



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

Parecer nº 01/2022 – GUB

Em 07 de fevereiro de 2022.

Consulta. Tratamento social a ser dispensado a transexuais. Utilização dos sanitários localizados nas unidades escolares de acordo com a identidade de gênero. Solicitação de uso de banheiro feminino por aluna trans que se identifica com o gênero em referência. Arts. 1º, caput e inciso III, 3º, inciso IV, e 5º, caput e inciso X, todos da Constituição Federal. Princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Direito ao reconhecimento. Prevalência da identidade de gênero. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedente da Procuradoria Geral do Estado.

I – A consulta

A consulta foi encaminhada a esta Procuradoria Especializada pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro Bruno Boquimpani da Silva, tendo em vista consulta elaborada pela Subsecretaria de Gestão de Ensino da Secretaria de Estado de Educação – SEEDUC acerca da possibilidade de utilização dos sanitários localizados nas unidades escolares de acordo com a identidade de gênero.

O processo administrativo foi instaurado a partir do Ofício SEEDUC/ICARLE SEI Nº 52 (doc. SEI nº 23626191), elaborado pela Subsecretaria de Gestão de Ensino destinada à Diretoria Regional Pedagógica Metropolitana VII da Secretaria de Estado de Educação – SEEDUC solicitando orientação sobre como proceder diante de pedido formulado por aluna *trans* para utilização de banheiro feminino na unidade escolar que frequenta.

No despacho de encaminhamento doc. SEI nº 23857664, a Subsecretaria de Gestão de Ensino informou à Superintendência de Gestão das Regionais Pedagógicas –



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

SUPGE que a “*Diretoria Regional Pedagógica sempre pontuou que, nesses casos, seja disponibilizado o banheiro de acessibilidade; o que não foi aceito pela aluna, que pede, através de carta de próprio punho, solicitação para usar o banheiro feminino*”.

O processo foi encaminhado à Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Educação, no PARECER Nº 02/2021/SEEDUC/ASSJUR – LJA (Doc. SEI nº 2659466), que concluiu:

1 - O Estado deve respeitar e possibilitar a utilização dos sanitários localizados nas unidades escolares de sua Rede Pública de acordo com a identidade de gênero dos alunos, e não apenas com o sexo biológico, diante da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade previstos na Constituição Federal.

2 - Paralelamente, sugere-se que a área técnica competente atue criando mecanismos junto às respectivas direções para orientar e conscientizar a comunidade escolar como um todo, no sentido de melhor compreender a medida que será adotada, bem como a respeitar os direitos e interesses desses alunos.

3 - No caso concreto apresentado, o pedido efetuado pela aluna trans deve ser deferido para que lhe seja permitido o uso do banheiro feminino no interior da aludida Unidade Escolar, de acordo com a sua identidade de gênero.

A Assessoria Jurídica da SEEDUC fundamentou suas conclusões nos conceitos apresentados na Opinião Consultiva nº 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre transgênero ou pessoa *trans*; na proteção conferida à identidade sexual nos arts. 1º, inciso III, 3º, inciso IV, e 5º, *caput* e inciso X, todos da Constituição Federal; na Resolução nº 12/2015, do à época denominado Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais, que estabeleceu parâmetros para a garantia de acesso e permanência de travestis e transexuais em diferentes espaços sociais; no conteúdo essencial do direito à igualdade e a proibição de discriminação direta e indireta por motivo de identidade de gênero; e na existência de precedente desta Procuradoria Geral do Estado quanto à viabilidade jurídica da utilização de banheiros em terminal



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

rodoviário, por transgênero, conforme sua identidade de gênero (Parecer CASB Nº1/SETRANS/ASJURTRANSPORTES/2020).

Ademais, a Assessoria da SEEDUC destacou que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral de tema semelhante no Recurso Extraordinário 845.779/SC¹ (Tema 778 de RG), ainda pendente de julgamento, que trata do uso de banheiro feminino por transexual em shopping center. Os autos encontram-se conclusos ao Ministro Luiz Fux desde 08/01/2020, com pedido de vista, após o julgamento ter sido iniciado, com os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso (relator) e Edson Fachin, dando provimento ao recurso.

O processo fora enviado à Procuradoria Geral do Estado, tendo sido proferida a Promoção nº 109/2021 – BBS (doc. SEI nº 26651242), que informou ter realizado pesquisa preliminar de precedentes a partir da combinação dos termos e expressões “identidade de gênero”, “transgênero” e “uso de banheiro”, e não ter identificado manifestações para além do Parecer CASB Nº1/SETRANS/ASJURTRANSPORTES/2020 acerca do tema objeto deste parecer.

O entendimento existente desta Procuradoria, decorrente do Parecer CASB Nº1/SETRANS/ASJURTRANSPORTES/2020², de janeiro de 2020, da lavra do Procurador do Estado Carlos André Silva Baptista, acima mencionado, analisou a “*conduta de funcionário da CODERTE que aborda travesti que tenta utilizar banheiro do sexo oposto, nesse caso o feminino*”. A conclusão do referido Parecer recomendou

¹ “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. J. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas -, bem como por não se tratar de caso isolado.”

² Referido Parecer foi proferido nos autos do Processo Administrativo nº E-10/004.000169/2018.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

que a CODERTE e a SETRANS adotassem “*posturas que garantam tratamento que respeite o gênero com que se identificam os usuários de seus serviços, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana*”, devendo “*respeitar e garantir a escolha do banheiro que esteja de acordo com a identidade de gênero do indivíduo*”.

Naquela ocasião, o Procurador e Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da SETRANS partiu sua análise diferenciando os conceitos de “sexo, orientação sexual e identidade de gênero” e mencionando os seguintes atos normativos e jurisprudência de direito internacional atinentes ao tema: art. 1, primeira parte, da Declaração Universal dos Direitos Humanos³; art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴; art. 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁵; Resolução intitulada “*Human rights, sexual orientation and gender identity*”, e editada durante a 27ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos⁶; o direito à segurança pessoal, prescrito no art. 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷; os Princípios de Yogyakarta que tratam da isonomia e da não discriminação por motivações de gênero⁸; e o caso *John Doe et al. Regional School*, julgado em janeiro de 2014 pela Suprema Corte de Maine, nos Estados Unidos⁹, conforme reportado no Parecer da PGR¹⁰ no bojo do RE 845.779/SC.

³ “Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. ”

⁴ “Artigo 24. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. ”

⁵ “Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. ”

⁶ Disponível em < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/177/32/PDF/G1417732.pdf?OpenElement> >.

⁷ “Artigo 3. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. ”

⁸ Disponível em < http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>.

⁹ Naquele julgamento, a Suprema Corte de Maine, nos Estados Unidos, entendeu que os alunos transgêneros deveriam ser autorizados a utilizar, em suas escolas, os banheiros referentes ao gênero com o qual se identificam, sob pena de violação à Lei dos Direitos Humanos de Maine, que proíbe a discriminação com base na orientação sexual. A Corte norte-americana destacou que, no confronto entre a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

A manifestação da ASJUR da SETRANS ainda ressaltou o direito ao reconhecimento, como direito “à manutenção da identidade pessoal e ao reconhecimento dos direitos a ela inerentes”, e a relevância da identidade de gênero de cada pessoa, como parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade.

Além disso, destacou o entendimento da Corte IDH de que não somente os membros do Poder Judiciário, mas também toda e qualquer autoridade pública tem o poder-dever de exercer o controle de convencionalidade, compreendido este como o “processo de verificação da compatibilidade de uma norma ou prática interna em face de normas internacionais de proteção dos direitos humanos”.

Acrescentaram-se os precedentes do STF relativos à identidade de gênero: o julgamento conjunto da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ (STF reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar); a ADI 4275/DF (STF reconheceu que o transgênero tem direito fundamental subjetivo a alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como pela via administrativa); e o julgamento conjunto da ADO 26/DF e do MI 4733/DF (STF entendeu que a Lei nº 7.716/89, que prevê os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, pode ser aplicada para punir as condutas homofóbicas e transfóbicas).

Considerando a existência deste único precedente no Sistema Jurídico Estadual, e entendendo que referida matéria se insere nas atribuições regimentais da Procuradoria

norma que veda a discriminação com base na orientação sexual e que exige das escolas que proporcione às crianças banheiros limpos e separados de acordo com o gênero, deveria prevalecer a da não discriminação. Concluiu, assim, que um indivíduo não poderia ter acesso negado a banheiro por questões de gênero.

¹⁰ Disponível em < https://conteudo.imguol.com.br/blogs/52/files/2015/10/parecer_janot.pdf>.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Administrativa, o Procurador do Estado Bruno Boquimpani Silva encaminhou a consulta a esta Especializada (doc. SEI nº 26651242).

Cabendo-me, portanto, analisar questionamento relativo à possibilidade de utilização dos sanitários localizados nas unidades escolares de acordo com a identidade de gênero, passo diretamente à fundamentação e à resposta à consulta.

II – Razões para a manutenção do entendimento pretérito da Procuradoria Geral do Estado

O Ofício que inaugura o presente Processo Administrativo solicita orientação diante de pedido formulado por aluna transgênero para utilização de banheiro feminino na unidade escolar que frequenta.

Antes de enfrentar o tema, é importante realizar breve explanação sobre alguns conceitos e distinções relativas a sexo, gênero e orientação sexual, tal como fora realizado no Parecer CASB N°1/SETRANS/ASJURTRANSPORTES/2020, acima mencionado.

Sexo, em sentido estrito, significa a distinção entre homens e mulheres segundo as suas características orgânico-biológicas, genéticas, hormonais e fisiológicas. É com base em tais distinções que uma pessoa é classificada como masculina ou feminina no nascimento.

Gênero, por sua vez, designa a classificação pessoal e social das pessoas como homens ou mulheres, independente do sexo. A “expressão de gênero” é o meio pelo qual a pessoa se apresenta, sua aparência e seu comportamento, de acordo com expectativas sociais de aparência e comportamento de um determinado gênero, dependendo da cultura em que a pessoa vive. A “identidade de gênero”, ao seu turno, é



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

o gênero com o qual uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento.

Cisgênero é um conceito que abrange as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento. Já transgênero é um conceito que abarca o grupo diversificado de pessoas que não se identificam, em graus diferentes, com comportamentos e/ou papéis esperados do gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento. As pessoas transgênero podem sentir, por exemplo, que pertencem ao gênero oposto, a ambos ou a nenhum dos dois gêneros. Os transexuais estão incluídos neste grupo, constituindo pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo, e “*geralmente sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e sentem, e querem ‘corrigir’ isso adequando o seu corpo à imagem de gênero que têm de si*”.¹¹

Por fim, orientação sexual significa a atração afetivossexual de um indivíduo por determinado(s) gênero(s). Identidade de gênero e orientação sexual são dimensões diferentes e que não se confundem. Pessoas transexuais podem ser heterossexuais, lésbicas, gays ou bissexuais, etc.¹²

A discussão objeto da presente consulta diz respeito ao tratamento social de transexuais. Vale dizer: ao direito de aluna transexual de ser tratada e de acessar ou conviver em espaços sociais, conforme o gênero com o qual se identifica. Isso inclui

¹¹ O termo travesti é designado a pessoas que, nascidas com o sexo biológico masculino, vivenciam papéis de gênero feminino, embora não se identifiquem própria e plenamente com o gênero feminino. Assim, embora o uso de vestuário do gênero oposto ao seu sexo biológico satisfaça uma experiência de pertencimento àquele gênero, não apresentam desejo de mudança permanente de sexo (cf. JESUS, Jaqueline Gomes. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Brasília, 2012, p. 24. Publicação online disponível no site www.sertao.ufg.br).

¹² Todas as distinções apresentadas estão conforme o “*Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião*”, disponível em <<http://www.diversidadesesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>>.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

especialmente a questão da utilização por ela de banheiro feminino situado em instituição de ensino pública.

II.1 – Regras e princípios constitucionais incidentes no caso concreto

Os transexuais são uma das minorias mais marginalizadas e estigmatizadas na sociedade¹³. A incompreensão, o preconceito e a intolerância os acompanham durante toda a sua vida e em todos os meios de convívio social, inclusive nos ambientes escolares que frequentam.

Via de regra, as unidades escolares separam os banheiros a partir de uma lógica binária, que reconhece a existência de 2 (dois) sexos, designando-se sanitários para alunos do sexo masculino e outros para alunos do sexo feminino, separadamente. Diante dessa divisão, a utilização dos referidos banheiros torna-se uma questão delicada para os alunos transexuais. Isso porque ao serem reconhecidos socialmente por um gênero distinto de seu sexo biológico, os alunos trans são muitas vezes impedidos de frequentar os espaços correspondentes ao gênero com o qual se identificam, sob o argumento de que gerariam constrangimento aos demais alunos que utilizam o mesmo espaço.

É esse o caso objeto deste parecer, em que aluna transgênero não tem o acesso autorizado ao banheiro feminino da unidade escolar que frequenta, tendo solicitado, por documento escrito à Diretoria Escolar, o uso do banheiro feminino.

Do ponto de vista jurídico constitucional, há diversos fundamentos que justificam conferir aos transexuais o direito de serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive no que se refere à utilização de banheiro de unidade escolar.

¹³ Para que se tenha uma ideia da gravidade do problema, o Brasil lidera o ranking de violência transfóbica, registrando o maior número absoluto de mortes no cenário mundial (cf. < <https://brazil.unfpa.org/pt-br/news/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-travestis-e-pessoas-trans-no-mundo-alerta-relatorio-da-sociedade> >).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

O primeiro fundamento está no art. 1º, inciso III da Constituição Federal¹⁴, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se tornou um consenso ético universal após a Segunda Guerra Mundial. Na prática, porém, no Brasil e no mundo, ele é frequentemente invocado como elemento ornamental ou retórico. Em estudo doutrinário, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso procurou estabelecer um conteúdo jurídico específico para o princípio, o identificando como reflexo da autonomia de cada indivíduo, limitado por algumas restrições legítimas impostas em nome de valores sociais ou interesses estatais, e como valor intrínseco de todos os seres humanos.¹⁵

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

Desse modo, deixar de reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua identidade de gênero em todos os seus desdobramentos seria o mesmo que privá-lo de uma das dimensões que dão sentido à sua existência.

Ao mesmo tempo, a autonomia de cada indivíduo encontra limites no espaço legítimo de liberdade e os direitos fundamentais das outras pessoas, a partir de um juízo de ponderação e proporcionalidade. No caso objeto desta consulta, a ponderação ocorreria entre o direito de uso de banheiro feminino de unidade escolar por parte de transexual feminina e o direito de privacidade das demais alunas mulheres (cisgênero).

¹⁴ “Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. ”

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

O suposto constrangimento às demais alunas seria limitado, tendo em vista que as situações mais íntimas ocorrem em cabines privativas, de acesso reservado a uma única pessoa. De todo modo, a mera presença de transexual feminina em áreas comuns de banheiro feminino, ainda que gere algum desconforto, não é comparável àquele suportado pela transexual em um banheiro masculino.

Portanto, ao se fazer esta ponderação, tem-se uma restrição leve ao direito à privacidade das demais alunas *versus* uma restrição intensa aos direitos à igualdade e à liberdade da aluna trans. A diferença entre os níveis de restrição aos direitos em potencial conflito, somada ao maior peso a ser dado às liberdades existenciais, revela que a solução constitucionalmente adequada consiste no reconhecimento do direito da aluna trans à utilização do banheiro feminino da unidade escolar.

Na realidade, a tutela do direito à identidade de gênero não denota a imposição de restrição na liberdade ou autonomia dos demais indivíduos, mas sim um limite à invasão na esfera individual dessas pessoas que integram um grupo minoritário e estigmatizado pela comunidade política e jurídica.

O que referido juízo de ponderação revela, assim, é que recusar à aluna o acesso ao banheiro em consonância à sua identidade de gênero seria conduta que não encontra fundamento em qualquer outro valor constitucionalmente relevante.

O princípio da dignidade humana como valor intrínseco, por sua vez, seria, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser. Do valor intrínseco de todo ser humano decorre o grande postulado antiutilitarista colhido na filosofia de Kant: toda pessoa é um fim em si mesma, e não um meio para realização de metas coletivas ou projetos de outros.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

No plano jurídico, o valor intrínseco de todas as pessoas estaria na origem de uma série de direitos fundamentais, que inclui, para os fins aqui relevantes, o direito à igualdade. Todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração.

Nesse ponto, portanto, surge um segundo fundamento constitucional que viabilizaria o uso do banheiro escolar feminino pela aluna trans: o direito à igualdade (art. 5º, caput da CF). Aqui há de se ressaltar, sobretudo, a ótica da igualdade como direito ao reconhecimento, que é um direito ao igual respeito da identidade pessoal. Segundo Daniel Sarmiento, é um direito que tem tanto uma faceta negativa como outra positiva:

*Em sua faceta negativa, ele veda as práticas que desrespeitem as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as. Na dimensão positiva, ele impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes.*¹⁶

Violam o direito à igualdade e, mais especificamente, violam o direito ao reconhecimento, as práticas estatais ou privadas, conscientes ou não, que desrespeitem a identidade das suas vítimas, impondo estigmas ou humilhações.

Em seu voto na ADI 4275/DF, na qual o STF reconheceu na ordem jurídica o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização, a Ministra Rosa Weber ressaltou ser a igualdade um princípio que abrange o reconhecimento, a identidade ou expressão de gênero, como se destaca, *in verbis*:

Ocorre que esse dever de tutela do direito à igualdade pelo Estado constitucional, conquanto encontre seu lugar-comum de realização no plano formal do tratamento igualitário perante o direito, assim como no substantivo, tem no plano da alteridade e diferenças a exigência de

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 257.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

sua força normativa. Ou seja, nas situações fáticas, valoradas pelo Direito, caracterizadas pela diferença entre os indivíduos, é que a igualdade incide como vetor interpretativo de resolução dos problemas jurídicos.

Nesse cenário, o direito ao tratamento igualitário, em consideração e respeito entre os cidadãos, exige que a sexualidade e sua manifestação como expressão da personalidade da pessoa humana sejam asseguradas, ainda que esse reconhecimento implique diferenças nas formas de expressão dessa identidade de gênero, quando confrontadas com o padrão esperado pela sociedade.

A identidade sexual e de gênero encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana. A partir dessa abordagem, Maria Berenice Dias explica “indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. (...) Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. (...) Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos só aspectos necessários à preservação da dignidade humana.” (Liberdade sexual e os direitos humanos. Revista Jurídica da Universidade de Franca, ano 3, n. 5. novembro-2000, p. 163-164).

(...)

A solução constitucionalmente adequada para a controvérsia jurídica em deliberação está no reconhecimento dos direitos dos transgêneros de serem tratados de acordo com sua identidade de gênero e não com a expectativa social sobre o sexo biológico do cidadão.¹⁷

Conectado com o direito ao reconhecimento, pode se falar em um direito à autodeterminação de gênero, também decorrente diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor que informa e conforma todo o ordenamento constitucional.

A identidade de gênero, como já antes mencionado, está ligada à forma como o indivíduo se identifica, de modo que não tem correspondência necessária e consequente com a expectativa social do sexo biológico. A sexualidade não pode ser mais

¹⁷ ADI 4275/DF, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, public. em 07-03-2019.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

compreendida, no estágio atual evolutivo cultural da sociedade e de seus valores, apenas no seu aspecto anatômico-biológico, mas, antes, a partir do aspecto psicossocial.

Impedir alguém de utilizar o banheiro que está de acordo com a sua identidade de gênero não significa apenas impedir o acesso a um local, mas impedir, ainda que indiretamente, de ser o que é, de ser reconhecida como o que é e de gozar do direito básico de todo ser humano de fazer uso de um banheiro do gênero a que pertence.

Tem o Estado o dever de fornecer as condições necessárias para a realização do direito fundamental do transgênero ao reconhecimento de sua identidade e de sua personalidade, como manifestação primária da dignidade da pessoa humana e do tratamento igualitário dos indivíduos.

Nesse sentido, o uso de banheiro de acessibilidade pela aluna trans, tal como sugerido no despacho de encaminhamento doc. SEI nº 23857664¹⁸, ou, ainda, a criação de um banheiro exclusivo a transgêneros, também constituiriam medidas de segregação, incompatíveis com o respeito ao direito à igualdade e à não discriminação. O uso de um banheiro exclusivo ou em separado contribuiria, na realidade, à atribuição de um rótulo discriminatório e ao enfraquecimento do próprio senso de inclusão no seio comunitário.

Tal ponto foi bem percebido por Roger Raupp Rios e Alice Hertzog Resadori:

Banheiros neutros do ponto de vista de gênero somente para transexuais ou banheiros indicados expressamente e exclusivamente para transgêneros, sem a possibilidade de transexuais femininas adentrem em banheiros femininos, criam uma terceira e estigmatizada classe de usuários, o que viola a dignidade humana das usuárias transexuais e configura discriminação inconstitucional. Ao mesmo tempo, desrespeita a identidade de gênero feminina das pessoas

¹⁸ No despacho de encaminhamento doc. SEI nº 23857664, a Subsecretaria de Gestão de Ensino informou à Superintendência de Gestão das Regionais Pedagógicas – SUPGE que a “Diretoria Regional Pedagógica sempre pontuou que, nesses casos, seja disponibilizado o banheiro de acessibilidade; o que não foi aceito pela aluna, que pede, através de carta de próprio punho, solicitação para usar o banheiro feminino”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

transexuais e anuncia uma estranha e exótica categoria, desviada da “normalidade” de gênero.¹⁹

Embora a indicação da medida específica a ser adotada pela Administração Pública extrapole as atribuições desta Procuradoria, sublinhe-se algumas alternativas mencionadas no Parecer CASB Nº1/SETRANS/ASJURTRANSPORTES/2020:

Dois banheiros separados por gênero, com liberdade de utilização sem discriminação por identidade de gênero; instalações de banheiros de utilização individual, acessíveis a todos, sem distinção de sexo ou identidade de gênero; instalação de um único banheiro, de utilização coletiva e universal, com cabines individuais internas sem distinções.²⁰

Como um terceiro fundamento constitucional a viabilizar o uso do banheiro escolar feminino pela aluna trans, menciona-se o art. 3º, inciso IV da Constituição Federal, que consagra como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação. Segundo Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

Da natureza não taxativa do dispositivo resta inequívoca a proibição à discriminação com base na orientação sexual de cada indivíduo já recomendada pelo princípio da solidariedade social que se opõe, por definição a toda forma de intolerância e preconceito. Não se pode dizer, contudo, que a proibição constitucional à discriminação resulte, por si só, em uma efetiva tutela de grupos sexuais minoritários no Brasil.²¹

Outro fundamento constitucional é o princípio democrático, previsto no art. 1º, caput da CF, e a atuação do Estado na proteção das minorias. O papel do Estado em uma democracia deve ser o de assegurar a máxima igualdade entre as pessoas e o

¹⁹ RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos Humanos, Transexualidade e 'Direito dos Banheiros'. In: Direito & Práxis, V. 06, N. 12, Rio de Janeiro, 2015, p. 196-227, p. 217.

²⁰ São exemplos dessas alternativas as indicadas por entidades da sociedade civil defensoras de direitos humanos e reunidas pela Human Rights Campaign. Disponível em: <https://www.hrc.org/resources/restroom-access-for-transgender-employees>.

²¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no Direito Civil Brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 10, abr-jun 2002, p. 147



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

exercício da liberdade de manifestação, de forma a permitir um tratamento entre os indivíduos com igual respeito e consideração.

A democracia apresenta não apenas uma dimensão formal de governo da maioria, mas tem também uma dimensão substantiva, que envolve a proteção dos direitos fundamentais de todos, inclusive e sobretudo das minorias. Nas palavras de Luiz Alberto David Araújo:

Conviver com a opção sexual do transexual, permitir a busca de sua felicidade, é também revelar o grau de democracia da sociedade, já que essa felicidade dependerá da identificação do sexo psicológico com o biológico. Os valores morais, que dominam a sociedade, permitirão o convívio com o bem-viver do indivíduo transexual? Com a resposta, chegaremos ao grau de democracia existente em nossa realidade jurídica.²²

Por fim, também é fundamento constitucional o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, segundo o qual “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

A identidade e a expressão de gênero de uma pessoa constituem componentes fundamentais de sua vida privada, o desenvolvimento da sua identidade e de seu plano de vida, incluindo sua personalidade e as relações com outros seres humanos.

Nesse sentido, o Estado deve abster-se de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a sua neutralidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, o constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino, em sua obra *Ética e Direitos Humanos*, ao discorrer acerca do princípio da autonomia da pessoa, assim dispõe:

²² ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 8.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

*Sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e da adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução.*²³

Vale destacar que os temas ligados à intimidade não estão necessariamente vinculados à ideia de sigilo, mas a algo muito mais complexo, que requer proteção em razão de escolhas de vida contra o controle estatal e estigmatização social. A vida privada não deve ser considerada tão somente como algo dado, mas sim como algo diretamente construído pela pessoa interessada, resultado de uma interação entre o que é privado e a sociedade.²⁴

Dos dispositivos acima mencionados, o que se percebe, portanto, é que o ordenamento constitucional brasileiro oferece um arcabouço que assegura ao transexual o exercício pleno de sua identidade de gênero, devendo o Estado brasileiro garantir o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos e a máxima igualdade entre as pessoas. Essa constatação, por si só, fundamenta o direito de aluna transexual de utilizar o banheiro do gênero com o qual se identifica em unidade escolar por ela frequentada.

II.2 – A aplicação de normas de direito internacional

Tal como mencionado em precedente desta Procuradoria Geral do Estado (Parecer CASB N°1/SETRANS/ASJURTRANSPORTES/2020), há uma série de atos normativos de direito internacional atinentes à temática da identidade de gênero e ao respeito aos direitos de pessoas transgênero:

²³ Livre tradução de: NINO. Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundametación*. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 1989

²⁴ RODOTÀ, Stefano. General Presentation of Problems related to Transsexualism. In: *Transsexualism, Medicine and Law: Proceedings of the XXIIIrd Colloquy on European Law*. Strasbourg: Concil of Europe Publishing, 1995. p. 22-23



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

O respeito pela identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher assegurada no art. 5º, I, da Constituição, no art. 1º, primeira parte, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual o Brasil aderiu, no art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e no art. 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, sendo certo que esses dois últimos documentos foram ratificados pela República Federativa do Brasil. Vale destacar, ainda, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, que foi assinada, apesar de ainda não ratificada, pelo Brasil. O documento estabelece definições de discriminação sublinhando o compromisso dos Estados parte de prevenir, eliminar, proibir e punir, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância (art. 4º).

Em junho de 2011, durante a 17ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, foi aprovada a Resolução 17/19, intitulada "Human rights, sexual orientation and gender identity". A Resolução contou com a atuação do Brasil, que a apresentou em plenário e participou ativamente de sua negociação.

Nesse tema também incidem os Princípios de Yogyakarta que tratam da isonomia e especificamente da não discriminação por motivações de gênero.

Suas normas jurídicas internacionais são vetores interpretativos, devendo ser observadas por todos os Estados, de modo que a integralidade desse documento incide no caso concreto. Veja-se o que dispõe a introdução desse documento:

Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios de Yogyakarta são normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. (...)

Como atesta a introdução aos Princípios de Yogyakarta, o policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.

O presente caso reflete essa realidade, pois o impedimento das usuárias de utilizar o banheiro público feminino configura exemplo do policiamento da sexualidade como forma de persistente violência de gênero. Isso porque, impedir que alguém que se sente mulher e se identifica como tal de usar o banheiro feminino é uma forma de violência.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Em razão da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º²⁵, e do princípio previsto no inciso II do art. 4º²⁶, que rege as relações internacionais da República, ambos da Constituição Federal, não se pode descurar das mais variadas obrigações a que o Brasil se vinculou na esfera internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos.

Esse entendimento fora frisado no voto do Ministro Edson Fachin no Recurso Extraordinário 845.779/SC²⁷ (Tema 778 de RG), ainda pendente de julgamento, que trata do uso de banheiro feminino por transexual em shopping center:

As cláusulas constitucionais, à luz do próprio princípio da maior eficácia aos direitos fundamentais, se veem robustecidas em sua especificidade, à luz do direito internacional, o que inclusive dá concretude à compreensão há muito afirmada em sede doutrinária de sua universalidade.

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 2º, 1, e 26), abaixo transcritos:

"ARTIGO 2º 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de

²⁵ “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²⁶ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos;”

²⁷ “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. J. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas -, bem como por não se tratar de caso isolado.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

ARTIGO 26 Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação"

Dessa forma, o dispositivo necessariamente abarca as mulheres e os homens transexuais. É necessário, ainda nessa toada, perquirir pela noção de identidade de gênero a fim de se poder compreender a questão em sua plenitude.

Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.²⁸

Assim, os fundamentos constitucionais mencionados no tópico anterior necessariamente dialogam com as normas internacionais relacionadas à proibição de qualquer forma de discriminação, à garantia a todas as pessoas de proteção igual e eficaz e à noção de identidade e/ou expressão de gênero, todos direitos constitutivos da dignidade humana, de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans.

II.3 – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal julgou diversos casos que possuem a temática da identidade de gênero, reconhecendo que se trata de um elemento intrínseco à dignidade da pessoa humana.

O julgamento conjunto da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ²⁹, embora não tenha enfrentado diretamente questões relativas aos transgêneros, assume relevância, uma vez

²⁸ Voto do Ministro Edson Fachin disponível em <<https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/RE-845779-%20Voto%20Min%20Edson%20Fachin.pdf>>.

²⁹ “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

que naquela ocasião o STF reforçou a vedação de quaisquer diferenciação com base “*na origem, no gênero e na cor da pele*” e reconheceu a existência no ordenamento brasileiro do chamado “*direito à busca da felicidade*”, como postulado decorrente diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, equiparando, para todos os fins, as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas.

DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. ” (ADPF 132, Relator (a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, public. em 14-10-2011)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

A busca pela plena felicidade individual, na linha dos votos dos Ministros, seria um elemento materializador da autonomia individual da dignidade³⁰, postulado constitucional implícito que, nas palavras do Ministro Celso de Mello na ADI 4277/DF:

Decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

No julgamento da ADI 4275/DF³¹, por sua vez, o Supremo Tribunal Federal reconheceu às pessoas trans o direito de alteração do registro civil sem necessidade de cirurgia de transgenitalização. Isto é, o STF entendeu que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil sem se exigir, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como pela via administrativa.

³⁰ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

³¹ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.” (ADI 4275, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, public. em 07-03-2019)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

As premissas, a base constitucional e a fundamentação mencionados pelo Ministro Relator do referido julgado, Ministro Edson Fachin, são plenamente aplicáveis ao caso objeto desta consulta, razão pela qual se destaca trecho do seu voto, *in verbis*:

1.1. Premissas

Primeira: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.

Segunda: A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.

Terceira: 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.

1.2. Base constitucional: o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da CRFB); e base convencional (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito ao nome (artigo 18 do Pacto de São José da Costa Rica); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3 do Pacto); o direito à liberdade pessoal (artigo 7.1 do Pacto); e o direito à honra e à dignidade (artigo 11.2 do Pacto). (...)

Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, “o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação”, como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas”.

Por fim, ressalta-se o julgamento conjunto da ADO 26/DF³² e do MI 4733/DF³³, em que o STF equiparou os crimes de homofobia e transfobia ao crime de racismo. Em

³² “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) (...) O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. (...) DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. (...)” (ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, public. em 06-10-2020)

³³ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

seu voto condutor, o Ministro Celso de Mello, Relator da ADO 26/DF, enfatizou a questão da ideologia de gênero como dimensão da personalidade do ser humano

É preciso enfatizar, neste ponto, que o gênero e a orientação sexual constituem elementos essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana, integrando uma das mais íntimas e profundas dimensões de sua personalidade, consoante expressiva advertência de autorizado magistério doutrinário (MARIA BERENICE DIAS, “Homoafetividade e Direitos LGBTI”, p. 123/125, item n. 7.3, 7ª ed., 2016, RT; VIVIANE GIRARDI, “Direito Fundamental à Própria Sexualidade”, “in ” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, coordenado por Maria Berenice Dias, p. 366/370, 2017, RT; RODRIGO BERNARDES DIAS, “Estado, Sexo e Direito”, pág. 59/69, item n. 1.7.2, 2015, SRS; GIOVANNA BIANCA TREVIZANI, “Meu Corpo, Minhas Regras: A Transexualidade sob a Luz do Direito Constitucional e as Lacunas no Estado Democrático de Direito”, “in” “Homotransfobia e Direito Sexuais – Debates e Embates Contemporâneos”, p. 98/100, 2018, Autêntica, v.g.).

Não obstante as questões de gênero envolvam , inegavelmente, aspectos fundamentais relacionados à liberdade existencial e à dignidade humana , ainda assim integrantes da comunidade LGBT acham-se expostos, por ausência de adequada proteção estatal, especialmente em razão da controvérsia gerada pela denominada “ideologia de gênero”, a ações de caráter segregacionista, impregnadas de inequívoca coloração homofóbica, que visam a limitar, quando não a suprimir, prerrogativas essenciais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, entre outros, culminando, até mesmo, em algumas situações, por tratá-los, absurdamente, a despeito de sua inalienável condição de pessoas investidas de dignidade e de direitos, como indivíduos destituídos de respeito e consideração, degradados ao nível de quem sequer tem direito a ter direitos, posto que se lhes nega, mediante discursos autoritários e excludentes, o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência.

(...)

Essa visão de mundo, Senhores Ministros, fundada na ideia , artificialmente construída, de que as diferenças biológicas entre o homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais (“meninos vestem azul e meninas vestem rosa ”), impõe, notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT, uma inaceitável restrição às suas liberdades fundamentais, submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo, incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam uma sociedade democrática, impondo-lhes , ainda , a observância de valores que,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

além de conflitarem com sua própria vocação afetiva, conduzem à frustração de seus projetos pessoais de vida.

(...)

A liberdade e a autenticidade de cada ser humano constituem valores revestidos de inquestionável essencialidade, a revelar que o indivíduo, sendo futor de seu próprio destino, deve conduzir a sua vida segundo suas escolhas fundadas em valores por ele aceitos e aos quais ele voluntariamente se submete no exercício de sua liberdade pessoal e na prática efetiva de sua capacidade de autodeterminação.

(...)

Esse mesmo entendimento veio a ser acolhido em procedimento consultivo instaurado por iniciativa da República da Costa Rica (Parecer Consultivo OC-24/2017), em cujo âmbito a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar as cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica, formalmente incorporado ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto nº 678/1992), reafirmou, na linha de diversos outros instrumentos convencionais adotados no âmbito do sistema global de direitos humanos, a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade.

Assim, o que se percebe é que Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, veio a assinalar que o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual qualifica-se como direito fundamental de qualquer pessoa, impregnado de natureza constitucional, e que traduz, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos.

Não por outro motivo, foi reconhecida repercussão geral do Recurso Extraordinário 845.779/SC³⁴, ainda pendente de julgamento, tendo o STF reputado se tratar de questão constitucional “*saber se uma pessoa pode ou não ser tratada*

³⁴ “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. J. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias uma das missões precípuas das Cortes Constitucionais contemporâneas -, bem como por não se tratar de caso isolado.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade”. O caso objeto deste RE envolve o uso de banheiro feminino por transexual em shopping center.

Os autos encontram-se conclusos ao Ministro Luiz Fux desde 08/01/2020, com pedido de vista, após os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso (Relator)³⁵ e Edson Fachin³⁶, que acompanhou o Relator, dando provimento ao recurso. O Ministro Relator propôs a seguinte ementa e tese:

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

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

2. A igualdade, enquanto “política de reconhecimento”, visa a proteger grupos que possuam menor estima e prestígio social, em razão de padrões culturais enraizados que os inferiorizam, como é o caso dos transexuais. O tratamento social em conformidade com a sua identidade de gênero consiste em medida necessária ao reconhecimento dos transexuais e, assim, à tutela do seu direito à igual consideração e respeito, corolário natural do princípio da dignidade em sua dimensão de atribuição de valor intrínseco a todo e qualquer ser humano.

3. Solução diversa implicaria, ainda, gravíssima restrição à liberdade individual, porque impediria os transexuais de desenvolverem plenamente a sua personalidade, vivendo de acordo com a sua identidade de gênero. A violação à liberdade, no caso, afetaria escolhas existenciais, relacionando-se, assim, também à dignidade humana, mas, agora, na vertente da autonomia.

4. É possível que a convivência social e a aceitação (ou respeito) de identidades de gênero que fogem ao padrão culturalmente estabelecido gerem estranheza e até constrangimento em grande parte das pessoas. Afinal, trata-se de uma realidade que passou a ser abertamente exposta e debatida há relativamente pouco tempo.

³⁵ Anotações para o voto do Ministro Relator disponíveis em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/art20151119-06.pdf>>.

³⁶ Voto do Ministro Edson Fachin disponível em <<https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/RE-845779-%20Voto%20Min%20Edson%20Fachin.pdf>>.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

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

5. Provimento do recurso extraordinário para a reforma do acórdão recorrido e consequente manutenção da sentença. Afirmação, em sede de repercussão geral, da seguinte tese: “Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público”. 6. Provimento do recurso extraordinário.

Diante dos fundamentos jurídicos elencados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos julgados até o momento envolvendo identidade de gênero, percebe-se a relevância conferida à proteção da autodeterminação do grupo de pessoas transgênero. É essa a linha também adotada na presente consulta, levando à conclusão que cada pessoa deve ser livre para escolher, com base em sua identidade de gênero, o banheiro que irá utilizar.

III – Conclusão

Diante do exposto, é possível sintetizar as conclusões deste parecer nos seguintes enunciados objetivos:

1. Transgênero é um conceito que abarca o grupo diversificado de pessoas que não se identificam, em graus diferentes, com comportamentos ou papéis esperados do gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento. Os transexuais estão incluídos neste grupo, constituindo pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo.

2. Do ponto de vista jurídico-constitucional, são fundamentos que justificam o uso de banheiro feminino por aluna transgênero: art. 1º, caput e inciso III (princípio democrático e da dignidade da pessoa humana); art. 5º, caput (direito à igualdade); art. 3º, inciso IV (objetivo fundamental da República



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

de promoção do bem de todos); e art. 5º, inciso X (proteção da intimidade e da vida privada), todos da Constituição Federal.

3. O papel do Estado em uma democracia deve ser o de assegurar a máxima igualdade entre as pessoas e o exercício da liberdade de manifestação, de forma a permitir um tratamento entre os indivíduos com igual respeito e consideração.

4. Impedir alguém de utilizar o banheiro que está de acordo com a sua identidade de gênero não significa apenas impedir o acesso a um local, mas impedir, ainda que indiretamente, de ser o que é, de ser reconhecida como o que é e de gozar do direito básico de todo ser humano de fazer uso de um banheiro do gênero a que pertence.

5. Tem o Estado o dever de fornecer as condições necessárias para a realização do direito fundamental do transgênero ao reconhecimento de sua identidade e de sua personalidade, como manifestação primária da dignidade da pessoa humana e do tratamento igualitário dos indivíduos.

6. O uso de um banheiro exclusivo ou em separado pela aluna trans contribuiria à atribuição de um rótulo discriminatório e ao enfraquecimento do próprio senso de inclusão no seio comunitário.

7. A identidade e a expressão de gênero de uma pessoa constituem componentes fundamentais de sua vida privada, o desenvolvimento da sua identidade e de seu plano de vida, incluindo sua personalidade e as relações com outros seres humanos. Deve o Estado se abster de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a sua neutralidade.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

8. Os fundamentos constitucionais necessariamente dialogam com as normas internacionais relacionadas à proibição de qualquer forma de discriminação, à garantia a todas as pessoas de proteção igual e eficaz e à noção de identidade e/ou expressão de gênero, todos direitos constitutivos da dignidade humana, de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans.

9. Os precedentes do STF (ADI 4277/DF, ADPF 132/RJ, ADI 4275/DF, ADO 26/DF e MI 4733/DF) revelam o reconhecimento pela Suprema Corte de que a identidade de gênero se trata de um elemento intrínseco à dignidade da pessoa humana. O STF reconheceu repercussão geral do Recurso Extraordinário 845.779/SC, ainda pendente de julgamento, que envolve o uso de banheiro feminino por transexual em shopping center.

Concorda-se, assim, com as conclusões apontadas no PARECER N° 02/2021/SEEDUC/ASSJUR – LJA (doc. SEI n° 2659466) e no Parecer CASB N°1/SETRANS/ASJURTRANSPORTES/2020 (proferido no bojo do Processo Administrativo n° E-10/004.000169/2018), entendendo-se que o Estado deve respeitar e possibilitar a utilização dos sanitários localizados nas unidades escolares de sua Rede Pública de acordo com a identidade de gênero dos alunos, devendo o pedido efetuado pela aluna transgênero ser deferido.

Sugere-se, por fim, seja a área técnica competente instada a atuar para criar mecanismos junto às respectivas direções para orientar e conscientizar a comunidade escolar como um todo, no sentido de melhor compreender a medida a ser adotada, bem como a respeitar os direitos e interesses dessa aluna e dos demais alunos em situação semelhante.

É o parecer.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Rio de Janeiro, 07 de fevereiro de 2022.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Gustavo Binimbojm', written over a vertical line that extends from the signature down to the typed name below.

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado do Rio de Janeiro