por ele deve ser o destinado aos homens e não o das mulheres” porque “a Carteira de Identidade (...) dá conta de que não houve alteração do registro civil do autor para constar nome feminino”.

dos os documentos oficiais do Estado brasileiro o nome e o sexo do indivíduo, seria no mínimo controverso não permitir que “se faça o menos”, ou seja, que a mulher trans utilize o banheiro determinado ao gênero feminino.

## REFERÊNCIAS

BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. A diferença trans no gênero para além da patologização. **Revista de estudos indisciplinados em gêneros e sexualidades**. Publicação periódica vinculada ao Grupo de Pesquisa CUS, da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Salvador, n. 5, v. 1, maio-out.2016.

BARDELLA, Ana. Impedida de usar banheiro, mulher trans denuncia shopping de Maceió. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/01/04/impedida-de-usar-banheiro-mulher-trans-denuncia-shopping-de-maceio.htm>. Acesso em 23/01/2020.

BARROSO, Luis Roberto, STF. 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. Recurso Extraordinário 845.779. Manifestação da existência de Repercussão Geral. Recorrente André dos Santos Fialho, recorrido Beiramar Shopping. Relator min. Luís Roberto Barroso, 13 de novembro de 2014.

BOURDIEU, Pierre [1998]. **A dominação masculina**, Bertrand Brasil, 11ª edição, 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 8.727, de 28 de abril de 2016. Institui o nome social para pessoas trans na administração pública.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

FREITAS, Cláudia Regina Miranda de. O cárcere feminino: do surgimento às recentes modificações introduzidas pela lei de execução penal. **Revista Fac Arnaldo Janssen Direito**. 2014;4(4):125-45.

GREENAWAY, Peter. Ladies and Gents: Public Toilets and Gender. Edited by Olga Gershenson and Barbara Penner, **Temple University Press**, 2009. JSTOR, [www.jstor.org/stable/j.ct-t14btdn9](http://www.jstor.org/stable/j.ct-t14btdn9). Acessado em 2001/2020.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**, 2012.

STJ. RECURSO ESPECIAL : AREsp 405509/SC. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Agravante: André Dos Santos Fialho. Agravado: BEIRAMAR EMPRESA DE SHOPPING CENTER LTDA. Autuado em 19/09/2013.

LA SALLE apud ELIAS. **O Processo Civilizatório**, 1994

MARTINS, Felipe. Mulher trans é impedida de usar banheiro feminino por policiais. 2019. Disponível em: <https://riogaylife.com.br/mulher-trans-e-impedida-de-usar-banheiro-feminino-por-policiais/>. Acesso em 23/01/2020.

NASSER, Júlio. Transexual diz que está sem chão após ser impedida de usar banheiro feminino. 2015. Disponível em: <https://www.dm.jor.br/cotidiano/2015/12/transexual-diz-que-esta-sem-chao-apos-ser-impedida-de-usar-banheiro-feminino/>. Acesso em 23/01/2020.

SILVA, B. B., & CERQUEIRA-SANTOS, E. (2014). Apoio e suporte social na identidade social de travestis, transexuais e transgêneros. **Revista da SPAGESP**, 15(2), 27-44, 2014.

SILVA, Vitória Régia da. Transfobia: 11 pessoas trans são agredidas a cada dia no Brasil. 2019. Disponível em: <http://www.generonumero.media/transfobia-11-pessoas-trans-sao-agredidas-a-cada-dia-no-brasil-2/>. Acesso em 23/01/2020.

SIQUEIRA, D. (2014). O banheiro: um prisma para reflexões sobre relações de gênero a partir da perspectiva simmeliana. **Revista de ciências sociais – política e trabalho**, 1(40), p. 358. Recuperado de <https://periodicos.ufpb.br/index.php/politicaetrabalho/article/view/13426>.

STF, AI-AgR n. 587.991/RS, rel. Min. Carlos Britto, j. 15/9/2006

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Um modelo autodeterminativo para o direito de transgênero. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 11 – n. 37, p. 101-139 – Edição Especial 2012.

VIANA, Fabrício. Segundo relatório TGEU, Brasil segue no 1º lugar do ranking do assassinato de transexuais. 2018. Disponível em: <http://paradsp.org.br/segundo-relatorio-tgeu-brasil-segue-no-1o-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais/>. Acesso em 01/02/2020.