

Banheiros, danos morais e comunidade trans: Uma análise a partir do RE 845.779/SC

Toilets, moral damages and trans community: An analysis based on RE 845.779/SC

Caio Hoffmann Cardoso Zanon¹

Apoena das Chagas Mendonça²

Gysella Motta Renault³

Vinícius Antônio Toscano Simões Nabak⁴

Resumo

O objetivo deste trabalho foi o exame da leitura conceitual de danos morais e transexualidade pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto o RE 845.779/SC. Para tanto, foi exposta a metodologia do estudo de caso e foram aprofundadas as noções de danos morais e de transexualidade, esta última por leituras de fora do campo jurídico, inclusive. Por fim, observa-se a necessidade da jurisdição em lidar com as demandas da diversidade sexual e formas de superação desses entraves.

Palavras-chave: Danos morais. Transexuais. Banheiros. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The objective of this work was the analysis of the conceptual reading of moral damages and transsexuality by the Supreme Federal Court, in which the object is the Extraordinary Resource 845.779/SC. For this purpose, the methodology of case study was exposed and the notions of moral damages and transsexuality were detailed, the last one with the help of texts that don't belong to the legal field. Finally, the need of a course of action by the jurisdiction aiming to deal with the demands concerning sexual diversity and to find out how to solve the difficulties those demands imply is shown.

Keywords: Moral damages. Transsexual. Toilets. Supremo Tribunal Federal.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: caiohoffmann@ymail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: apoena63@gmail.com.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: gysa_renault@hotmail.com.

⁴ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: viniciusnabak@gmail.com.

Introdução

Este trabalho tem por objetivo o exame da determinação do instituto de dano moral nas pretensões levantadas por pessoas trans, na observância da marginalização social e o reconhecimento jurídico. Para tanto, o método de estudo de caso foi empregado para analisar como ocorre essa aplicação no principal espaço da jurisdição no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. As justificativas e explicações sobre esse recorte e o método utilizado são desenvolvidas no próximo tópico.

Em seguida, com o esclarecimento de *como* o trabalho será, o terceiro tópico teve-se a explicar o caso selecionado e a configuração do dano moral, apontando as decisões até então proferidas. O conceito-chave dessa discussão, o dano moral, é exclusiva e detalhadamente aprofundado no tópico de número quatro, que retoma as visões da doutrina e os reflexos do instituto.

A transexualidade é o foco do quinto tópico, que contextualiza o conceito na sua recepção pelo Direito e promove também uma análise sobre o cenário do caso, o banheiro, com o exame político desse espaço. Por fim, todos os apontamentos feitos são reunidos criticamente frente ao RE 845.779/SC, delineando a consistência de seus fundamentos e pretensões, para ensejar as conclusões finais da pesquisa.

1 - Contornos temático-metodológicos

O estudo a ser desenvolvido pretende examinar o uso do instituto de danos morais pelo Supremo Tribunal Federal na problemática do acesso aos banheiros por pessoas trans. Trata-se, portanto, de uma premissa específica – determinado conceito em relação a certo grupo aplicado por um órgão – mas que não deixa de ter uma generalidade. Por essas particularidades, uma premissa específica composta por elementos genéricos, o método indutivo por estudo de caso se mostra como mais compatível, afinal, “permite a exploração e compreensão de assuntos complexos” (ZAINAL, 2007, tradução livre).

O método é um conjunto de procedimentos que possibilita conhecer um fato ou produzir algo, material ou não. Por sua vez, o método de estudo de caso pode ser conceituado como a reunião desses procedimentos aplicados analiticamente num caso determinado, seja um fenômeno da natureza ou da sociedade. Essa metodologia é proveitosa pois, conforme Robert E. Stake (1978), está epistemologicamente em harmonia com a experiência dos envolvidos,

constituindo nessas pessoas uma “base natural para generalização” (STAKE, 1978, tradução livre).

Considerado uma abordagem qualitativa, pela lição de Stake, o método de estudo de caso deve incluir: i) a *natureza da experiência*, o aspecto mais interessante e controverso para o professor de Illinois, uma vez que a fundamentação se dá na relação entre a profundidade e o tipo de experiência vivida; ii) o *conhecimento que se pretende alcançar*, requisito em que reside a diferença entre compreensão e explicação, sendo que o método de estudo de caso é vantajoso para compreender, ou seja, ampliar o fato; e iii) a *possibilidade de generalização a partir do método de estudo de caso*, com as divergências e convergências na observação do episódio empírico sob a teoria, tende-se a resultados gerais que, pelo método, podem universalizar-se. Contudo, é necessário esclarecer também o que é esse elemento abstrato que especifica tal método, o caso, não entendido como recorte espaço-temporal da ocorrência de determinado tema, mas “um fenômeno de certa natureza ocorrendo num dado contexto” (MILES, HUBERMAN, 1994, tradução livre), resumidamente: uma unidade de análise contextualizada. É comportável nesse formato o estudo de um único caso ou de múltiplos, porém aqui há a análise centralizada em apenas um, sem ignorar a relevância de outros na jurisprudência brasileira e de outros países.

Após os esclarecimentos sobre *como* o estudo será desenvolvido, passa-se à questão temática. Há dois componentes estruturais, danos morais e pessoas trans, os quais não são da mesma matéria: o primeiro faz parte da abstratividade jurídica e o outro é sujeito concreto de recente consideração – afirmando desde já que se coloca a pessoa trans enquanto agente, não como manifestação; em outras palavras, a ênfase está sobre a realidade da pessoa trans, não o conceito de trans, sem, obviamente, desconsidera-lo na discussão. Teórico e geral por si mesmo, o instituto de dano moral vem se banalizando pela ampla demanda nas ações judiciais (apenas no Superior Tribunal de Justiça; em 2000, eram 1.421 recursos relacionados; em 2010, o número é 10.018 recursos), enquanto a transexualidade vem sendo cada vez mais especificada e difundida, mas ainda distante do devido tratamento pelo Direito.

Para unir conceitos tão desafiantes, um pelo *que é* e outro pelo *que não é*, encontra-se no principal órgão jurisdicional do Brasil a oportunidade de ter essa análise no aspecto jurídico. Essa oportunidade, que metodologicamente reflete-se na escolha do caso, se dá no Recurso Extraordinário n. 845.779/SC, caso que uma mulher trans demanda indenização por danos morais contra uma pessoa jurídica, diferente do Recurso Extraordinário n. 670.422/RS, também levantado por uma pessoa trans e na esfera do direito privado, mas unilateral, exigindo a retificação documental; e da Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental n. 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, ambos relativos a projetos de lei antidiscriminatórios no escopo estadual/distrital, ou seja, debates muito restritos à legalidade.

Com o tema esclarecido e seu meio explicado, define-se, portanto, o recorte que esse artigo se propõe a investigar para o conhecimento jurídico. Tem-se por bases bibliográficas não apenas a literatura doutrinária ou informativos da jurisprudência, mas, como bem demonstra e necessita o objeto, referenciais de outras áreas também são utilizados, tangenciando desde assuntos da biologia até arranjos sociais.

2 - Caso, repercussão e votos

O Recurso Extraordinário 845.779/SC foi interposto ao Supremo Tribunal Federal com a reclamação por danos morais de uma transexual impedida de utilizar o banheiro feminino num shopping center. Por maioria, a repercussão geral do tema foi reconhecida, pois “envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos de personalidade” (BRASIL, 2014b).

O agravo foi levantado pela requerente, que afirma ter sido refreada por uma funcionária do ente requerido ao utilizar o banheiro do gênero pelo qual se identifica, sob o argumento de que sua presença constrangia outras mulheres presentes. Narra-se que, ao ser impedida de utilizar o banheiro e demasiadamente nervosa, a requerente não foi capaz de controlar suas necessidades, defecando na própria roupa sob o olhar de pessoas que passavam pelo local. Também conta que, após o acontecimento, teve que utilizar o transporte coletivo para retornar a sua residência, constrangendo-se ainda mais.

A sentença de primeira instância acolheu o pedido por danos morais e estimou um valor de quinze mil reais a ser pago à autora. O anteriormente recorrido decidiu por recorrer da decisão e, desta vez, o dano moral foi julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). Segundo a sentença proferida pelo órgão, no caso em questão não haveria dano indenizável, uma vez que o fato teria gerado um simples aborrecimento e, assim sendo, não se constituiu a lesão do direito de personalidade da ofendida.

O caso chegou ao STF e foi convertido em recurso extraordinário, sendo reconhecida sua repercussão geral por se tratar de tema ligado à dignidade da pessoa humana e direito fundamental de minorias. A análise da matéria ainda não foi concluída pelo Supremo, tendo sido proferidos, somente, os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

O relator do processo, o Ministro Luís Roberto Barroso, afirma no início de suas considerações que a igualdade é formada por três dimensões, a saber: a formal, a material e a do reconhecimento. Essa última, a igualdade como reconhecimento, é destacada pelo Ministro porque diz respeito à dimensão em que se reconhece a diversidade entre as identidades dos indivíduos, buscando-se resguardar o “diferente”, para que ele não seja desprezado e inferiorizado pelo modelo social da maioria, mas aceito e respeitado por e através da sua diferença.

O Ministro Luís Roberto Barroso aponta números e estimativas que ajudam a comprovar o alto grau de marginalização e estigmatização da comunidade trans no Brasil, abordando casos específicos, que vieram a público, de crianças que foram assassinadas por familiares discordantes de sua identificação de gênero e abordando a dificuldade de inserção no mercado formal de trabalho. Dessa forma, o Ministro delineou alguns problemas enfrentados por essas pessoas em razão do preconceito.

O relator condiciona o seu voto a três fundamentos jurídicos, pelos quais justifica conferir às pessoas trans o direito de serem tratadas socialmente de acordo com sua identidade de gênero, sendo eles: o direito à igualdade, o direito à autonomia e o princípio democrático. O primeiro direito, relativo à igualdade, se fundamenta na noção de que todos os indivíduos possuem igual valor intrínseco e por isso merecem igual respeito. Como já abordado acima, uma das dimensões da igualdade se encontra, justamente, em combater práticas de discriminação com base na aceitação das diferenças.

O direito à autonomia diz respeito ao direito de ser quem é. O limite existente à autonomia do indivíduo encontra-se na liberdade e nos direitos fundamentais das outras pessoas, criando-se então a necessidade de um juízo de ponderação e proporcionalidade. No presente caso, é indevido dizer que a presença de uma trans feminina no banheiro correspondente causará um desconforto nas outras mulheres presentes que supere aquele sentido pela trans feminina ao ter que utilizar banheiro masculino. E, por último, o princípio democrático envolve a proteção dos direitos fundamentais das minorias, garantindo que a maioria não impere com sua vontade sobre os demais.

Desse modo, o Ministro Luís Roberto Barroso conclui seu voto dando provimento ao recurso extraordinário e pedindo a manutenção da sentença de primeiro grau que reconheceu o dano moral e fixou valor de quinze mil reais. Sobre repercussão geral, o Ministro afirmou a tese de que os transexuais devem ser tratados socialmente de acordo com a sua identificação de gênero, inclusive no acesso aos banheiros públicos.

Acompanhando o voto proferido pelo relator, o Ministro Edson Fachin declara que a indenização deve ser reformulada num valor de cinquenta mil reais. Vale ressaltar que, no entendimento do Ministro, o processo deve ser reatuado para inserir o nome social da requerente como forma de inclusão e respeito.

O Ministro Edson Fachin fundamenta seu voto com reflexões acerca de temas, os quais, direta ou indiretamente, estão conectados com o caso, destacando a repersonalização provocada pelo movimento de constitucionalização do Direito Civil. Com essa tendência, o Direito Privado teve vários de seus institutos ressignificados, entre eles a categoria de sujeito de direito que se atribuiu à pessoa:

Assim, não mais o olhar pode partir tão somente do sujeito formalmente igualizado pelas potenciais relações econômicas a serem travadas no seio do convívio social à luz de sua abstrata capacidade de contratar, mas sim da pessoa, antes obscurecida, sombreada, e agora igualizada em perspectiva material à luz de sua dignidade. (BRASIL, 2015b)

Tem-se assim a busca por uma igualdade material preocupada com a identidade do indivíduo e, à medida que se aceita as diferenças, o Direito vai dialogicamente sendo moldado e compreendido. Desse movimento, a tutela do direito de personalidade funda-se no princípio da dignidade humana, reconhecendo a personalidade como uma manifestação da concretude do sujeito.

O Ministro aponta que um dos motivos abordados para se refutar a utilização do banheiro feminino consiste num desconforto ou insegurança gerada às mulheres cisgêneros, mas rebate que deve ser feito um exercício de alteridade, reconhecendo o Outro. Destaca-se também o esclarecimento do Ministro Edson Fachin sobre a inexigibilidade da cirurgia de readequação genital para o reconhecimento de uma pessoa enquanto trans, visto que o procedimento, quando não realizado em decisão integralmente autônoma da pessoa, consiste em mais uma violação de seus direitos de escolha e integridade - que também ensejariam dano moral. O órgão sexual da pessoa faz parte de seu foro íntimo e, portanto, o que deve ser considerado é a identidade de cada um. Isso posto, conclui-se que deve ser levado em conta aquilo que a pessoa expõe como sua vivência de gênero, independente de sua funcionalidade.

Desde então, o Ministro Edson Fachin enxerga o fim do desconforto das mulheres cisgêneros, pois se torna exigível certo grau de exteriorização do gênero feminino pela mulher trans. Defende, ainda, que através do exercício empático seja percebido o desconforto ainda maior a ser gerado à mulher trans no uso de banheiro masculino não se exteriorizando e se identificando enquanto homem. Por fim, o jurista argumenta contrariamente à criação de um

banheiro neutro, específico para pessoas trans, não consistindo numa solução, mas somente aumentaria o isolamento social dessa minoria.

Após os votos condensadamente expostos, o Ministro Luiz Fux pediu vista dos autos e, até o presente momento, a discussão não foi retomada pelo Supremo. Faz-se importante apontar a necessidade de se criar um parâmetro de decisão para casos semelhantes ao aqui exposto, visto que muitas decisões são proferidas em favor do dano moral, enquanto outras são proferidas em sentido contrário, afirmando não se atingir direito de personalidade, mas sendo configurado como um mero incômodo. Desse modo, é demonstrada a grande necessidade de haver, ao menos, uma linha de entendimento traçada pelo STF.

3 - A prerrogativa de danos morais

Com a criação da Constituição Federal Brasileira de 1988, as questões sociais foram colocadas em relevância. O resguardo aos direitos do indivíduo direcionou todo o ordenamento jurídico com o intuito de proteger um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana pelo art. 1º, inciso III, Constituição Federal Brasileira. A partir dessa nova conjuntura, foram apreciadas normas que tutelam diretamente os direitos individuais, como por exemplo, a instituição do dano moral, que será apresentada neste tópico.

O dano moral, em tese, se dá por uma lesão aos Direitos da Personalidade do sujeito. De acordo com a redação do art. 5º, inciso X, Constituição Federal Brasileira, assim que violada a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas é assegurada pelo ordenamento a indenização, seja por dano material ou dano moral. Além do texto constitucional, o Código Civil de 2002 também apreciou a matéria em questão, na qual está expressa a reparação do dano moral no art. 186 c/c 927.

Porém, na doutrina, exemplarmente nos estudos de Pontes de Miranda e de Adriano De Cupis, é identificado o dano moral como sofrimento do lesado, ou como alguma alteração negativa do estado anímico do indivíduo, caracterizando-o ordinariamente pelo método da exclusão, no qual aquilo que não é dano patrimonial, conclusivamente será dano moral (ANDRADE, 2008). No entanto, essa forma de conceituação não esclarece o real conteúdo do conceito.

Confunde-se dentro dessa doutrina o significado de dano e dor, pois são vistos como sinônimos, sendo que, a rigor, dano é o fato lesivo e dor é a consequência do fato. Esse erro se dá pela identificação de que danos patrimoniais também podem acarretar sofrimento ao lesado

e, por isso, independente do gênero do direito violado, o dano moral caberia a qualquer ofensa.

A diferença observada entre dano moral para dano material, nessa doutrina, é que o dano moral se encontra no detrimento psicológico, no sofrimento do afetado; enquanto o dano material é o prejuízo patrimonial da pessoa (ANDRADE, 2008).

Todavia, tomando como base a doutrina que considera o dano moral como ato lesivo a direito personalíssimo, citada inicialmente, é preciso caracterizar que esse dano não necessariamente tem como consequência grave incômodo no lesado juridicamente. Ou seja, pode haver dano moral trazendo ou não transtornos psicológicos à pessoa. Essa tese é comprovada pelo fato de que pessoas jurídicas podem sofrer danos morais, mesmo que não manifestem vontade humana, conforme a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça.

Se a ocorrência de dano moral não obrigatoriamente vem do sofrimento causado na pessoa, o meio de comprovação desse dano não é presumido naturalmente: a dor que um sofreu também poderia ser sentida por outros na mesma situação. Na verdade, basta que um direito de personalidade seja violado para existir dano moral.

3.1 - Danos morais e o RE 845.799/SC

Analisando a utilização do instituto de dano moral na Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 845.779 de Santa Catarina, é possível perceber a diferença em torno do significado do dano moral dados pela Corte Superior e pelo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Na decisão dada pelo TJSC, só existe dano moral quando é lesado gravemente um direito de personalidade, além de causar obrigatoriamente dor e padecimento íntimo. Essas exigências do dano moral vêm da necessidade de evitar numerosas ações no Judiciário por mero desconforto, já que não é qualquer sensação de desagrado suscetível de indenização (BRASIL, 2014b). Sobre o referido caso, a falta de provas de ações discriminatórias e preconceituosas da funcionária com a recorrente fez com que a indenização fosse negada, pois, para o Tribunal catarinense, a situação trouxe somente mero dissabor do cotidiano para a autora.

Já o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado para indenização por danos morais, fundamentando na violação da dignidade humana. Independente da ação da funcionária não ter sido ríspida, a recorrente passou por uma humilhação na qual foi desrespeitada a sua identidade de gênero.

Vale observar a grande diferença do valor atribuído à indenização pelo dano entre a sentença do primeiro grau e o argumentado pelo Ministro Edson Fachin. A primeira condenou o recorrido ao pagamento de R\$ 15.000 (quinze mil reais) e a segunda a quantia de R\$50.000 (cinquenta mil reais). Para que o valor do dano moral tenha chegado a esses números, foram seguidos alguns critérios válidos, como análise do grau de culpa, do nível socioeconômico das partes e das circunstâncias fáticas, mas o que prevalece é a moderação e a razoabilidade do juiz. Essa razoabilidade é feita de acordo com a visão de mundo de cada julgador e passa a ser um critério muito subjetivo e limitado, estipulando-se que a atribuição mais elevada de uma quantia se dá pela compreensão mais sensível por parte do julgador (ZANETTI, 2010).

3.2 - Danos morais e o dever de obrigação

O dano moral pode decorrer da quebra de uma obrigação, que num sentido amplo atribuído pelo ordenamento jurídico, é usado como sinônimo de dever. Aquele que lesou o direito de outrem tem o dever de fornecer indenização à vítima por causa da responsabilidade civil. Essa responsabilidade propriamente dita é de natureza extranegocial pelo fato de não haver previamente qualquer relação jurídica entre as partes, basta uma ação que viole direitos de pessoa alheia. Por isso, o ato ilícito extranegocial é absoluto, ocorre no momento em que houver violação a um dever genérico de cuidado. A indenização vinda desse descumprimento está prevista no artigo 927, *caput*, do Código Civil Brasileiro de 2002.

Ao aplicar a ideia de responsabilidade extranegocial no julgado analisado, o recorrido tinha o dever, “como vínculo imposto a vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio” (GRAU, 1982), de garantir os direitos individuais, o direito à liberdade de manifestação de personalidade, à afirmação pública. Com o rompimento do dever de cuidado, a recorrente se tornou legítima ao direito à indenização pelo recorrido com base no dispositivo citado anteriormente.

4 - O que é *ser trans* e os dilemas jurídicos

A definição de transexualidade e todo seu debate são muito atuais na historiografia acadêmica, sendo imprescindível explicitar os conceitos de gênero e sexo. Tais compreensões, ainda que não tenham surgido em discussão tão recente como a transexualidade, não deixam de ser muito novas, tendo uma concentração quase total no século passado, notoriamente “O Segundo Sexo”, publicado por Simone de Beauvoir em 1949; “História da Sexualidade”, por

Michel Foucault em 1976; e “Gender Trouble”, de Judith Butler no ano de 1990 – sem desconsiderar as iniciativas de tempos anteriores, como Mary Wollstonecraft, no século XVIII, e Cristina de Pizan, três séculos antes.

Pelo entendimento majoritário, pode-se conceituar sexo, aos nossos moldes culturais, como a designação *a priori* do gênero a partir de um exame meramente anatômico no ato de nascer, isto é, a observação das genitálias: se pênis, pessoa do sexo masculino; se vagina, pessoa do sexo feminino. A sexualidade, por sua vez, seria o *modus* que ocorre a relação sexual, ganhando uma leitura contemporânea de *afetividade* e se atribuindo uma *orientação*, indicativos da diferente consideração existente nas modalidades de relacionamento e do foco dessa caracterização, respectivamente. Por último, o gênero é a apreciação social desse sujeito enquanto agente sexuado e orientado relacionalmente, isto é, como essa pessoa designada pelo seu corpo é e será subjetivada naquela sociedade e por seus quadros de relações afetivas. Com maior precisão, diz-se que o sexo se pretende *ontológico*, apontando objetivamente aquilo que o ser é; a sexualidade colocada como *pragmática*, especialmente pelo papel da procriação humana⁵ e a manutenção do patrimônio nos arranjos sociais do Ocidente; e o gênero como um *fenômeno*, a manifestação daquilo que é.

Sabidas essas noções, observa-se:

“Não há corpos livres, anteriores aos investimentos discursivos. A materialidade do corpo deve ser analisada como efeito de um poder e o sexo não é aquilo que alguém tem ou uma descrição estática. **O sexo é uma das normas pelas quais o “alguém” se torna viável**, que qualifica um corpo para a vida no interior do domínio da inteligibilidade. **Há uma amarração, uma costura, ditada pelas normas, no sentido de que o corpo reflete o sexo, e o gênero só pode ser entendido, só adquire vida, quando referido a essa relação.**” (BENTO, 2012, grifo nosso)

Com a lição de Berenice Bento, tem-se, então, que não apenas o conceito de gênero é uma atribuição social, *mas também* o conceito de sexo. Não é por se tratar de uma compreensão formulada e abstraída que algo deve ser visto como dado, pelo contrário, deve ser interpretado como *construído*. Essas enunciações são normativas, pois ditam, e por isso são deônticas, porque partem do fático para, então, ditar, num desenvolvimento que podemos descrever, pelas palavras de Bento, como “investimentos discursivos” (*supra*). Toda essa socialização tacitamente funcional ocorre, ainda na visão bentoniana, de forma referencial, ou seja, nada é colocado para compreensão por si mesmo, mas em relação a algo, o que fica evidente na acepção de sexo (masculino/feminino) e de gênero (homem/mulher), enquanto “a

⁵Ver STRATHERN, Marilyn. Necessidade de pais, necessidade de mães. *Novos Estudos Feministas*: Florianópolis, 2º semestre, ano 3, n. 2, 1995, pp. 303-330. Observando o caso da Síndrome do Nascimento Virgem, o episódio em que várias mulheres britânicas que nunca tiveram nem desejavam ter relações sexuais iam em busca da fertilização *in vitro*, a antropóloga analisa “a ideia de parentesco euroamericana” em relação ao conceito de gênero.

heterossexualidade daria unidade às diferenças binárias” (BENTO, 2012). Devido a essa lógica⁶, corpo e gênero são processados numa aparência de ahistoricidade e ausentes de conteúdo político.

Após a elucidação da dinâmica posta é que se entende a polêmica sobre *transexuais*, e é importante notar que a repercussão não se dá pela existência da transexualidade, mas por sua manifestação e conseqüente demanda de direitos. A inconformidade existencial daquele sujeito frente ao posicionamento que o designaram pelo seu corpo, ou seja, a transexualidade, por não corresponder a esse nexos determinístico, é tida uma ameaça à estabilidade e até à formação das estruturas sociais – não se pode esquecer que a reprodução e a sexualização são práticas extremamente naturalizadas e interiorizadas, fundamentando funções basilares na sociedade, desde microinstâncias, como as diferentes expectativas entre a mãe e o pai no mesmo objetivo que é a família, até macroespaços, a se ver na divisão do trabalho. Por esse aspecto confrontador ao *sexo*, a referência que imputa “a um estatuto e a uma função” (BORRILLO, BARBOZA, 2016), a transexualidade e outras caracterizações e manifestações são alvos da violência física e/ou simbólica, motivo o qual, segundo a socióloga, as mantém “nas margens do considerado humanamente normal” (BENTO, 2012).

O alocamento dos sujeitos e sua derivada estigmatização ocorrem modernamente pela explicação objetiva, a ciência. O saber científico, que *se pretende* verdadeiro, apenas atualmente passou a reconhecer sua carga ideológica e as limitações técnicas de seu momento histórico, heranças do racionalismo crítico de Karl Popper. A respeito da comunidade trans, as *ciências psi* (psiquiatria, psicologia e psicanálise) por “afirmarem que os sujeitos que vivem as experiências de gênero em desacordo com o estabelecido hegemonicamente sejam portadores de transtornos mentais” (BENTO, 2012). Porém, é inegável a ação do Direito na concretização e realização dessa marginalidade e de todas as outras, pois “o Direito enquanto forma legítima de dominação social não foge dessa doxa de gênero e das sexualidades: muito pelo contrário, o Direito a organiza e a legitima” (BORRILLO, BARBOZA, 2016).

Aos efeitos que a (des)consideração jurídica provoca sobre transexuais e outros grupos sociais, Bento desenvolve a noção de *cidadania precária*, a condição que essas pessoas vivem na conquista de direitos sempre de forma assimilativa, partindo dos moldes padronizados; e

⁶A força desses arranjos é tão grande que se constata nas relações não-heterossexuais, as quais passam, cada vez mais, por adequações “em troca” de aceitação, um fenômeno no qual o Direito exerce papel fundamental, afinal “essa matriz não opera exclusivamente nos marcos de relações heterossexuais, mas dissemina-se. Seu alcance e eficácia estão em pautar e orientar relações não heterossexuais. A binariedade ativo/passivo seria uma das formas dessa matriz se atualizar e manter-se” (BENTO, 2012). A *aceitação por adequação* será abordada nas próximas páginas.

lenta, “na lógica de incluir para continuar excluindo” (BENTO, 2014), numa tutela insuficiente em cobertura e no reconhecimento das particularidades de cada grupo, a gambiarra legal (BENTO, 2014). No presente tema, essa precarização da cidadania é um reflexo de sua identidade abjeta, isto é, a pessoa trans somente é inteligível com os referenciais patologizantes e psicologizantes que a justificam e “a posiciona como transtornada, independentemente das variáveis históricas, culturais, sociais e econômicas” (BENTO, PELÚCIO, 2012). A adjetivação *abjeto* é pelo “sintoma principal” da transexualidade no Código Internacional de Doenças em 1980, quando a pessoa passa a ser *diagnosticada como trans* pela relação de *abjeção* com suas genitálias – um pressuposto bastante questionável, uma vez que a transexualidade se refere à autoidentificação com um gênero, não à orientação sexual dessa mesma pessoa. Entendida enquanto distúrbio, a transexualidade passa a adquirir direitos, os quais no Brasil são, exemplarmente, a cirurgia de readequação genital pelo Sistema Único de Saúde e a retificação do nome e do gênero nos documentos.

Faz-se necessário notar que a realização dos direitos relativos às necessidades trans tem protocolos tácitos, muitas vezes vexatórios. Há estudo etnográfico sobre o acompanhamento de sujeitos trans nesses procedimentos, em que ficam claros os impeditivos burocráticos e o despreparo profissional (TEIXEIRA, 2012), mas também a perene necessidade comprovação clínica, uma “falácia da cientificidade do diagnóstico de gênero” (BENTO, PELÚCIO, 2012), já que a inexistência de teste preciso de diagnóstico é assumida nas convenções médicas. Críticas parecidas também são feitas na Alemanha (BEGER, 2007), para o modelo francês (BORRILLO, BARBOZA, 2016) e sobre o tratamento do tema nos Estados Unidos da América (SCHMIDT, 2013), em que questões como a esterilização obrigatória é aparentemente silenciosa em todas as legislações para o desfrute desses poucos e desgastantes direitos.

4.1 - Por que os banheiros?

No tópico 3, descreve-se o caso levantado pelo RE 845.779/SC, no qual o debate fica em torno do enquadramento ou não de lesão à personalidade da requerente, uma pessoa trans. Contudo, pode passar despercebida a circunstância do caso: o acesso ao banheiro, o uso de um determinado espaço. O episódio não ocorreu por entrada num estabelecimento, num negócio jurídico de compra e venda ou por uma “violência gratuita”, mas pela reação de uma funcionária com a entrada daquela pessoa no banheiro do sexo pelo qual se identifica. Cabe

pensar porque o fato ocorreu em um cenário tão banal e imprescindível, afinal, trata-se do espaço de realização de necessidade biológicas básicas.

O fato é que banheiros públicos são símbolos de lutas e uma prova do quanto uma sociedade é igualitária. Essa é uma observação bastante consolidada, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde a questão do acesso aos banheiros já faz parte da história de movimento sociais como forma de manifestação, visto que “banheiros, enquanto não são o centro de alguma agenda de direitos civis, sempre tem sido uma parte integral da luta por igualdade” (SCHMIDT, 2013, tradução livre).

Em relação à polêmica do acesso aos banheiros por pessoas trans nos EUA, houve uma relevante análise política do uso de banheiros públicos enquanto uma luta por direitos e, sobretudo, um questionamento da ordem social, afinal, “controlar o jeito que as pessoas usam os banheiros, e como as permitem usa-los, é uma prática usada historicamente como uma ferramenta de desumanizar grupos minoritários” (SCHMIDT, 2013, tradução livre). Em uma linha muito semelhante, observa-se que a demanda por banheiros foi das mulheres até os anos 50, na exigência desses locais como direito trabalhista, depois dos negros, questionando a segregação racial de espaços públicos, e, posteriormente, de homossexuais, na década de 1970, e de deficientes físicos, em 1980, apontando no atual reconhecimento da legal sobre essas minorias uma manutenção em detrimento de outros grupos, como a comunidade trans (WEINBERG, 2010).

A luta estadunidense para o pleno acesso aos banheiros por transgêneros vem se dando de maneira individual e negligenciada jurisprudencialmente (MOTTER, 2003). Assim como no Brasil, nos Estados Unidos há um discurso de que permitir a essas pessoas o acesso aos banheiros é uma atitude perigosa, mas “criminosos sexuais, independentemente do sexo, não vão deixar de agir simplesmente porque o símbolo na porta não os permite entrar. Queira ou não, a entrada de um criminoso sexual no banheiro que corresponde ou não ao seu gênero não afeta as chances de cometer uma nova ofensa” (ELKIND, 2007, tradução livre). Outro discurso, que prega uma suposta invasão de privacidade se o acesso aos banheiros públicos for de acordo o gênero de autoidentificação, é um oxímoro pois “o espaço público, por seu intrínseco compartilhamento com outras pessoas, já é um lugar ‘não-privado’ inerentemente” (SCHMIDT, 2013, tradução livre), cabendo apenas a exigência moral de respeito e a proteção legal à integridade.

Portanto, é evidente que a repercussão é devido à forte manutenção das normas de gênero e sexo inscritas nos quadros sociais, operados por esse binarismo referencial que

assimila as manifestações diferentes. O presente debate acaba se perdendo em polêmicas e repercussões que impedem uma análise central dessa normativa:

A regulação legislativa sobre a divisão dos banheiros emerge de uma ideologia na qual as mulheres que ocupam espaços públicos precisam de um espaço salvaguardado. Enquanto a mulher se tornava mais engajada na esfera pública, particularmente com o trabalho assalariado, a justificativa para uma divisão por sexos era a premissa de que a mulher, como ‘mais fraca’, precisava de um espaço próprio. (...) Indiretamente, o contexto ideológico para a separação foi apenas necessário para proteger as ‘esferas’ da ordem social na qual homens e mulheres ocupam diferentes funções e cumprem diferentes necessidades. (WEIDBERG, 2010).

Ou seja, defender a divisão firmada centralmente pelo sexo biológico não é apenas manter um processo de segregação com quem não se identifica com as genitálias que nasceu, mas reforçar papéis socialmente compulsórios na sustentação desse sistema, movido a corpos e produtor de conflitos.

5 - O RE 845.779 quanto ao dano moral e à proteção das pessoas trans

Após fazer um levantamento de alguns casos relacionados à proteção do direito de pessoas trans a usarem o banheiro referente ao gênero com o qual se identificam, Lisa Mottet chega a duas conclusões acerca do modo como os tribunais norte-americanos lidam com casos como esses, as quais acredita deverem ser levadas em conta em tentativas futuras de conseguir igualdade para as pessoas trans. A primeira delas é que os tribunais desconsiderarão a seriedade do assunto e dirão que as reivindicações das requerentes quanto ao uso de banheiros não são importantes ou são levianas. A segunda é que os tribunais talvez não reconheçam que, quando se nega a uma pessoa acesso ao banheiro relativo ao gênero com o qual se identifica, há discriminação. Os juízes, ao contrário, podem “enxergar essas regras discriminatórias como diretrizes referentes a banheiros que são razoáveis, baseando-se em seu entendimento cultural do que diretrizes referentes a banheiros são e do que deveriam ser”. (MOTTET, 2002, tradução livre)

O que se seguirá, feitas as exposições acerca do conceito de dano moral, da diferenciação entre obrigação e dever, das pessoas trans e da realidade de marginalização e discriminação contra a qual lutam constantemente, é uma análise que objetiva entender em que posição, em relação a essas duas conclusões, coloca-se o STF quanto à proteção dos direitos das pessoas trans. Questiona-se, assim, se o reconhecimento da repercussão geral do caso e os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin ensejam uma proteção suficiente a esses direitos, levando-se em conta, ainda, os conceitos de dano moral, de

obrigação e de dever e expondo-se, também, o que se espera dos votos vindouros dos outros Ministros em relação a esse recurso extraordinário.

5.1 - No reconhecimento de Repercussão Geral

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter constitucional e a repercussão geral do RE 845.779, ponto de vista que foi expresso na manifestação do Ministro Barroso. O pedido de recurso tinha sido negado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, alegando que a situação não implicou violação a direito da personalidade e não possuiu “virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo” (BRASIL, 2014b), não havendo, portanto, que se falar em dano moral, além de ter negado o recurso por entender que o pedido buscava “reanálise dos elementos fático-probatórios” (BRASIL, 2014b). Já o STF, pelo voto do Ministro Barroso, reconheceu que a questão toca no âmbito dos direitos da personalidade e inclusive dos direitos fundamentais, além de ter entendido haver sim repercussão geral do caso, uma vez que decidir sobre a possibilidade ou não de uma pessoa ser tratada como pertencente a gênero diverso daquele com o qual ela se identifica e pelo qual se apresenta publicamente influenciaria em vários outros processos em andamento, ultrapassando “os interesses subjetivos da causa” (BRASIL, 2014b).

Entende-se ser esse posicionamento muito importante no sentido de afastar o entendimento do STF daquele de invisibilização ou minimização da marginalização vivida pelas pessoas trans de forma reiterada em nossa sociedade, indo contra, por exemplo, as expectativas de Mottet acerca da atuação dos tribunais de seu país, os Estados Unidos da América. À medida que se reconhece, nesse caso, a identificação das alegações da requerente com direitos a serem garantidos pelo ordenamento jurídico, retira-se a população trans da margem do direito e se oferece a ela tutela jurídica e proteção de seus direitos.

O reconhecimento da repercussão geral e também uma futura decisão concedendo à requerente os danos morais ajudarão a evitar decisões futuras partindo de outros tribunais de diversas instâncias que minimizem ou requeiem a “mero desconforto” as demandas da comunidade trans, como ocorreu na decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ou, por exemplo, na Apelação nº 0036120-87.2009.8.26.0564 julgada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da qual segue a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. PRECONCEITO SEXUAL. “TRAVESTI” IMPEDIDO DE UTILIZAR O BANHEIRO FEMININO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA BEM COMO CONCESSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ARBITRADA EM R\$5.000,00. SENTENÇA REFORMADA. DANO MORAL

NÃO CARACTERIZADO. INOCORRÊNCIA DE ATO PRECONCEITUOSO POR PARTE DO RÉU. RECURSO PROVIDO. (BRASIL, 2014a)

Entretanto, ao mesmo tempo em que se reconhece a importância da decisão, ressalta-se o fato de ser problemática a utilização, pelo Ministro Barroso, da definição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de “transexualismo” como argumento de autoridade para definir o que é ser trans. Quando o Supremo Tribunal Federal se vale desse texto para embasar sua tese, está dando voz a um discurso que visa à patologização da transexualidade, sobre a qual Berenice Bento (2012) ressalta que “não garantiu direitos de fato, mas impôs um modelo para se pensar a transexualidade como experiência catalogável, curável e passível de normalização”. Vai-se, assim, contra a garantia da autonomia das pessoas trans em modificar seus corpos por sua própria decisão, fora do alcance do monopólio dos saberes científicos, já que suas identidades fazem parte da diversidade (BENTO, 2012).

5.2 - Nos votos do Ministro Barroso e do Ministro Fachin

Conforme o exposto no tópico 3, antes que o Ministro Luiz Fux pedisse vista do processo do RE 845.779, tiveram tempo de votar os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin. Prossegue-se, agora, à análise de ambos os votos.

O Ministro Barroso embasou seu voto, que opta pela reformulação do acórdão e pela concessão da indenização à requerente, no conceito de igualdade por reconhecimento, no âmbito da qual se combate injustiças de caráter cultural ou simbólico (BRASIL, 2015c), e, além disso, em três fundamentos justificadores, quais sejam, a dignidade como valor intrínseco, a dignidade como autonomia e o papel princípio democrático na proteção das minorias. Segundo Maria Eugenia Bunchaft, em artigo que comenta o voto, trata-se de uma tentativa de aproximação entre o *Constitucionalismo Democrático* de Post e Siegel e a Teoria Crítica do Gênero de Nancy Fraser (BUNCHAFT, 2016). Para Bunchaft, a argumentação do Ministro Barroso, que suscita, em primeiro momento, a igualdade como reconhecimento, acaba por cair em uma ambiguidade conceitual ao trazer o argumento da busca da felicidade, tornando-se, assim, insatisfatório para o “paradigma deontológico de Nancy Fraser”, mas consagrando os “pressupostos do Constitucionalismo Democrático” (BUNCHAFT, 2016).

Destaca-se, entretanto, a importância do voto do Ministro Barroso quando ele não coloca em questão o estabelecimento de critérios para identificar a requerente enquanto mulher trans, admitindo, assim, a própria declaração dela acerca de seu gênero, o que é uma mudança drástica de argumentação em relação à Repercussão Geral, na qual o Ministro se valeu de argumento da OMS. Nesse voto, inclusive, ele fala contra a patologização da

transexualidade⁷. Essa linha argumentativa de respeito à autonomia da requerente vai ao encontro do que defende Dylan Vade quando não estabelece uma supremacia hierárquica do sexo sobre o gênero com o qual a pessoa que entra com a ação se identifica como é, infelizmente, comum que aconteça em casos que dizem respeito aos direitos da população trans (VADE, 2005). Nessa esteira, Vade afirma que:

Quando um tribunal não usa a distinção sexo-gênero, não há uma verdade definitiva do gênero designado ao nascer a ser superada, nenhuma necessidade de examinar o corpo da pessoa transgênera e nenhuma necessidade de trazer uma série de especialistas médicos para testemunhar reconhecendo a normatividade do gênero dessa pessoa. Assim, pessoas transgêneras que escolhem não fazer ou não podem pagar cirurgias relacionadas a gênero têm uma chance de vencer. Quando um tribunal não usa a distinção sexo-gênero, ele permite que uma pessoa que não tem o gênero conforme os padrões – *gender non-conforming person* – e uma pessoa que não se identifica nem como homem nem como mulher vença. (VADE, 2005, tradução livre).

No que diz respeito ao voto do Ministro Edson Fachin, ele segue uma linha parecida como a do voto do Ministro Barroso, também negando a feitura de cirurgia de redesignação como critério para o reconhecimento da identidade de gênero e, além disso, defendendo que usar esse critério ensejaria também dano moral (BRASIL, 2015a). No entanto, o Ministro Fachin estabelece a exigência de uma externalização mínima por parte da pessoa quanto ao gênero com o qual ela se identifica (BRASIL, 2015a). Ora, se a pessoa se identifica com determinado gênero e vive esse gênero, certamente isso inclui externalização dessa identificação, claro que em graus variados. O “critério” estabelecido torna-se, então, redundante.

O Ministro Fachin, ainda, detalha um pouco mais que o Ministro Barroso a questão do dano moral, tendo inclusive majorado a indenização para 50 mil reais e ensaiando a diferenciação entre o dano moral e a dor, que não foi totalmente observada na decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Observa-se seu posicionamento nesse sentido quando ele afirma:

a conduta incontroversa nos autos praticada pela parte recorrida de interpelar a recorrente, **independente de essa abordagem ter ou não sido rude ou agressiva**, violou os dispositivos constitucionais conforme delineado na narrativa constitucional pátria, sendo, portanto, passível de indenização por danos morais (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

O Ministro ressalta também que a situação transcende o âmbito da relação de consumo, “sendo melhor compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da personalidade” (BRASIL, 2015a). Demarca, assim, a

⁷“Porém, mais recentemente, a patologização tem servido para reforçar o preconceito existente na sociedade contra esse grupo. Por isso, é preciso olhar a questão sob a perspectiva do direito ao reconhecimento”. “A verdade é que não se trata de uma doença, mas de uma condição pessoal, e, logo, não há que se falar em cura”. (BRASIL, 2015c)

diferença entre dever e obrigação⁸, invalidando o argumento do Tribunal de Santa Catarina que usa a premissa de que o dano moral não seria cabido por não haver relação de consumo. Mais especificidade, todavia, era necessária, tanto por parte do Ministro Barroso quanto por parte do Ministro Fachin, em estabelecer o conceito de dano moral, explicitando a confusão feita pelo TJSC a respeito desse instituto. Isso porque, apesar de ambos os Ministros terem usado a noção de dano moral estritamente como um cerceamento a direito da personalidade – e, por conseguinte, a direito fundamental, se for adotada a perspectiva da eficácia horizontal nesses últimos – nenhum deles dispensou maior cuidado em demarcar a distinção entre o dano moral e a dor do afetado, o que poderia ter sido efetivo para orientar decisões futuras de tribunais diversos, devido à conhecida força dos precedentes do STF.

Dessa forma, teria sido importante uma manifestação de um ou dos dois Ministros esclarecendo que:

(...) na prática, o dano moral se produz pelo atentado a determinados direitos, bens ou interesses que o Direito assegura à pessoa.

(...)

A dor e o sofrimento são as manifestações da lesão no espírito ou no corpo, são uma consequência, e nunca a lesão mesma. (...) são uma manifestação em si mesma e não uma consequência necessária do dano extrapatrimonial. (ZAMORANO, 2008, tradução livre)

Isso teria contribuído para desmontar a retórica do TJSC, que afirmava que não há a impossibilidade de dano moral sem violação de direito da personalidade, mas usava a intensidade do incômodo provocado pela ação ou a violência utilizada – critérios de tal modo subjetivos a ponto de serem virtualmente impossíveis de se provar – para alegar a inexistência de violação a esses direitos, ocasionando assim uma completa confusão dos conceitos e caindo em contradição.

Portanto, entende-se que, apesar de os votos estabelecerem um posicionamento que reconhece a identidade de gênero e o direito das pessoas trans a vivê-la, estabelecendo, também, um importante precedente para próximas decisões relacionadas, não se enfrentou apropriadamente a questão do dano moral, deixando qualquer pessoa que se encontre em posição de requerer danos morais sujeita a encarar critérios que misturam o dano moral com a sua consequência e que não são, em última instância, confiáveis ou capazes de serem

⁸Ver GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982. “A obrigação — tomado o vocábulo em sentido estrito — supõe uma situação de dever, em que se coloca o devedor. Não obstante, é certo que o conceito de dever transcende o âmbito do direito das obrigações: há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de nenhuma espécie”.

provados. Espera-se um posicionamento mais claro acerca dessa questão nos votos ainda por vir.

5.3 - O que foi feito e o que pode ser feito

Conforme dito por Juliana Ribas e Anaise Severo, o STF tem pela frente “oportunidades para visualizar e decidir novos horizontes para a realidade transexual e superar as estruturas sociais de patologização e intolerância percebidas no presente” (RIBAS; SEVERO, 2016), sendo uma delas o RE 845.779/SC. Encontrou-se, até agora, manifestações positivas no que diz respeito ao alcance desses objetivos e espera-se, no restante do julgamento, uma maior fundamentação acerca do conceito de dano moral.

Enxerga-se, assim, que seria interessante aproveitar o surgimento do tema identidade de gênero no STF, assim como as exposições detalhadas acerca do tema que têm acompanhado os votos, para romper com a visão linear do gênero em prol de um conceito que abarque as pessoas que não se identificam nem no gênero masculino nem no feminino, como faz o conceito de galáxia de gêneros (*gender galaxy*) defendido por Dylan Vade, que expressa:

Eu não gosto quando as pessoas me dizem que eu tenho que me identificar como mulher ou como homem. Também não gosto quando me dizem que, por isso não ser radical o bastante, eu não posso me identificar como mulher ou como homem. Eu preciso de um espaço grande no qual o gênero de todos tenha um espaço e no qual nossos gêneros não sejam hierarquicamente ordenados. Assim, uma concepção que funciona para mim é uma galáxia. Uma galáxia de gêneros (*gender galaxy*). É grande e se move. (VADE, 2005, tradução livre)

Apesar de não ser esse o objeto principal do RE 845.779/SC, abordar o tema num lugar com a projeção que tem o STF seria importante no sentido de inseri-lo no debate nacional sobre gênero, possibilitando futuramente o reconhecimento por parte da sociedade e da comunidade jurídica a necessidade de garantir direitos às pessoas que não se identificam com nenhum dos dois gêneros tradicionalmente concebidos, assim como se está percebendo a necessidade de garantia de direitos à população trans.

De tal modo, talvez no futuro haja uma preocupação em incluir essas pessoas na ordem jurídica, assim como há nos cinco países – Austrália, Índia, Nepal, Nova Zelândia e Paquistão – que reconheceram em seus ordenamentos jurídicos a possibilidade de um “terceiro sexo” para as pessoas que não se identificam com nenhum dos dois socialmente estabelecidos (GUICHARD, 2016). Essa preocupação e as medidas dela derivadas seriam, assim, mais passos no longo caminho de estabelecer um Direito que tutele efetivamente os

direitos da personalidade e que seja “conforme os direitos fundamentais, em particular conforme a dignidade humana” (GUICHARD, 2016, tradução livre).

Conclusão

Findo o desenvolvimento desta análise, cabe, então, apontar o que se constatou com os estudos e observações feitas.

A decisão do Supremo Tribunal Federal segue, até o momento, favorável à requerente na alegação do dano moral consequente da discriminação por ser transexual. Tanto o Ministro Luís Roberto Barroso quanto o Ministro Edson Fachin fundamentam-se na linha do reconhecimento, da diversidade social e das inferências da dignidade da pessoa humana, com base em estudiosos dessa tendência e os acordos internacionais que tanto impulsionaram essa consideração institucional. Portanto, além da leitura existencial do dano moral, o STF observa a marginalidade da condição da requeira.

As mesmas linhas que se apresentaram no RE 845.779/SC foram as que refundaram consistentemente a ordem jurídica pátria pós-1988, refletida na humanização da personalidade jurídica. Por esses motivos, o dano moral sai da definição enquanto mera afetação da personalidade e passa a considerar as características dos direitos de personalidade, o que se estende para o plano do dever jurídico e seus atos devidos presumidos.

A particularidade do sujeito requerente pela manifestação de sua identidade de gênero rompe com os subtextos sociais e com a “lógica” sobre as funções e situações designadas pelo sexo enquanto mera anatomia. A pessoa trans é entendida como exceção e transtornada, não enquanto sujeito disposto de sua autonomia, indivíduo dotado de singularidade e tampouco como cidadã, parte da vida pública. Essa evidente desconsideração jurídica esvazia o normativismo jurídico por sua extrema sustentação em provas e evidências científicas, injustificáveis pelo reconhecido já dado sobre a inexistência de diagnóstico razoavelmente preciso para a transexualidade. Essa tutela do direito, que coloca o sujeito em ônus pela comprovação e desfrute de sua individualidade, expressa que essa consideração típica do pós-positivismo não é plena a todos, existindo um forte peso da realidade social na apreciação do sujeito concreto – inclusive no acesso a espaços básicos da satisfação humana.

Finalmente, nota-se a importância dos votos proferidos, mas ressaltando que não se trata de uma representação relativamente universal do Judiciário, que ainda demonstra desconhecimento e preconceito na matéria. Por sinal, os fundamentos das decisões também carregam em si problemas, como a compreensão da pessoa trans por premissas clínicas, o

binarismo de corpos e a falta de esforço da Suprema Corte para sanar a imprecisão conceitual do dano moral, restando a discussão projetada pelo caso como um vetor de possíveis mudanças, capaz até de reformular a noção de gênero.

Referências

ANDRADE, André Gustavo C de. A Evolução do Conceito de Dano Moral. <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=74bfc8dc-8125-476a-88ab-93ab3cebd298&groupId=10136>. *Banco do Conhecimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, 2008. Data de acesso: 17 abr 2017.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, vol. 4, n. 1, pp. 165-182, 2014. Disponível em <<http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/197> >

_____. Sexualidade e experiências trans: do hospital à alcova. *Ciência & Saúde Coletiva*, a. 17, n. 10, pp. 2655-2664. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n10/15.pdf> >

_____; PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Estudos Feministas*, Florianópolis, a. 20, n. 2, pp. 569-581, 2012. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000200017> >

BERGER, Nicolas J. Erinnern, Erfahren, Erleben: Ein Essay über *Transgender* als Diaspora. *Freiburger FrauenStudien*, Freiburger, n. 20, pp. 103-118, 2007. Disponível em <<http://www.budrich-journals.de/index.php/fgs/article/view/2927> >

BORILLO, Daniel; BARBOZA, Helena. Sexo, gênero e direito: considerações à luz do direito francês e brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, pp. 1-16, 2016. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Borillo-e-Barboza-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf> >

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0036120-87.2009.8.26.0564. Relatora: Marcia Tessitore. Acórdão, 11 mar. 2014. Disponível em:<<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123569630/apelacao-apl-361208720098260564-sp-0036120-8720098260564/inteiro-teor-123569638?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. 20 out 1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt >. Acesso em: 15 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 845779/SC*. Relator: Luís Roberto Barroso. Acórdão, 13 set 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628889/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-845779-sc-santa-catarina-0057248-2720138240000/inteiro-teor-311628897?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845779/SC. *Voto do Ministro Edson Fachin*. Acórdão, 19 nov 2015a. Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/RE845779%20Voto%20Min%20%20Edson%20Fachin.pdf>>. Acesso em: 16 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845779/SC. *Voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso*. Anotações, 19 nov 2015b. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/transsexuais-re-845779-voto-barroso.pdf>>. Acesso em: 16 abril 2017.

_____. Procuradoria Geral da República. Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Tema 778. Uso de banheiro público por transgênero. Direito à identidade individual e social. Violação da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade. Direito das minorias. Dano moral. Caracterização. *Acórdão em Recurso Extraordinário nº 845779/SC*. Relator: Luís Roberto Barroso. 21 out 2015c. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-22-de-05112015/docs/RE%20845779%20Versao%20Final.pdr>>. Acesso em: 19 abril 2017.

BUNCHRAFT, Maria Eugenia. O “direito dos banheiros no STF: considerações sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 143-174. Disponível em:<<http://abdconst.com.br/revista15/banheirosMaria.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

CAVALIERI, Sergio. Visão Constitucional do Dano Moral. <<http://sergiocavaliere.com.br/administrativo/artigos/imagens/bbc3400a81cdf48dc136ad0157ec07ae.pdf>>. *Banco do Conhecimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, 2008. Data de acesso: 17 abr 2017.

ELKIND, Diana. The Constitutional Implications of Bathrooms Access Based on Gender Identity: Na Examination of Recent Developments Paving the Way for the Next Frontir of Equal Protections. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Harrisburg, p. 895-928, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982.

GUICHARD, Sylvie. *Droit des personnes trans* et intersexuées: un ordre juridique fondé sur un «numerus clausus» des sexes est-il conforme à la dignité humaine?*. Université de Genève, 2016. Disponível em :<<http://uplaw.ch/wp-content/uploads/2016/06/TRAVAIL-DE-BACHELOR.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

MILES, Matthew B.; HUBERMAN, A. Michael. *Qualitative data analysis*. Thousand Oaks, Sage Publications, 1994.

MOTTET, Lisa. Access to gender-appropriate bathroom. *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, Georgetown, vol. 4, 739, pp. 739-746, 2003. Disponível em:<<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/grggenl4&div=40&id=&page=>>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

RIBAS, Juliana; SEVERO, Anaise. Direito, identidade de gênero e inclusão: a transexualidade no Supremo Tribunal Federal. *Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 2016. Disponível em:<<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14575>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

ROSENVALL, Nelson ; DE FARIAS, Cristiano C. *Curso de Direito Civil 2: Obrigações*. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHMIDT, Daniella A. Bathroom bias: making the case for trans rights under disability law. *Michigan Journal of Gender and Law*, Lansing, vol. 20, 155, pp. 155-186, 2013. Disponível em < <http://repository.law.umich.edu/mjgl/vol20/iss1/5/>>

STAKE, Robert E. The Case Study Method in Social Inquiry. *Educational Researcher*, Illinois, Vol. 7, No. 2, fev. 1978, pp. 5-8.

TEIXEIRA, Flavia do Bonsucesso. Histórias que não tem era uma vez: as (in)certezas da transexualidade. *Estudos Feministas*, Florianópolis, a. 20, n. 2, pp. 501-512, 2012. Disponível em < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000200011>>

VADE, Dylan. Expanding gender and expanding the law: Toward a social and legal conceptualization of gender that is more inclusive of transgender people. *Gender & L.*, v. 11, p. 253-316, 2004. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mjgl11&div=15&id=&page=>> . Acesso em: 2 abr. 2017.

WEINBERG, Jill D. Transgender bathroom usage: a privileging of biology and physical difference in the law. *Buffalo Journal of Gender, Law and Social Policy*, Buffalo, vol. 28, 147, pp. 147-155, 2010. Disponível em < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bufwlj18&div=8&id=&page=>>

ZAINAL, Zaidah. Case study as a research method. *Jurnal Kemanusiaan*, Kuala Lumpur, bil.9, jun 2007, pp. 1-6.

ZAMORANO, Marcelo Barrientos. Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del “pretium doloris”. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n. 1 (Enero - Abril 2008), p. 85-106. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/41614185>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

ZANETTI, Robson. Como se calcula o valor do dano moral e como poderia ser calculado. *Portal dos Administradores*. Publicado em jul 2010. Disponível em: < <http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/como-se-calcula-o-valor-do-dano-moral-e-como-poderia-ser-calculado/46579/>>. Data de acesso: 18 abr. 2017.

