

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

Renan Sales de Meira

DISCRIMINAÇÃO, DESRESPEITO E RECONHECIMENTO:

a igualdade nas relações privadas – um olhar sobre o Recurso Extraordinário nº 845.779

Belo Horizonte

2016

Renan Sales de Meira

DISCRIMINAÇÃO, DESRESPEITO E RECONHECIMENTO:

a igualdade nas relações privadas – um olhar sobre o Recurso Extraordinário nº 845.779

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça

Orientador: Prof. Dr. Bernardo Gonçalves
Alfredo Fernandes

Belo Horizonte

2016

M514d Meira, Renan Sales de
Discriminação, desrespeito e reconhecimento: a igualdade nas relações privadas – um olhar sobre o Recurso Extraordinário nº 845.779 / Renan Sales de Meira – 2016.

Orientador: Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito constitucional - Teses 2. Direitos fundamentais
3. Igualdade 4. Discriminação I. Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 342.7(81)

Renan Sales de Meira. **Discriminação, desrespeito e reconhecimento:** a igualdade nas relações privadas – um olhar sobre o Recurso Extraordinário nº 845.779.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: direito e Justiça.

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes – UFMG

Orientador

Prof^a. Dr^a. Mariah Brochado Ferreira – UFMG

Membro Interno

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento – UERJ

Membro Externo

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante – UFMG

Suplente

Belo Horizonte, _____ de _____ de _____.

AGRADECIMENTOS

É com grande contentamento que finalizo este trabalho, concluindo mais uma etapa da minha trajetória acadêmica. Não poderia deixar de agradecer àqueles que contribuíram para que pudesse realizar o curso de mestrado, objetivo estabelecido quando estava na graduação.

Agradeço à Universidade Federal de Minas Gerais, por todas as oportunidades oferecidas, dentro e fora das salas de aula, que me possibilitaram inegável crescimento pessoal e profissional. Agradeço, especialmente, ao meu orientador, Prof. Dr. Bernardo Fernandes, por acreditar nesta pesquisa. Aos professores Thomas Bustamante, Misabel Derzi, Onofre Batista, Emílio Meyer e Marcelo Cattoni, sou grato pelo aprendizado que me fora proporcionado nas disciplinas do curso.

As contribuições da banca de qualificação do projeto de pesquisa, composta, além do meu orientador, pelos Profs. Marcelo Cattoni, Maria Fernanda Repolês e Leandro Zanitelli foram essenciais para a condução deste trabalho. Agradeço pelas considerações que pude receber na ocasião.

Listar o nome de todos que contribuíram para a presente pesquisa seria impossível, ciente de que um trabalho acadêmico se desenvolve mediante diversos diálogos. Desse modo, com o perdão dos demais, limito aqui a me referir a três pessoas, imprescindíveis para a conclusão do mestrado: Igor Enríquez, pelo incentivo na realização do processo seletivo para ingresso no programa; Júlia Vidal, pelo auxílio na introdução à temática da identidade de gênero; Thiago Feital, pelas conversas incessantes sobre academia, desde a época de graduação.

Agradeço aos meus amigos, pelo apoio de sempre. A alegria que vocês me proporcionam torna mais simples enfrentar o desafio de cumprir minhas metas e planos de vida.

Não poderia deixar de agradecer, também, a minha família, suporte que me permite sonhar. Obrigado por me possibilitar concluir mais esta etapa.

Por fim, agradeço o CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, pelo financiamento da pesquisa.

Talvez seja aqui que se deve mudar a pergunta de “será um homem/mulher?” para “afinal, o que é um homem e uma mulher?” Quando tais categorias se põem em dúvida, também se tornam confusas ou propiciam uma crise na ideia de uma identidade de gênero fundamentada no corpo.

Berenice Bento

RESUMO

O presente estudo possui como temática central a incidência do princípio da igualdade nas relações privadas e as práticas discriminatórias. Com suporte nas construções teóricas de Ingo Sarlet, Daniel Sarmiento, Wilson Steinmetz, Virgílio da Silva e Marcelo Duque, a respeito do fenômeno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, buscou-se avaliar se a doutrina nacional, quanto à questão, seria suficiente para lidar com controvérsias judiciais privadas envolvendo a aplicação da isonomia e condutas de teor discriminatório. Investiga-se o objeto a partir da análise do caso retratado nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, com julgamento suspenso no Supremo Tribunal Federal, em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Luiz Fux, em que uma mulher transexual teve negado o acesso a banheiro feminino em um *shopping center*. A conclusão alcançada foi no sentido de que as teorias tradicionais analisadas, por si só, não conseguem tratar de modo adequado circunstâncias como a dos autos, porque lhes faltam instrumentos apropriados de análise social para explorar aquilo que de maior relevância em tais hipóteses: as consequências danosas das práticas discriminatórias para o processo de formação da identidade individual dos sujeitos prejudicados. Assim, a teoria social crítica de Axel Honneth – notadamente a categoria do reconhecimento – pode fornecer o aparato conceitual imprescindível à reflexão constitucional adequada nas hipóteses de violação privada ao princípio da igualdade mediante práticas discriminatórias. Tais condutas, em si, consubstanciam experiências de desrespeito, que dificultam o procedimento de construção da autonomia dos indivíduos lesados, minando uma igualitária possibilidade de autorrealização pessoal a todos, objetivada por uma concepção apropriada de justiça social. No caso específico dos autos analisados, a perspectiva teórica adotada, baseada nos estudos do mencionado filósofo, permite concluir pela necessidade de condenação da ré à indenização pelo dano moral ocasionado, respeitando-se a identidade de gênero das pessoas trans. Ressalta-se, contudo, que as considerações do trabalho ultrapassam a situação específica desse processo judicial, possibilitando-se a utilização desses instrumentos conceituais para analisar outras situações de práticas discriminatórias no âmbito privado. Assim, a pesquisa pretende se inserir e contribuir para uma agenda teórica que visa aproximar o direito constitucional a teorias sociais críticas.

Palavras-Chave: Desrespeito. Igualdade. Reconhecimento.

ABSTRACT

The central theme of this study is the application of the principle of equality to private relationships, taking into account the occurrence of discriminatory practices. Starting from the theoretical constructions of Ingo Sarlet, Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz, Virgílio da Silva and Marcelo Duque about the horizontal effect of fundamental rights, the work seeks to evaluate if Brazilian doctrine is sufficient to deal with judicial private controversies regarding the application of the isonomy principle to discriminatory conducts. The investigation of the research object started from the analysis of the case presented at the Extraordinary Appeal (Recurso Extraordinário) n. 845.779-SC, which had its judgment suspended by the Brazilian Supreme Federal Court (Supremo Tribunal Federal) due to a requirement by Minister Luiz Fux, in which the use of a female restroom by a transsexual woman at a shopping center was denied. It is concluded that the traditional doctrines are not enough to adequately treat circumstances as that, once they lack appropriate instruments of social analysis to explore what is most relevant: the harmful effect those practices can cause in the process of formation of the jeopardised subjects individual identity. Therefore, the critical social theory of Axel Honneth – notably the recognition category – can offer the indispensable conceptual instrument for an appropriate constitutional reflection upon the circumstances of violation of the equality principle through discriminatory practices. Conducts as such brings in experiences of disrespect, which raise difficulties for the process of constructing individual autonomy by the affected subjects, undermining an egalitarian possibility for everyone to achieve self-realization, purpose intended by an appropriate conception of social justice. At the specific case of Extraordinary Appel n. 845.779-SC, the theoretical perspective of Axel Honneth permits to conclude that it would be important that the court condemns the defendant to pay compensation for the moral damage caused, in order to preserve transsexual people gender identity. It is important to emphasize that such reflection transcend this specific situation, applying to different others involving discriminatory practices in the private domain. Thus, this research intends to insert itself and contribute to a theoretical agenda that seeks to approximate constitutional law to critical social theories.

Keywords: Disrespect. Equality. Recognition.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGLT	Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANTRA	Associação Nacional de Travestis e Transexuais
C/c	Cumulado com
CC/02	Código Civil de 2002
CID-10	Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde em 1980
CLAM	Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos
CNCD/LGBT	Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DSM-IV	Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais
GADvS	Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros
LIDIS	Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos
Min.	Ministro
NPJ/CESUSC	Núcleo de Prática Jurídica do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina
OEA	Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos
OMS	Organização Mundial da Saúde
Rel.	Relator
SOC	Standards of Care
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
1.1	Igualdade – um princípio em (re)construção	11
1.2	Estrutura do texto.....	14
2	O FENÔMENO DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
2.1	Explicação inicial: contenda conceitual.....	16
2.2	Aspectos gerais sobre o tema	16
2.3	A doutrina nacional: os juristas e suas teses	23
2.3.1	<i>Ingo Sarlet.....</i>	<i>23</i>
2.3.2	<i>Daniel Sarmento</i>	<i>25</i>
2.3.3	<i>Wilson Steinmetz.....</i>	<i>33</i>
2.3.4	<i>Virgílio Afonso da Silva.....</i>	<i>45</i>
2.3.5	<i>Marcelo Duque</i>	<i>51</i>
3	O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 845.779-SC	57
3.1	Os atores	57
3.2	A postulação inicial e manifestações da parte autora.....	59
3.2.1	<i>Fatos e teses da petição inicial</i>	<i>59</i>
3.2.2	<i>Nome e gênero em disputa.....</i>	<i>60</i>
3.2.3	<i>A discriminação às pessoas trans como uma “postura tão inaceitável nos dias atuais”: liberdade, justiça social e reconstrução normativa na Teoria Crítica de Axel Honneth.....</i>	<i>63</i>
3.2.4	<i>A busca judicial pela indenização: para além do caráter patrimonial.....</i>	<i>82</i>
3.2.5	<i>Transexualidade e patologia</i>	<i>89</i>
3.3	A contestação e manifestações da parte ré	94
3.3.1	<i>Teses da contestação.....</i>	<i>94</i>
3.3.2	<i>O fato como “mero aborrecimento cotidiano, por se ter uma vontade contrariada”</i>	<i>94</i>
3.3.3	<i>O argumento do constrangimento às mulheres cisgêneras</i>	<i>97</i>
3.3.4	<i>Genitália, cirurgia de transgenitalização, identidades trans e vivências de gênero</i>	<i>100</i>
3.3.5	<i>Sexualidade ou identidade de gênero?.....</i>	<i>104</i>
3.3.6	<i>A autonomia privada do estabelecimento</i>	<i>106</i>
3.4	O Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	112
3.4.1	<i>A sentença – juízo de primeiro grau</i>	<i>112</i>

3.4.2	<i>O acórdão na apelação – Terceira Câmara de Direito Civil do TJSC</i>	113
3.5	O reconhecimento da repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC 113	
3.5.1	<i>Percurso processual anterior</i>	113
3.5.2	<i>A existência de repercussão geral</i>	114
3.6	O parecer da Procuradoria-Geral da República	115
3.6.1	<i>Teses do parecer apresentado</i>	115
3.6.2	<i>Igualdade e discriminação</i>	118
3.6.3	<i>Reconhecimento</i>	126
3.6.4	<i>Os Princípios de Yogyakarta</i>	133
3.6.5	<i>A solução do “terceiro banheiro”</i>	136
3.6.6	<i>Vivências trans: entre a identidade e a funcionalidade</i>	138
3.7	A manifestação do Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM) e do Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos (LIDIS)	140
3.7.1	<i>Teses dos amicus curiae</i>	140
3.7.2	<i>Dados sobre a situação social das pessoas trans</i>	141
3.7.3	<i>Experiências transconstitucionais</i>	142
3.7.4	<i>Danos ocasionados às pessoas trans pelas práticas discriminatórias</i>	144
3.7.5	<i>Direito ao reconhecimento?</i>	145
3.8	O voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso	146
3.8.1	<i>Teses do voto</i>	146
3.8.2	<i>Transexualidade: escolha ou condição pessoal?</i>	149
3.9	O voto do Ministro Luiz Edson Fachin	151
3.9.1	<i>Teses do voto</i>	151
3.9.2	<i>“Esfera” ou “vida” privada? O caráter intersubjetivo da autonomia individual ...</i>	153
3.10	Memorial apresentado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) e pelo Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS)	154
3.10.1	<i>Teses dos amici curiae</i>	154
3.10.2	<i>Notas aos questionamentos efetivados pelos Ministros Marco Aurélio, Fux e Lewandowski</i>	156
3.10.3	<i>Sexo, gênero e binarismo: os estudos queer</i>	157

3.10.4	<i>“Desacordos morais razoáveis” no âmbito da sociedade: o pedido de vista do Min. Luiz Fux</i>	162
3.11	Notas finais sobre o caso do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC	169
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	177
	REFERÊNCIAS	181

1 INTRODUÇÃO

1.1 Igualdade – um princípio em (re)construção

“Uma decisão judicial que implica numa simples distinção jurídica entre os transexuais e os cisgêneros¹ – uma distinção que é baseada no órgão genital oriundo do nascimento desses indivíduos e que deve sempre existir, em razão de os cisgêneros se distinguirem dos transexuais pelo órgão genital que têm ao nascer – não possui inclinação alguma à destruição da igualdade jurídica entre tais indivíduos. [...] O objeto do princípio da isonomia, indubitavelmente, se destinava a determinar a igualdade absoluta dos transexuais e dos cisgêneros perante o direito, mas, em razão da natureza das coisas, ele não poderia ter por intenção abolir as distinções baseadas no sexo biológico, ou determinar a igualdade social, enquanto distinta da igualdade política, ou uma mistura dos transexuais e dos cisgêneros não satisfatória para ambos. Decisões judiciais permitindo a separação de banheiros em locais públicos para mulheres transexuais e mulheres cisgêneras, locais em que essas estariam suscetíveis a terem contato, não necessariamente implicam na inferioridade de certos indivíduos em relação aos outros, e essa têm sido uma prática geral, se não universalmente, reconhecida como incluída na esfera de liberdade dos donos de estabelecimentos comerciais no exercício de sua autonomia privada”.

O trecho acima descrito não se refere a nenhuma decisão judicial específica, mas poderia ser o excerto de um voto – senão em sua forma exata, ao menos no conteúdo central dos argumentos exarados – de um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, caso não seja dada a devida compreensão à incidência do princípio da igualdade na situação concreta sob discussão. Na controvérsia instaurada nesse recurso, com repercussão geral reconhecida – julgamento que, atualmente, encontra-se sobrestado, em razão de pedido de vista formulado pelo Min. Luiz Fux em 19 de novembro 2015 –, discute-se a possibilidade de se condenar administradora de *shopping center* à indenização por danos morais pela negativa, a mulher transexual, de uso de banheiro feminino, nesse local de acesso público². Decorreria do princípio da igualdade que,

¹ Segundo a definição dada por Jesus (2012, p. 25), cisgênero é um “conceito ‘guarda-chuva’ que abrange as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento”.

² Nos expressos termos do acórdão que reconheceu a repercussão geral da questão, colocando uma tese em caráter amplo a ser debatida: “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” (BRASIL, 2014c).

na hipótese em comento, uma ou um transexual teria direito a utilizar o banheiro, em espaço aberto ao público, referente ao gênero com o qual se identifica?

Tal como diversos direitos e garantias fundamentais, o conteúdo jurídico do princípio da igualdade é construído argumentativamente a cada situação de aplicação, sensível ao contexto sócio-histórico de sua utilização. Refletindo, portanto, o esforço interpretativo dos intérpretes do direito, está sujeito a compreensões que, num período posterior, sejam reputadas inadequadas, na forma de um erro histórico – ou, nas palavras de Ronald Dworkin (2010), como um erro institucional.

Nesse sentido, cumpre destacar que o trecho que inicia a presente introdução é uma cópia, com as devidas adaptações aos fatos do recurso relatado, da *opinion* exarada pela maioria no caso *Plessy v. Ferguson* – redigida pelo *Justice Brown* –, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos (*Supreme Court of the United States*) em 1896³. Na ocasião, referida decisão, hoje compreendida como um dos maiores equívocos da história desse tribunal, constituiu o ápice da doutrina do “separados, mas iguais” (*separate but equal*), julgando-se constitucional lei do Estado de Louisiana que determinava a separação entre homens brancos e homens de cor nos vagões das companhias férreas que trafegavam no território estadual⁴.

³ É o excerto da decisão judicial em questão: “uma lei que implica apenas numa distinção jurídica entre as raças branca e as não-brancas – uma distinção que é baseada na cor das duas raças e que deve sempre existir, em razão de os homens brancos se distinguirem das outras raças pela cor – não possui inclinação alguma à destruição da igualdade jurídica entre as duas raças, ou ao reestabelecimento de um estado de servidão involuntária. [...] O objeto da emenda [décima e quarta emenda], indubitavelmente, se destinava a determinar a igualdade absoluta das duas raças perante o direito, mas, em razão da natureza das coisas, ela não poderia ter por intenção abolir as distinções baseadas na cor, ou determinar a igualdade social, enquanto distinta da igualdade política, ou uma mistura das duas raças em termos não satisfatórios para ambas. Leis permitindo – inclusive requerendo – a sua separação em espaços em que esses estão suscetíveis a ter contato, não implicam necessariamente a inferioridade de uma raça em relação à outra, e essa têm sido uma prática geral, se não universalmente, reconhecida como incluída na competência das legislaturas estaduais no exercício do seu poder político” (UNITED STATES OF AMERICA, 1896, tradução nossa) – *Opinion*, Mr. Justice Brown, *Plessy v. Ferguson*. No original: “a statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races – a distinction which is founded in the color of the two races and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color – has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or reestablish a state of involuntary servitude. [...] The object of the amendment [fourteenth amendment] was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring, their separation in places where they are liable to be brought into contact do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power” (UNITED STATES OF AMERICA, 1896).

⁴ Isso não significa, entretanto, a aceitação universal da decisão judicial à época. Nota-se, no julgamento do próprio caso, a dissidência escrita manifestada pelo *Justice Harlan*, prevendo expressamente que o julgamento poderia ser compreendido, em um momento posterior, como um erro histórico daquele tribunal (UNITED STATES OF AMERICA, 1896) – *Dissenting Opinion*, Mr. Justice Harlan, *Plessy v. Ferguson*.

A superação dessa doutrina em solo norte-americano, que dava aparência de validade constitucional a práticas racistas – e, portanto, discriminatórias –, deu-se, em sede jurisprudencial, apenas em 1954, com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Na oportunidade, considerou-se inconstitucional, por violação à décima e quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos, a política de segregação entre estudantes baseada na cor da pele, adotadas em algumas escolas públicas estaduais, na qual havia distinção entre escolas a serem frequentadas por crianças brancas e outras designadas às crianças negras (UNITED STATES OF AMERICA, 1954).

Desse modo, percebe-se que diversas práticas de cunho discriminatório são, a cada época, indevidamente naturalizadas, exigindo-se esforço crítico-reflexivo para, com base na constante reinterpretação contextual do princípio da igualdade, reputá-las como tal e, assim, as repudiar, no lastro da construção de uma sociedade justa e igualitária. As práticas discriminatórias, contudo, nem sempre possuem assento direto na conduta estatal – como no caso *Plessy v. Ferguson*, em que a segregação era determinação legislativa –, decorrendo por vezes do relacionamento cotidiano interpessoal entre os indivíduos, muito embora indiretamente se possa discutir a respeito da sua chancela estatal quando esse é instado a se manifestar sobre a questão em processos judiciais⁵.

O cerne do presente estudo, então, se centra na relação entre o princípio da igualdade e as práticas discriminatórias adotadas entre os indivíduos no relacionamento entre si – no campo das relações privadas, portanto. Busca-se avaliar se as teorias tradicionais brasileiras, quanto à temática da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, são adequadas para tratar dessas situações. Para tanto, considera as construções teóricas de Ingo Sarlet (2000), Daniel Sarmento (2010), Wilson Steinmetz (2004), Virgílio da Silva (2005) e Marcelo Duque (2013), selecionados em virtude de constituírem obras comumente referenciadas na doutrina pátria e/ou consistirem em produtos de pesquisas acadêmicas.

Dito isso, ressalte-se que a hipótese inicial formulada é a de que esses modelos teóricos não estariam aptos a lidar com a complexidade dessas situações, posto que não forneceria instrumentos conceituais adequados para abordar o que seria o problema central desses casos: os efeitos danosos dessas práticas discriminatórias nos sujeitos prejudicados.

⁵ Aqui, pode-se destacar que parcela da doutrina atribui responsabilidade estatal pela violação privada a direitos fundamentais, imputando ao Estado a conduta de particulares. Nesse sentido, por exemplo, a teoria da imputação de Schwabe, assim resumida por Steinmetz (2004, p. 176): “segundo Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal. Se o Estado – por meio da legislação, jurisdição e administração – não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, então o Estado a permite”.

Em virtude disso, uma solução diferenciada seria requerida nessas controvérsias judiciais, que aproximasse a reflexão constitucional a análises sociais mais profundas, não oferecidas por tais doutrinas tradicionais.

Assim, o estudo buscou na teoria social crítica de Axel Honneth, primordialmente na categoria do reconhecimento, a perspectiva mediante a qual se poderia efetivar essa avaliação dos efeitos perversos das práticas discriminatórias, que afetariam as probabilidades de os indivíduos formarem de modo sadio a identidade pessoal, construindo e afirmando a própria autonomia. Isso porque, de acordo com referido filósofo, os sujeitos apenas poderiam alcançar a liberdade no seio de relações sociais de reconhecimento recíproco, que lhes proporcionassem autorrelações práticas positivas (especificamente autoconfiança, autorrespeito e autoestima), experiências indispensáveis para a compreensão de si como sujeito autônomo (HONNETH, 2009b). E, aqui, seria possível que as condutas discriminatórias consistam em formas distorcidas de reconhecimento, ocasionando danos a esse processo.

Ocorre que a pesquisa empreendida não se desenvolveu mediante reflexões abstratas. A hipótese fora testada e reajustada à luz da situação versada no caso do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, já referido na presente introdução, em que se recusara o uso de banheiro feminino situado em *shopping center*, local de acesso público, a mulher transexual. Assim, cumpre expor a estrutura adotada neste estudo.

1.2 Estrutura do texto

No segundo capítulo do presente texto, busca-se a exposição de considerações gerais sobre o fenômeno da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como da doutrina nacional anteriormente mencionada sobre a questão. O terceiro capítulo do estudo, a seu turno, fora dedicado à análise da controvérsia judicial posta para julgamento no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, retomando-se as lições das teses apresentadas no primeiro capítulo – verificando-se a qualidade de sua aplicação ao caso –, bem como efetivando a tentativa de compreender a situação à luz da teoria social crítica de Axel Honneth. Ao final desse capítulo, apresenta-se notas a respeito daquilo que se entende como a decisão correta a ser dada pelo STF na oportunidade. Por fim, algumas considerações conclusivas são realizadas, quanto ao objeto central do estudo – a adequação, ou não, das teorias tradicionais brasileiras sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais para

lidar com as circunstâncias de violações privadas ao princípio da igualdade, mediante a adoção de condutas discriminatórias.

Como estratégia para a discussão do caso concreto do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, deixou-se que a análise das falas dos atores que se manifestaram nos autos desse processo judicial apontasse quais seriam os pontos principais a serem abordados, especificamente no tocante à situação de negativa de uso do banheiro conforme ao gênero autoidentificado para os e as transexuais⁶. A partir disso, percebeu-se necessário empreender um aprofundamento no estudo de questões relativas à identidade de gênero, no que se ampara, precipuamente, em ideias centrais às teorias *queer*, que visam denunciar as estruturas sociais que conduzem a processos de diferenciação, mediante os quais certos gêneros são colocados na condição de inteligíveis socialmente e, quanto às pessoas desviantes em relação às normas de gênero, são essas relegadas à categoria de sujeitos abjetos.

Contudo, tendo-se em vista a necessidade de realizar uma delimitação temporal para a confecção da pesquisa, fora preciso adotar um marco para se proceder à leitura dos autos. Nesse sentido, avaliou-se aquilo que constava nos autos eletrônicos do processo judicial em questão até a data de 15 de junho de 2016, bem como o registro audiovisual (vídeo) da sessão de julgamento do dia 19 de novembro de 2015, disponibilizado pelo canal institucional do STF no sítio eletrônico do YouTube⁷.

Há que se ressaltar, contudo, que, como o feito se encontra sob vista do Min. Luiz Fux, não figuram nos autos os votos proferidos, à ocasião da sessão de julgamento anteriormente citada, pelo Min. Barroso e pelo Min. Fachin. Na oportunidade, afirmara o Min. Barroso que, em plenário, apresentaria apenas um resumo de seu voto escrito (BRASIL, 2015e) – ainda não juntado aos autos –, pelo que este estudo utilizou as considerações oralmente aduzidas na circunstância, registradas no vídeo acima referido. Quanto ao voto do Min. Fachin, esse também declarara, na sessão em questão, que apenas exporia um breve resumo do que elaborara (BRASIL, 2015e); entretanto, no tocante a este magistrado, a versão escrita, embora não tenha sido juntada aos autos, já fora divulgada em diversos sítios eletrônicos de conteúdo jurídico, pelo que a pesquisa utilizara, como referência, o documento disponibilizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

⁶ Em respeito à identidade de gênero das pessoas trans, no presente estudo a expressão “os transexuais” se reporta aos transexuais masculinos, indivíduos que, apesar de lhes ter sido atribuído o gênero feminino ao nascer, se identificam (e pertencem) com o gênero masculino; “as transexuais”, por sua vez, se refere aos sujeitos que, sendo-lhes designado o gênero masculino no nascimento, identificam-se e pertencem ao gênero feminino.

⁷ Para o link de acesso, conferir referências em Brasil (2015e).

2 O FENÔMENO DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Explicação inicial: contenda conceitual

Na doutrina nacional, é possível verificar uma disputa teórica a respeito de qual a correta terminologia a se utilizar para fazer referência à problemática posta ao fenômeno ora em análise¹ (incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas) – se se trata de um problema de eficácia, efeitos, aplicabilidade, vinculação, dentre outros conceitos. Igualmente, outra contenda conceitual existe a respeito da adequada referência terminológica ao fenômeno em si – se eficácia horizontal, eficácia privada, efeitos perante terceiros, vinculação dos particulares, dentre outros.

Para as pretensões do presente trabalho, contudo, esses debates são irrelevantes. Assim, opta-se por se referir indistintamente à problemática (como eficácia, efeitos, vinculação, incidência, etc.) e à terminologia adequada ao problema (eficácia privada, perante terceiros, etc.), motivo pelo qual o uso de quaisquer dessas expressões ao longo do texto possui o mesmo significado: se referir, de modo geral, à possibilidade de os direitos fundamentais, em controvérsias judiciais envolvendo sujeitos privados, ditar, de modo determinante ou adicional, a correta solução para o caso. Dito isso, passa-se a digressões gerais sobre o tema em questão.

2.2 Aspectos gerais sobre o tema

Historicamente, afirma-se que a discussão a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas teria se iniciado nas décadas de 50 e 60 do século XX, na Alemanha (DUQUE, 2013, p. 40). Ressalte-se que, comumente, os debates sobre o tema se centram em uma questão anterior – qual seja, se os direitos fundamentais, de fato, devem ser aplicados às relações jurídicas entabuladas por particulares – e, caso se aceite tal vinculação, em quais hipóteses isso ocorreria, e de que modo (DUQUE, 2013, p. 40).

Quanto à rejeição da eficácia desses direitos perante terceiros, os argumentos comumente aduzidos² se reportam à autonomia privada (o reconhecimento dessa aplicação

¹ Dentre outros, nota-se a dedicação de uma parte das obras de Sarlet (2000), Sarmiento (2010), Silva (2005) e Steinmetz (2004) exclusivamente para discorrer sobre a questão.

² Conforme se percebe a partir de Sarlet (2000), tais argumentos também são, por vezes, utilizados para criticar a tese da eficácia direta (imediata) dos direitos fundamentais, na defesa de uma incidência indireta (mediata).

implicaria a negação da autonomia privada dos particulares), à suposta supressão da autonomia científica do direito privado, bem como à ocorrência de uma insegurança jurídica em virtude da aceitação da tese (STEINMETZ, 2004). Entretanto, conforme Steinmetz (2004), atualmente, expressiva doutrina, bem como a jurisprudência de diversos países, aceitariam essa vinculação dos particulares a direitos fundamentais, motivo pelo qual restariam mais frutíferas as discussões a respeito do modo como tal eficácia se daria³.

Nesse âmbito, duas grandes vertentes teóricas foram elaboradas: as teorias da eficácia indireta (mediata) dos direitos fundamentais, bem como as da eficácia direta (imediata), destacando-se, ademais, posições intermediárias que negam a utilidade dessa contraposição, como o faz Robert Alexy (2008). Para o primeiro grupo, esses direitos seriam aplicados também nas relações privadas, mas dependeriam da mediação estatal – legislativa ou judicial, quando da interpretação – para tanto. Assim, não se poderia aplicar os direitos fundamentais *ex constitutione*, expressão utilizada por Steinmetz (2004).

Desse modo, a mediação legislativa daria concretude aos direitos fundamentais, criando regras de direito privado que, amparadas nesses direitos, permitiriam a sua incidência nas relações entre os particulares. Ocorre que, conforme ressaltado, as teorias da eficácia indireta reconhecem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas não apenas por meio de uma mediação legislativa, mas também judicial. Nesse sentido, essa poderia se dar ao menos de duas formas, de acordo com Steinmetz (2004, p. 145): quando os magistrados interpretam e aplicam os textos de normas privadas, em conformidade aos direitos fundamentais (técnica da interpretação conforme os direitos fundamentais) e, ademais, mediante o preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais e conceitos jurídicos

Acredita-se que em virtude disso é que Duque (2013, p. 97) afirma que, na realidade, “grande parte das críticas dirigidas pela doutrina ao reconhecimento de uma *Drittwirkung* não se devem ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em si, mas sim a modalidade pela qual essa eficácia é reconhecida”.

³ Aqui, cumpre adiantar, como será feito posteriormente, que a prática jurisprudencial norte-americana tende a negar, de um modo geral, a eficácia privada dos direitos fundamentais, amparada da doutrina dos atos de Estado. Eventualmente, entretanto, os tribunais desse país os aplicam em tais hipóteses, conforme a teoria da função pública. Ademais, é possível verificar algumas posições doutrinárias que, embora aparentemente neguem tal vinculação, na prática apenas ocultam e tornam obscuro o problema em questão, como seria o caso da teoria da imputação de Jürgen Schwabe (denominada, por Sarlet (2000, p. 77), “teoria da convergência estatista”). Para referido jurista, os problemas que envolvem a violação privada a direitos fundamentais podem ser resolvidos, sem maiores riscos de discussões teóricas, com base na clássica concepção desses direitos enquanto direitos de defesa ante o Estado, posto que toda lesão de particulares a direitos fundamentais deveria ser imputada ao Estado (STEINMETZ, 2004, p. 175-176). Nesse sentido, as violações dessa ordem derivariam, em última instância, “de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal. Se o Estado – por meio da legislação, jurisdição e administração – não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, então o Estado a permite” (STEINMETZ, 2004, p. 176). Para objeções a essa teoria, cf. Sarlet (2000, p. 80-82) e Steinmetz (2004, p. 176-178).

indeterminados do direito privado com os valores que defluem desses direitos. Nesta hipótese, a adoção de cláusulas gerais permitiria aos juízes promover uma infiltração dos direitos fundamentais na legislação privada, contribuindo para a efetivação da força de irradiação desses direitos nos âmbitos jurídico-privados⁴.

Paradigmática no reconhecimento dessa vinculação dos particulares, e compreendida como uma expressão da teoria indireta em questão, seria a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no caso *Lüth*, datada de 1958 (DUQUE, 2013, p. 231; SILVA, 2005, p. 80; STEINMETZ, 2004, p. 136). Na ocasião, considerando que qualquer disposição de direito privado deveria ser interpretada à luz dos direitos fundamentais, tal tribunal considerou indevida a indenização concedida na instância inferior por ter Erich Lüth proposto um boicote a um filme do diretor Veit Harlan, em razão do direito à liberdade de expressão⁵ (SILVA, 2005, p. 80). A disposição de direito privado em questão, lida conforme esse direito fundamental, seria, especialmente, a cláusula dos bons costumes constante no § 826 do Código Civil alemão, que determinaria o dever de indenizar àquele que, agindo de forma contrária aos bons costumes, causar prejuízo a outrem (SILVA, 2005, p. 80).

Do ponto de vista teórico, uma das doutrinas incipientes no debate alemão a respeito da eficácia privada dos direitos fundamentais, adotando a vertente mediata quanto à questão, seria a de Günther Durig (DUQUE, 2013, p. 195; STEINMETZ, 2004, p. 136). Para esse jurista, os direitos fundamentais constituiriam uma parte especial de um sistema de valores, mas que, apesar disso, não poderiam ser aplicados diretamente no tráfego jurídico privado, visto que todos os demais particulares também seriam portadores de direitos fundamentais

⁴ Sarlet (2000, p. 69) bem resume as teses defendidas pelas teorias da eficácia indireta, segundo as quais “os direitos fundamentais não são – segundo esta concepção [eficácia mediata] – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado”.

⁵ Para um resumo completo do caso, conferir o relato elaborado por Silva (2005, p. 80): “em 1950, Eric Lüth, presidente de uma associação de imprensa em Hamburgo, na Alemanha, em uma conferência na presença de diversos produtores e distribuidores de filmes para cinema, defendeu um boicote ao filme *Unsterbliche Geliebte (Amantes imortais)*, do diretor Veit Harlan, que, na época do regime nazista, havia dirigido filmes anti-semitas e de cunho propagandístico para o regime em vigor. Diante disso, o produtor do filme ajuizou ação, considerada procedente pelas instâncias inferiores, contra Lüth, com o intuito de exigir indenização e proibi-lo de continuar defendendo tal boicote, com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual ‘aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo’. Em face do resultado, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, que anulou as decisões inferiores, sustentando que elas feriam a livre manifestação do pensamento de Lüth. Mas a decisão não se fundou em uma aplicabilidade direta do direito à manifestação do pensamento ao caso concreto, mas em uma exigência de interpretação do próprio § 826 do Código Civil alemão, especialmente do conceito de *bons costumes* [...]”.

(DUQUE, 2013, p. 197). Apesar disso, o conteúdo valorativo que expressam preencheria os conceitos privados, bem como as cláusulas gerais, em graus variados de intensidade (DUQUE, 2013, p. 196).

Assim, os direitos fundamentais, em maior ou menor grau, devem concretizar os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais como linhas diretas de interpretação, clarificando-as [...], acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo [...] ou, em casos extremos, colmatando e preenchendo as lacunas [...] (DUQUE, 2013, p. 196).

Ocorre que, como dito, também se verifica, na temática, a existência de teorias que defendem a aplicabilidade direta (imediate) dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse sentido, a ausência de legislação infraconstitucional (mediação legislativa) não implicaria a impossibilidade da incidência de determinado direito fundamental em controvérsia envolvendo particulares (SILVA, 2005, p. 89). Em hipóteses tais, a despeito disso, deveriam os magistrados aplicá-los *ex constitutione*⁶.

Aqui, quando do surgimento do debate acadêmico sobre a questão, no contexto alemão, destacou-se a opinião de Hans Carl Nipperdey (DUQUE, 2013, p. 103; SARMENTO, 2010, p. 204; SILVA, 2005, p. 87; STEINMETZ, 2004, p. 164). De acordo com tal jurista, não obstante alguns direitos fundamentais vincularem apenas o Estado, outros, em razão de sua natureza, incidiriam diretamente nas relações privadas, sem ser necessário indagar sobre a execução efetiva de um suposto papel mediador exercido pelo legislador (SARMENTO, 2010, p. 204). Para Nipperdey, isso decorreria da “constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral” (SARMENTO, 2010, p. 204-205). Assim, esses direitos atribuiriam um *status socialis* aos sujeitos privados, ou seja, garantiriam uma posição jurídica ao particular diante dos demais (STEINMETZ, 2004, p. 165).

Outro ponto importante, na doutrina de Nipperdey, seria a desnecessidade de “artimanhas interpretativas” para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (SILVA, 2005, p. 87). Como o ordenamento jurídico seria uma unidade, e todo direito apenas

⁶ É importante ressaltar que a tese da vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais não implica, necessariamente, que todos os direitos dessa espécie seriam aplicáveis às relações privadas (SILVA, 2005, p. 91). Apenas de acordo com a casuística de cada direito fundamental específico é que a análise dessa aplicação deve ser efetivada (SILVA, 2005, p. 91). Desse modo, essa vertente teórica apenas defende que “se o direito fundamental for aplicável às relações entre particulares, *então* essa aplicação será direta” (SILVA, 2005, p. 91, grifo do autor).

poderia ser considerado válido caso estivesse abarcado no âmbito dos limites impostos constitucionalmente, as normas constitucionais prescindiriam de cláusulas gerais legais como pontos para a infiltração dos direitos fundamentais (SILVA, 2005, p. 87).

Sobre essa vertente (teoria imediata ou direta), destaca-se que é comum a afirmação de que, jurisprudencialmente, no Brasil, ter-se-ia a adotado, não obstante a ausência da construção de uma tese propriamente dita pelo STF (SARMENTO, 2010, p. 250; SILVA, 2005, p. 93). Paradigmáticas, nesse sentido, seriam as decisões da Suprema Corte no âmbito do Recurso Extraordinário nº 158.215-RS (aplicação do direito ao devido processo legal e à ampla defesa a associado excluído de sociedade, fundada em conduta contrária aos estatutos)⁷ e do Recurso Extraordinário nº 161.243-DF (violação privada ao princípio da isonomia – estabelecimento de estatutos diferenciados de pessoal pelo empregador conforme a nacionalidade do empregado)⁸, ambas datadas de 1996 (SILVA, 2005, p. 93-94).

De modo intermediário, negando a importância dada à distinção em questão, é possível ressaltar a opinião de juristas como Robert Alexy. De acordo com esse jusfilósofo, as teorias que comumente tratam do fenômeno estariam equivocadas ao pressupor que a construção que cada uma defende é correta e, as demais, erradas. Uma solução que se poderia reputar adequada deveria ser um modelo composto por todos os aspectos ressaltados por essas diversas vertentes (ALEXY, 2008, p. 533).

⁷ É a ementa do julgado: “DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa” (BRASIL, 1996a).

⁸ “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido” (BRASIL, 1996b).

Desse modo, Alexy elabora três níveis que integrariam o modelo por ele proposto, que mutuamente se implicariam: “o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados” (ALEXY, 2008, p. 533). Quanto ao primeiro, abarca a teoria dos efeitos indiretos, em que as normas definidoras de direitos fundamentais seriam compreendidas como princípios objetivos, irradiantes perante todo o ordenamento jurídico, impondo ao Estado um dever de considerá-las obrigatoriamente quando da solução de controvérsias jurídico-civis (ALEXY, 2008, p. 533).

Ocorre que, por si só, o reconhecimento desse dever não retrata de modo pertinente toda a complexidade do fenômeno. Assim, Alexy (2008, p. 534) se reporta ao segundo nível do seu modelo, que seria o dos direitos em face do Estado, em relação aos direitos fundamentais aplicáveis nas relações privadas. Trata-se de um direito voltado à jurisdição civil, mediante o qual se poderia compreender não só que o Estado tem o dever de levar os direitos fundamentais em consideração na solução de controvérsias privadas, na forma de princípios objetivos, mas que isso geraria aos indivíduos um direito subjetivo, em face desse, que seria violado caso o poder estatal não agisse daquele modo (ALEXY, 2008, p. 534-535). Tal construção não afirma, contudo, que sempre a solução dada pelo Poder Judiciário deverá ser conforme ao direito fundamental alegado; implica, apenas, que essa posição jusfundamental deve ser levada em consideração na medida do possível (ALEXY, 2008, p. 538), mormente em razão da necessidade de se dar a devida importância ao princípio formal da democracia, que pugna pelo respeito às decisões do Poder Legislativo (ALEXY, 2008, p. 537).

No tocante ao terceiro nível exposto por mencionado jurista, consiste no dos efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações privadas (ALEXY, 2008, p. 538). Aqui, o que se deveria entender por efeitos diretos seria não que os direitos fundamentais consubstanciariam, ao mesmo tempo, além de direitos em face do Estado, direitos de um indivíduo contra outros, o que se demonstraria incorreto por razões conceituais (ALEXY, 2008, p. 538). Significa, unicamente, que, nessas relações particulares, há direitos e liberdades que decorrem de razões ligadas a direitos fundamentais, que não existiriam caso tais direitos fundamentais não fossem dotados de eficácia entre privados (ALEXY, 2008, p. 539). Desse modo, “os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares que são necessários em razão da existência desses princípios, mas que não o seriam na sua ausência” (ALEXY, 2008, p. 539).

Dito isso, Alexy (2008) ressalta que os três níveis do modelo proposto se complementam e possuem os mesmos efeitos práticos. A escolha por qual nível adotar numa

fundamentação jurídica seria, assim, uma questão de conveniência argumentativa (ALEXY, 2008, p. 540). Percebe-se, portanto, que a distinção entre uma eficácia direta ou indireta estaria vinculada mais ao nível da argumentação utilizado pela parte.

Ademais, insta ressaltar a peculiaridade do trato jurisprudencial da questão no âmbito norte-americano, em que, comumente, se afirma uma negação da eficácia privada dos direitos fundamentais, pautada na doutrina dos atos de Estado (*State Action Doctrine*) (SARMENTO, 2010, p. 189)⁹. Segundo referida concepção teórica, os direitos fundamentais não seriam oponíveis perante outros particulares¹⁰, implicando limitação apenas à atuação dos poderes públicos¹¹ (SARMENTO, 2010, p. 189).

Ocorre que a prática jurisprudencial desse país mitiga essa não aplicação, ao adotar a teoria da função pública (*public function theory*) em determinados casos, equiparando alguns atos de particulares a atos de Estado e, com isso, aceitando a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo essa teoria, quando os particulares agem no exercício de atividade de natureza típica estatal, sujeitam-se igualmente às limitações impostas pelas normas constitucionais (SARMENTO, 2010, p. 190). É importante destacar que, para parcela da doutrina, a aplicação da teoria da função pública é feita de forma casuística pelos tribunais norte-americanos, o que denota uma discricionariedade (num sentido pejorativo, de arbitrariedade) na utilização do recurso argumentativo a tal teoria (SARMENTO, 2010, p. 192; SILVA, 2005, p. 100-101)¹².

Para Sarmiento (2010, p. 192), outra hipótese de mitigação da doutrina do *state action* seria os casos em que é possível o estabelecimento de uma conexão de natureza profunda entre a conduta privada e alguma entidade governamental. Um dos precedentes que teria

⁹ Apesar de ser comum referida afirmação, Silva (2005, p. 99) compreende que é um equívoco asseverar que a doutrina do *state action* nega a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Para referido jurista, adotar tal postura seria confundir os fundamentos dessa teoria com seus efeitos (SILVA, 2005, p. 99). Nesse sentido, embora os fundamentos da doutrina se reportem a uma restrição da aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre particulares e o Estado, a construção jurisprudencial dessa teoria “tem por objetivo justamente romper com essa limitação e, para alcançar esse objetivo, tenta definir – ainda que de forma assistemática e casuística – quando uma ação privada é equiparável a uma ação pública” (SILVA, 2005, p. 100).

¹⁰ A exceção seria a 13ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que proibiu a escravidão (SARMENTO, 2010, p. 189).

¹¹ Segundo Sarmiento (2010, p. 189), os fundamentos da referida doutrina perpassam a textualidade das normas definidoras de direitos fundamentais, no âmbito da Constituição dos Estados Unidos; o suposto risco de supressão da autonomia privada; o modelo de pacto federativo adotado naquele país (repartição de competências), posto que é de competência dos Estados legislar sobre direito privado e, caso se aceitasse a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, ocorreria o risco de as Cortes Federais intervirem na forma de ordenar as relações privadas, sob pretexto de aplicação da Constituição.

¹² A prova disso seria que, corriqueiramente, quando equiparam os atos privados a um ato de Estado, os tribunais reconhecem a invalidade desses em relação aos direitos fundamentais (SILVA, 2005, p. 106).

adotado essa perspectiva, no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, seria o caso *Shelley v. Kraemer*, em que se considerou que o Judiciário estaria corroborando com uma atuação discriminatória privada, caso decidisse de modo favorável aos autores, proprietários de imóveis numa mesma área na qual existia uma convenção privada proibindo a alienação de imóveis a negros (SARMENTO, 2010, p. 192). Na situação em questão, visavam esses obter a anulação judicial de uma venda de imóvel efetivada a um sujeito negro, com base nas disposições da referida convenção (SARMENTO, 2010, p. 192). Desse modo, fundada na argumentação expendida, tal Corte rejeitou o pleito dos autores, reconhecendo a presença de uma atuação estatal no caso (SARMENTO, 2010, p. 192).

Destacados esses aspectos gerais sob o fenômeno ora analisado, cumpre expor as teses defendidas na doutrina nacional a respeito da questão. Assim, a seção seguinte é dedicada à síntese de escritos de Ingo Sarlet (2000), Daniel Sarmento (2010), Wilson Steinmetz (2004), Virgílio da Silva (2005) e Marcelo Duque (2013) quanto ao tema.

2.3 A doutrina nacional: os juristas e suas teses

2.3.1 Ingo Sarlet

Conforme Sarlet (2000, p. 58) a natureza peculiar do problema da vinculação privada a direitos fundamentais decorre do fato de que, de um modo geral, todos os particulares envolvidos são titulares desses direitos, o que implicaria na necessidade de se efetivar restrições recíprocas. No caso das relações de que participa o poder público, essa dificuldade não se apresenta porque, a princípio¹³, esse não poderia se valer de direitos fundamentais em face do sujeito privado (SARLET, 2000, p. 58-59).

Assim, quanto à temática, afirma Sarlet (2000, p. 61) que diversas normas de direitos fundamentais, por óbvio, não seriam oponíveis aos particulares, notadamente quando possuem como destinatários exclusivos os órgãos estatais (direitos à nacionalidade, direitos de asilo, dentre outros)¹⁴. Lado outro, certos direitos fundamentais vinculariam de modo expresso, senão unicamente, também os particulares (direito à inviolabilidade do domicílio

¹³ Ressalte-se que em determinadas ocasiões o poder público poderia ser titular de direitos fundamentais, como seria exemplo o direito de propriedade (SARLET, 2000, p. 59, nota 11).

¹⁴ Apesar disso, anota Sarlet (2000, p. 62) que “mesmo os direitos fundamentais destinados, em princípio, ‘exclusivamente’ ao poder público não deixam, em certa medida, de ter uma eficácia no âmbito das relações privadas, já que, consoante já assinalado, vinculam diretamente o legislador privado, da mesma forma como vinculam os juízes e Tribunais ao aplicarem o Direito Privado à luz da Constituição e dos direitos fundamentais”.

(art. 5º, XI, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)), direitos trabalhistas (art. 7º, CRFB/88), etc.) (SARLET, 2000, p. 62). Em virtude disso, a discussão sobre a eficácia ou não desses direitos nas relações privadas importa principalmente ao rol de direitos não compreendidos nas duas hipóteses anteriormente descritas.

Dito isso, destaque-se que referido jurista sustenta a tese de que, a princípio, todos os direitos fundamentais¹⁵, exceto os que vinculam exclusivamente o poder público, teriam, de alguma forma, eficácia direta em relação aos particulares (SARLET, 2000, p. 90). Um primeiro argumento histórico, baseado na doutrina de Peaces-Barba – e ao qual reconhece que não se deve dar excessiva importância – seria o de que as teorias contratualistas conceberam os direitos naturais como direitos dos indivíduos entre si, visto que inexistiria poder público no Estado de natureza (SARLET, 2000, p. 91).

Para além disso, apesar de não contar com disposição expressa nesse sentido, compreende Sarlet (2000, p. 94) que a vinculação direta dos sujeitos privados aos direitos fundamentais decorreria diretamente da CRFB/88. Ademais, embora a eficácia desses direitos nas relações privadas não se restrinja às hipóteses de inequívoca desigualdade fática entre os sujeitos em questão¹⁶, no Brasil esse fator teria um peso importante, no sentido de se reconhecer uma postura mais protetora e interveniente do Estado, dados os elevados índices de opressão socioeconômica no país (expressiva desigualdade fática) (SARLET, 2000, p. 95).

De acordo com Sarlet (2000, p. 98), os problemas comumente postos à vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais, por parte dos defensores da tese da eficácia indireta¹⁷, poderiam ser evitados, visto que a questão central seria dar uma solução adequada, no sentido de qual seria a intensidade dessa vinculação, bem como as consequências práticas daí extraídas em um caso concreto. Para tanto, urge considerar a peculiaridade já ressaltada envolvida nessas hipóteses, consubstanciada na titularidade de direitos fundamentais atribuída a todos os sujeitos (SARLET, 2000, p. 98).

¹⁵ A interpretação aqui é ampla, posto que, na opinião de tal jurista, todas as espécies de direitos fundamentais vinculariam, de alguma forma, os particulares, inclusive os direitos sociais, não se realizando distinção, para tais fins, entre direitos defensivos e direitos prestacionais (SARLET, 2000, p. 96). Ademais, alguns direitos prestacionais previstos na CRFB/88 de fato teriam como destinatários principais os sujeitos privados, como o direito ao salário mínimo, entre outros (SARLET, 2000, p. 96).

¹⁶ Destaque-se que a desigualdade fática entre os indivíduos é um fundamento comumente utilizado, em âmbito doutrinário, para se reconhecer a legitimidade da intervenção do Estado nas relações privadas, a pretexto de proteger direitos fundamentais. Tal argumento corriqueiramente é atrelado à perspectiva da identificação da existência de poderes sociais privados, que, ao lado do poder estatal, também imporiam riscos aos sujeitos (SARLET, 2000; STEINMETZ, 2004).

¹⁷ Para um resumo dos principais argumentos formulados pelos defensores da tese da eficácia indireta, bem como a resposta formulada por tal jurista, cf. Sarlet (2000, p. 86-90).

Assim, considerando-se que as normas de direitos fundamentais não são homogêneas, bem como a força de alguns argumentos aduzidos pelos que sustentam a tese da eficácia mediata (como o referente à titularidade desses direitos por parte dos sujeitos envolvidos), referido jurista reconhece apenas uma eficácia direta *prima facie*, ou seja, nega uma vinculação dos particulares de caráter absoluto, rejeitando a possibilidade de se adotar soluções uniformes (SARLET, 2000, p. 98). Tal conclusão decorreria, sobretudo, da estrutura normativa desses direitos, bem como de sua natureza eminentemente principiológica (SARLET, 2000, p. 98-99).

Desse modo, a solução distinta, que levaria em consideração dois fatores – os dados do caso concreto e as espécies de direitos fundamentais em conflito –, se torna um problema de ponderação (SARLET, 2000, p. 99). Assim, as situações de tensão entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais requerem uma análise tópico-sistemática, tratada de modo semelhante às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de titulares diversos, atentando-se, sempre, a uma perspectiva de ponderação de valores, na busca do equilíbrio e da concordância prática (SARLET, 2000, p. 100-101).

2.3.2 Daniel Sarmento

Daniel Sarmento, na obra *Direitos fundamentais e relações privadas*, oriunda de sua tese de doutoramento, debate sobre o tema sob análise, qual seja, a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares. Na ocasião, o objetivo principal era abordar a forma, fundamentos, condições e limites para essa incidência, bem como elaborar alguns *standards* que pudessem auxiliar os juristas na ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, ao nível da dogmática constitucional (SARMENTO, 2010).

Assim, para a construção de suas teses, afirma que a CRFB/88 não é apenas o principal documento normativo do Estado brasileiro, que buscaria definir a organização estatal e a relação entre os governantes e governados. É, além disso, a estrutura básica para a conformação da vida social no país (SARMENTO, 2010, p. 235). Apesar dessa afirmação, seria incorreto adotar às relações privadas o mesmo regime de submissão a direitos fundamentais quando se trata de controvérsia envolvendo indivíduos e poder público (SARMENTO, 2010, p. 235-236).

Desse modo, no tocante aos direitos fundamentais individuais¹⁸, entende que a incidência desses direitos nas relações privadas deve se dar de forma direta (imediate). Nesse sentido, ao adotar um modelo intervencionista de Estado, albergando amplo espectro de direitos sociais e econômicos – como os dos arts. 6º e 7º –, a CRFB/88 rejeita tanto a tese da não vinculação dos particulares a tais direitos, quanto uma posição mais compromissória e conservadora dessa eficácia, como se estivesse submetida à necessária atuação mediadora do Poder Legislativo (tese da eficácia indireta ou mediata) (SARMENTO, 2010, p. 237). Trata-se, portanto, de uma Constituição que alberga um projeto progressista, de emancipação social dos excluídos (SARMENTO, 2010, p. 245).

Ademais, salvo algumas exceções, como os direitos fundamentais dos presos, a redação dos dispositivos constitucionais que albergam direitos de tal ordem não restringiria sua aplicação às relações entre indivíduos e Estado. Ao contrário, sugeriria uma sujeição passiva universal (SARMENTO, 2010, p. 238).

Demais disso, Sarmento (2010, p. 238-239) destaca que, no contexto brasileiro, a sociedade seria extremamente desigual (injusta/assimétrica), o que justificaria uma tutela reforçada dos direitos fundamentais, inclusive no âmbito das relações privadas. Tratar-se-ia, portanto, da necessidade de se adotar uma interpretação constitucional comprometida com a alteração do *status quo* (SARMENTO, 2010, p. 239).

Reforçaria a posição do mencionado jurista, também, o papel central conferido à dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, compreendendo os direitos fundamentais como concretizações daquela, esses deveriam se expandir para todos os âmbitos de incidência de tal valor fundamental, de forma incondicionada à suposta necessidade de mediação legislativa (SARMENTO, 2010, p. 244-245).

Dito isso, cumpre aclarar a posição do referido autor, quanto à tese da eficácia direta. Embora aduza o argumento da desigualdade fática acentuada existente na sociedade brasileira, como um reforço a seu posicionamento, ressalta que tal vinculação direta ocorre não apenas quando essa se verifica entre os atores privados (SARMENTO, 2010, p. 245). Nesse sentido, esse dado da realidade seria apenas uma consideração relevante quando da realização de uma ponderação entre direitos fundamentais e autonomia privada, no âmbito de determinada controvérsia sobre a questão (SARMENTO, 2010, p. 245).

¹⁸ A análise das demais categorias de direitos fundamentais é feita de modo separado por mencionado jurista, pelo que, apenas ao final da exposição de suas teses, essas serão abordadas.

Apesar de defender a tese da vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, destaca Sarmiento (2010, p. 256) que essa não seria incompatível com o reconhecimento da eficácia irradiante desses direitos. Ademais, os efeitos indiretos não se restringiriam à interpretação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados; todas as normas de direito privado deveriam ser compreendidas de modo conforme à CRFB/88 (SARMENTO, 2010, p. 256).

Portanto, a incidência dos direitos fundamentais entre particulares não se daria apenas na forma do reconhecimento de direitos subjetivos a atores privados. Nesse sentido, os direitos individuais poderiam ser aplicados também na interpretação de cláusulas contratuais, declarações de vontade ou limites ao poder de regulação jurídica por fontes não estatais (como estatutos de associações, regulamento interno de empresas, etc.), o que coaduna com a existência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2010, p. 257).

Contudo, referido jurista nota que, regra geral, esses direitos não implicam a atribuição de deveres de proteção aos particulares (SARMENTO, 2010, p. 258). Assim, em um Estado de Direito, em que o poder público reivindica para si o monopólio do exercício da força, cumpriria a este a proteção dos direitos fundamentais dos atores privados (SARMENTO, 2010, p. 258). Isso não significa, entretanto, que tais direitos não poderiam implicar no reconhecimento de uma obrigação positiva dos indivíduos, no âmbito das relações privadas, posto que tal seria possível, a depender da situação concreta¹⁹ (SARMENTO, 2010, p. 258).

Além disso, conforme Sarmiento (2010, p. 259) o fato de os direitos fundamentais serem aplicáveis às relações privadas não significa que devem o ser do mesmo modo quando se trata de situações envolvendo os indivíduos e o Estado. Assim, comumente se afirma que a forma de resolver essas controvérsias, de modo diferenciado, perpassa a realização de uma ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada²⁰ – que, a princípio, deve ser realizada pelo legislador, mas que, em razão da adoção da tese da eficácia imediata, não impede a atuação direta dos juízes, no tocante à questão, na inércia daquele (SARMENTO, 2010, p. 260-261).

¹⁹ Nesse sentido, Sarmiento (2010, p. 258-259) menciona a hipótese de uma instituição financeira que, em igualdade de condições, se negue a fornecer crédito a pessoas negras. Nessa situação, possível seria, judicialmente, condená-la ao oferecimento do mencionado crédito (obrigação positiva), independente das demais consequências jurídicas advindas do fato (SARMENTO, 2010, p. 258-259).

²⁰ Aqui, importante ressaltar que mencionado jurista trabalha com uma concepção ampla de autonomia privada, que não se restringe apenas à autonomia negocial, abarcando também aspectos relativos às escolhas existenciais (SARMENTO, 2010, p. 142).

Desse modo, para tentar tornar essa ponderação racionalmente controlável, embora sem pretensões de resolver a questão mediante a apresentação de fórmulas matemáticas, referido jurista elabora alguns *standards* que auxiliariam os magistrados a resolverem esses casos, bem como a crítica especializada a avaliar a solução dada. Assim, uma primeira consideração relevante seria a afirmação de que, nas situações envolvendo desigualdades fáticas entre os indivíduos, a autonomia privada teria um peso menor na ponderação, por se pressupor que essa assimetria impede o real exercício da liberdade por parte do sujeito hipossuficiente (SARMENTO, 2010, p. 261-261). Para Sarmiento (2010, p. 158), quando o direito intervém em relações materialmente desiguais, não está menosprezando a autonomia privada, mas a valorizando, posto que a liberdade deve ser interpretada em conformidade com a igualdade.

Portanto,

quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa (SARMENTO, 2010, p. 261).

Insta salientar, contudo, que o grau de desigualdade material entre os atores privados envolvidos em determinada controvérsia é apenas um dos fatores a serem ponderados em casos relacionados à aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, pelo que, a cada caso concreto, outras circunstâncias específicas podem influir na resolução do problema (SARMENTO, 2010, p. 264). Ademais, isso não afasta a incidência dos direitos fundamentais em relações privadas simétricas, em que não há uma desigualdade fática acentuada (SARMENTO, 2010, p. 265); em casos tais, entretanto, o peso da autonomia privada é maior, posto que se retira a presunção de ausência de liberdade real na atuação de um dos sujeitos privados (SARMENTO, 2010, p. 266).

Em que pese o aqui afirmado, mesmo nas hipóteses de relações assimétricas, a solução em prol dos direitos fundamentais nunca é automática, devendo-se analisar a totalidade das circunstâncias do caso concreto (SARMENTO, 2010, p. 266). Assim, influi sempre a natureza jurídica do vínculo em questão (relacionamento entre as partes), bem como “o liame existente, em cada caso, entre o tipo de poder exercido pela parte mais forte da relação e a natureza do direito fundamental em jogo” (SARMENTO, 2010, p. 267).

Além disso, cumpre ressaltar a distinção efetivada por Sarmiento, entre as liberdades de cunho existencial e as de caráter econômico-patrimonial. Isso porque, conforme esse

jurista, na CRFB/88, a proteção à autonomia privada seria heterogênea, “mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial” (SARMENTO, 2010, p. 177). Parte dessa afirmação poderia ser creditada à análise de alguns dispositivos constitucionais, em que restaria clara a rejeição a um liberalismo econômico exacerbado na atual ordem constitucional.

Nesse sentido, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, a livre iniciativa, além de ser considerada um valor social, é apontada ao lado do trabalho (art. 1º, IV, CRFB/88); a ordem econômica visa assegurar uma existência digna, conforme os ditames sociais, a todos (art. 170, CRFB/88); a propriedade condiciona-se por sua função social (art. 5º, XXII e XXIII e art. 170, II e III, ambos da CRFB/88); dentre outros (SARMENTO, 2010, p. 176).

No tocante às liberdades existenciais, por sua vez – privacidade, liberdade de religião, liberdade de expressão, etc. –, anota Sarmento (2010, p. 177) que seriam direitos necessários à vida digna, que não constituiriam “meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos”. Entretanto, ressalta que essa posição preferencial não significa atribuir um caráter absoluto a essas liberdades, posto que poderiam ser ponderadas com outros direitos e princípios constitucionais, mas reconhecer que descabe ao Estado “avaliar se as liberdades existenciais estão ou não sendo exercidas no sentido que ele considerar mais apropriado” (SARMENTO, 2010, p. 177), sob pena de romper com a autonomia privada dos indivíduos.

Cumprido destacar, contudo, uma ressalva feita pelo jurista. A distinção entre liberdades existenciais e liberdades de caráter patrimonial não é tão rígida e clara assim, como a argumentação parece pressupor. Em virtude disso, embora algumas liberdades sejam exclusivamente patrimoniais ou existenciais, diversas outras têm aspectos de ambas. Nesses casos, a proteção constitucional à liberdade em questão será menor ou maior de acordo com o tipo com o qual esse direito mais se aproxima: se existencial ou patrimonial (SARMENTO, 2010, p. 180).

Desse modo, conclui Sarmento (2010, p. 267) que a proteção à autonomia privada seria mais forte nas liberdades existenciais, caso em comparação com as liberdades patrimoniais. Ainda assim, no âmbito das relações econômico-patrimoniais, há que se estabelecer uma distinção entre vínculos que envolvem bens essenciais e os que se referem a bens supérfluos. A autonomia privada possuiria um peso maior quando em questão está uma relação que tem por objeto um bem supérfluo, de modo que, nas situações que versam sobre

bens essenciais para a vida humana, o direito fundamental contraposto mereceria uma tutela mais acentuada (SARMENTO, 2010, p. 267).

Em resumo, nas palavras de Sarmiento (2010, p. 268),

podemos afirmar que o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão examinada. Quando tratar-se de hipótese envolvendo decisão de caráter eminentemente econômico-patrimonial, a importância dada à autonomia privada será menor, sobretudo quando estiver em jogo algum bem material considerado essencial à vida humana. Já quando a decisão em causa ligar-se a alguma escolha em que se manifeste mais intensamente a dimensão afetiva da personalidade, ou quando ela envolver mais profundamente a esfera da privacidade do agente, aí o peso atribuído à autonomia privada na ponderação de interesses terá de ser necessariamente maior.

Assim, percebe-se que a proteção conferida à autonomia privada resta maior não no âmbito dos contratos e demais negócios jurídicos de caráter patrimonial, mas, principalmente, no tocante às vivências afetivas (SARMENTO, 2010, p. 269). Em casos tais, remanesce um espaço maior de liberdade à atuação dos particulares, por envolver, de modo mais intenso, opções existenciais das pessoas (SARMENTO, 2010, p. 269).

Além disso, outra questão deve ser destacada, quanto à temática. Nesse sentido, as violações a direitos fundamentais de um indivíduo, no âmbito das relações privadas, podem ocorrer tanto em virtude de atos unilaterais quanto em negócios bilaterais (SARMENTO, 2010, p. 269). No primeiro caso, os direitos fundamentais respectivos devem ser ponderados com a autonomia privada do indivíduo que atuou unilateralmente; na segunda situação, em que há um negócio bilateral, tais direitos são sopesados com a autonomia privada de todos os sujeitos envolvidos, caso em que a controvérsia atrai também discussões sobre a possibilidade e limites à renúncia a direitos fundamentais²¹ (SARMENTO, 2010, p. 270).

Demais do exposto, Sarmiento ressalta a situação particular do problema quando se trata de sujeitos componentes de comunidades étnicas e culturais minoritárias. Por a CRFB/88 adotar um modelo plural de Estado, que protege as manifestações e modos de vivência dessas etnias, os *standards* para se decidir pela incidência ou não de certos direitos fundamentais sobre casos concretos versando sobre essas comunidades não podem ser os mesmos daqueles acima retratados, sob pena de ignorar as peculiaridades dessas populações – com o risco de se impor um etnocentrismo –, sem se reconhecer, necessariamente, a impossibilidade de

²¹ Ainda que de forma breve, dados os limites do trabalho, Sarmiento (2010, p. 270) se refere a duas condicionantes à validade da autolimitação dos direitos fundamentais, tradicionalmente reconhecidas pela doutrina: a necessidade de que a renúncia seja verdadeiramente livre e, ademais, a ausência de afetação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do sujeito, bem como à dignidade da pessoa humana.

aplicação desses direitos nessas hipóteses (SARMENTO, 2010, p. 271). Assim, enquanto direito fundamental, o direito à identidade cultural deve ser considerado nas ponderações efetivadas nesses casos (SARMENTO, 2010, p. 271).

Ocorre que mencionado jurista também aborda a possibilidade (e o modo) de incidência dos direitos sociais, políticos e transindividuais na esfera privada. A análise separada, se comparada aos direitos individuais, seria necessária em virtude das particularidades de tais direitos.

Desse modo, em se tratando de direitos sociais – exceto os de natureza trabalhista, cuja eficácia entre particulares seria manifesta –, como os presentes no art. 6º, CRFB/88, entende que a solução da questão perpassa a distinção entre duas dimensões estruturais desses direitos: a dimensão defensiva e a prestacional (SARMENTO, 2010, p. 292). Assim, contrariamente à doutrina de teor mais tradicional, tal jurista compreende que as duas dimensões podem estar presentes nesses direitos, sendo que apenas no caso concreto seria possível avaliar qual prevalecerá (SARMENTO, 2010, p. 292).

Nesse sentido, em relação à dimensão defensiva, tem-se que essa impõe uma obrigação de caráter negativo, ou seja, uma “exigência de abstenção de condutas que possam lesionar ou ameaçar os bens jurídicos por eles [direitos sociais] tutelados” (SARMENTO, 2010, p. 292). Lado outro, a dimensão prestacional “corresponde a deveres comissivos atribuídos ao pólo passivo da relação jusfundamental” (SARMENTO, 2010, p. 292).

Feita essa distinção, afirma Sarmento (2010, p. 292-293) que a dimensão negativa dos direitos sociais possui a mesma eficácia entre privados que os direitos individuais, de forma que o modo de sua aplicação nessas relações seria similar, devendo ocorrer uma ponderação entre a autonomia privada e tais direitos. Em relação à dimensão positiva, principalmente em razão do objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1º, III, CRFB/88), mencionado jurista não recusa, *a priori*, a possibilidade de sua eficácia entre privados.

Assim, anota que, a princípio, o equacionamento da tensão entre a autonomia privada e a solidariedade seria tarefa do legislador (SARMENTO, 2010, p. 297). Contudo, ainda que ausente mediação legislativa, os direitos sociais e econômicos deveriam influenciar nos momentos de interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais privadas (SARMENTO, 2010, p. 299), bem como na interpretação de negócios jurídicos pactuados entre particulares (SARMENTO, 2010, p. 300).

Quanto à possibilidade de tais direitos darem origem a direitos subjetivos a determinadas prestações comissivas, independente de intermediação legislativa, Sarmento

(2010, p. 300) entende que, em certos casos, tal seria viável – ou seja, vislumbrando-se uma eficácia direta e imediata aos direitos sociais e econômicos. Para tanto, o processo de ponderação envolveria outras considerações adicionais, como o grau de vinculação entre os atores privados (natureza da relação jurídica em questão – quanto maior o vínculo entre as partes, maior seria a possibilidade de incidência desses direitos) (SARMENTO, 2010, p. 301); o grau de eficácia do direito social (os direitos sociais que não consubstanciam normas programáticas, possuindo eficácia plena independente de mediação legislativa, teriam peso relativo maior) (SARMENTO, 2010, p. 301-303); a relevância da prestação social, em relação à proteção da dignidade da pessoa humana, no tocante à sua vinculação ao mínimo existencial (quanto maior tal relevância, maior o peso relativo do direito social) (SARMENTO, 2010, p. 304); bem como o impacto econômico do reconhecimento da eficácia, na espécie, ao sujeito privado, posto que essa aplicação não poderia implicar em restrições desproporcionais aos indivíduos (quanto maior o impacto, menor o peso do direito respectivo) (SARMENTO, 2010, p. 306).

No que tange aos direitos políticos, Sarmiento (2010, p. 311-312) põe a questão de se, não obstante a textualidade dos arts. 14 e seguintes da CRFB/88 se referir ao Estado, a democracia adotada pela ordem constitucional brasileira criaria alguma exigência para as esferas privadas, como a organização interna dos sindicatos, associações, empresas privadas e os núcleos familiares. Para o jurista, a resposta à indagação perpassaria a análise de cada esfera específica, dada as peculiaridades dessas (SARMENTO, 2010, p. 314). Apesar disso, anota que, em linhas gerais, a eficácia privada dos direitos políticos deveria observar a conexão desses com outros dispositivos constitucionais direcionados a tais esferas, como as previsões relativas à família (art. 226, CRFB/88), à criança e ao adolescente (art. 227, CRFB/88), dentre outros (SARMENTO, 2010, p. 315).

Contudo, ainda que ausente dispositivo constitucional específico, destaca Sarmiento (2010, p. 316) a existência de uma eficácia irradiante a tais direitos. Desse modo, não obstante ser do legislador a obrigação primária de compatibilização dessas esferas com os direitos políticos – reconhecendo-se, no caso de exercício da função legiferante, a proibição de retrocesso –, a interpretação e aplicação das normas privadas estaria condicionada por tais direitos, independentemente de mediação legislativa (SARMENTO, 2010, p. 317).

Em relação aos direitos transindividuais, a seu turno, também possuiriam dimensão negativa e prestacional, não vislumbrando mencionado jurista razão alguma para excluí-los da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO, 2010, p. 319). Mormente em razão do princípio da função social da

propriedade (art. 5º, XXIII e art. 170, III, ambos da CRFB/88), reconhece que não apenas a dimensão negativa vincularia os particulares, mas, também, em determinados casos, a dimensão prestacional desses direitos (SARMENTO, 2010, p. 320). Ocorre que essa eficácia seria distinta da que se atribui aos poderes públicos, devendo-se observar os custos envolvidos aos sujeitos privados (SARMENTO, 2010, p. 321). Destaca, contudo, que a ausência de norma legal resolvendo a tensão entre tais custos e a necessidade de proteção a esses direitos não implicaria a impossibilidade de os magistrados aplicá-los diretamente, desde que pautados pela razoabilidade (SARMENTO, 2010, p. 321).

2.3.3 *Wilson Steinmetz*

A obra *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, de autoria de Wilson Steinmetz (2004), é fruto da tese de doutoramento desse jurista. Na oportunidade, discorre sobre a temática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para tal autor, a importância de se discutir a respeito do problema, principalmente no tocante à fundamentação utilizada para sua verificação, se deve ao fato dessa vinculação não ser aquilo que denominou de “evidência constitucional”, carecendo de digressões mais profundas (STEINMETZ, 2004, p. 64-65). Nesse sentido, dois seriam os motivos pelos quais a justificação dessa eficácia não se daria *per se*: inicialmente, em razão do fundamento liberal no tocante ao surgimento histórico da ideia de direitos fundamentais, em que esses eram compreendidos como direitos oponíveis exclusivamente perante o Estado (limites ao poder estatal); ademais, em virtude de a maioria dos textos constitucionais não possuir referência expressa a essa vinculação, ou seja, não adotar uma posição explícita em prol daquela.

Dito isso, destaca-se que Steinmetz (2004) adota três premissas para construir a argumentação da obra ora sob análise: primeiramente, a de que a Constituição não é a estrutura básica apenas do Estado, mas também da sociedade, motivo pelo qual a supremacia constitucional também se manifesta no âmbito das relações privadas; demais disso, compreende a dignidade da pessoa como um “princípio jurídico-constitucional e valor ético fundante e fundamental da República Federativa do Brasil” (STEINMETZ, 2004, p. 23), previsto no art. 1º, III, da CRFB/88; por fim, afirma que os direitos fundamentais, na estrutura jurídico-constitucional brasileira, possuem uma posição preferencial, o que estaria nítido na disposição do art. 5º, § 1º, CRFB/88, bem como na previsão dos direitos individuais como cláusulas pétreas (art. 4º, IV, CRFB/88) (STEINMETZ, 2004, p. 23-24).

Assim, passando especificamente à discussão sobre o tema central em comento, afirma que não apenas fundamentos constitucionais podem ser aduzidos a favor da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Considerações de ordem sociológica também corroborariam a perspectiva da incidência desses direitos nas relações privadas.

Desse modo, anota Steinmetz (2004, p. 84) que a teoria liberal dos direitos fundamentais assentava-se nas premissas de que o Estado é o único detentor de poder²² e, além disso, que importava, por essa razão, em risco permanente às liberdades individuais. Ocorre que, nas sociedades contemporâneas, seria um equívoco restringir a ideia de poder ao Estado, como se fosse a única expressão daquele. Nesse sentido, “no mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder” (STEINMETZ, 2004, p. 85).

Assim, referido jurista menciona as hipóteses em que privados desenvolvem o seu poder dentro do próprio Estado, “com o objetivo de ocupação de espaços estratégicos de poder e eventual obtenção de vantagens (‘apropriação privada do Estado’)” (STEINMETZ, 2004, p. 85); quando o fazem conjuntamente com o Estado, “hipótese na qual grupo(s) privado(s) se aliam aos governantes e/ou à burocracia estatal para fragilizar, restringir, neutralizar ou até impedir a ação de outro(s) grupo(s) privados” (STEINMETZ, 2004, p. 85); quando tal poder é exercido contra o Estado, como nos casos em que se verificam ataques especulativos organizados por grandes grupos financeiros, nacionais e internacionais (STEINMETZ, 2004, p. 85). Em virtude disso, caracteriza o poder não como um fenômeno estatal, mas um fenômeno social em sentido amplo, “que se manifesta nas múltiplas relações sociais, sejam elas verticais, sejam elas horizontais” (STEINMETZ, 2004, p. 89).

Quanto ao papel da Constituição, em meio ao âmbito social, anota tal jurista que essa deixou de ter a pretensão de regular apenas o Estado, na forma de um instrumento de governo, para buscar também ocupar o papel de servir de estrutura normativa básica de toda a sociedade (STEINMETZ, 2004, p. 90-91). No caso brasileiro, além de diversos outros dispositivos específicos, Steinmetz (2004, p. 91) destaca o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária, constante no art. 3º, I, CRFB/88, concluindo que, “se for verdadeira a tese de que

²² Steinmetz (2004, p. 86-86) adota uma concepção relacional de poder, assim descrita por este: “(re)define-se, aqui, poder como a relação entre, no mínimo, dois atores ou sujeitos (individuais ou coletivos) na qual um dos atores tem (i) a capacidade de induzir, determinar ou obrigar o outro a fazer algo, em uma determinada esfera ou âmbito de vida, que de outra forma não faria ou (ii) a capacidade de impedir, em uma determinada esfera ou âmbito de vida, que o outro faça algo que desejaria fazer. Em enunciação mais concisa, o poder é a capacidade que um sujeito tem de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade de outrem em uma determinada esfera ou âmbito de vida”.

as relações de poder estão em todas as relações sociais, então a realização dessa sociedade ideal é uma tarefa de todos – poderes públicos e poderes privados” (STEINMETZ, 2004, p. 91).

Demais disso, Steinmetz (2004) identifica, à medida que se alteram os contextos sócio-históricos, uma progressiva ampliação e multifuncionalização dos direitos fundamentais, se comparada à função negativa tradicional do constitucionalismo liberal. Referidas novas atribuições contribuiriam para se pensar a vinculação a direitos fundamentais também no âmbito das relações privadas.

Assim, do exposto, conclui-se que Steinmetz (2004, p. 96) expõe três fundamentos teóricos para se pensar a necessidade de os direitos fundamentais possuírem eficácia também em tais relações (privadas): (i) nas sociedades contemporâneas, o poder é um fenômeno social amplo; (ii) as Constituições, atualmente, têm a pretensão de regular toda a estrutura normativa básica da sociedade, não apenas o Estado; (iii) os direitos fundamentais passaram por um processo de ampliação e multifuncionalização, justificando a atribuição de novos papéis a esses.

Ressalte-se, entretanto, que mencionado jurista também busca fundamentos na CRFB/88 para se debater a respeito da vinculação ou não dos particulares a direitos fundamentais. De início, rejeita a hipótese de uma decisão constitucional explícita sobre a temática, por entender que não há a adoção de uma solução clara nesse documento normativo²³ (STEINMETZ, 2004, p. 97). Aponta, então, que a resposta à questão depende, em boa parte, das pré-compreensões e teorias a respeito da CRFB/88 (STEINMETZ, 2004, p. 98).

Desse modo, salienta, conforme já referido anteriormente, que a Constituição brasileira não se resumiria a reger o Estado; não adotaria uma separação rígida entre este e a sociedade. Assim, trata-se de uma estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, igualmente (STEINMETZ, 2004, p. 99).

Em relação à perspectiva política-ideológica adotada pela CRFB/88, Steinmetz (2004, p. 99) crê se tratar de um projeto liberal de sociedade, porém “matizado (‘temperado’)

²³ Tal silêncio normativo sobre a questão não implica, na opinião de Steinmetz (2004, p. 100), a rejeição da possibilidade de se reconhecer a vinculação dos particulares a direitos fundamentais: “a ausência de texto de norma, não exclui a possibilidade de uma fundamentação constitucional. Primeiramente, porque se, de um lado, as constituições, em regra, não prescrevem expressamente a vinculação, de outro lado, também não há texto de norma que a exclui expressamente. Segundamente, porque a impossibilidade de uma fundamentação imediata e simples, isto é, remissível diretamente a texto(s) de norma(s), não exclui a possibilidade de uma fundamentação mediata”.

pela dignidade humana, pelos direitos e garantias fundamentais, pela democracia e pelas aspirações de igualdade, de bem-estar e de justiça sociais”. Para tal jurista, essas duas compreensões prévias sobre a CRFB/88 antes corroboram do que negam a vinculação dos particulares a direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004, p. 100).

No tocante aos fundamentos constitucionais propriamente ditos – dos quais alguns seriam principais, e, outros, apenas adicionais –, referido autor entende que esses também permitem concluir que essa vinculação não apenas é permitida, mas expressamente determinada pela CRFB/88 (STEINMETZ, 2004, p. 102-103). Dentre as justificativas principais para a eficácia ora trabalhada, a primeira seria o princípio da supremacia da Constituição. Aqui, além da perspectiva de que todos os atos, sejam eles normativos ou fáticos, necessitam se adequar ou não contrariar a Constituição, anota aquilo já referido anteriormente, ou seja, a noção de que esta pretende reger não apenas o Estado, mas toda a coletividade social (STEINMETZ, 2004, p. 103).

Outro argumento para a conclusão do jurista, também com posição central, seria o postulado da unidade material do ordenamento jurídico, segundo o qual a Constituição deve “servir de parâmetro para a unidade (formal e) material do ordenamento jurídico”, de forma que “os direitos fundamentais operam como elementos de unificação material do ordenamento jurídico” (STEINMETZ, 2004, p. 104). Constituindo a ordem jurídico-privada parcela desse ordenamento jurídico como um todo, encontra-se no âmbito de influência dessa unificação determinada, de modo que referida vinculação seria tanto uma exigência quanto uma consequência da unidade material deste ordenamento (STEINMETZ, 2004, p. 104).

Igualmente, segundo Steinmetz (2004, p. 104), o caráter objetivo dos direitos fundamentais também justificaria a eficácia desses nas relações privadas. Embora reconheça a imprecisão, no âmbito doutrinário, da expressão, anota que tal dimensão objetiva se contrapõe (de forma não excludente – dupla dimensão) à subjetiva, esta segundo a qual os direitos fundamentais são compreendidos como direitos públicos subjetivos (STEINMETZ, 2004). No tocante ao aspecto objetivo desses direitos, pode-se dizer que tal se reporta a uma decisão constitucional que se irradia por todos os âmbitos do campo jurídico (STEINMETZ, 2004, p. 107), possuindo uma vigência universal dentro do direito (STEINMETZ, 2004, p. 111-112).

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da CRFB/88, contribui para a conclusão de que os direitos fundamentais vinculam os particulares (STEINMETZ, 2004, p. 112). Embora seja de difícil definição, bem como árdua a exposição de seu conteúdo, Steinmetz (2004, p. 116) se ampara nos ideais decorrentes do

imperativo categórico de Kant²⁴ (valor intrínseco do indivíduo, não instrumentalização, entre outros) para dizer que referido princípio, ao nível da interpretação constitucional, ordena

(i) o respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; *(ii)* o reconhecimento de cada pessoa, independentemente das particularidades (traços ou características) e vicissitudes pessoais e sociais, como ser singular, único e irrepetível; *(iii)* o reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; *(iv)* a criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento da pessoa.

Em razão disso, a dignidade da pessoa humana proíbe

(i) a “coisificação” ou a “objetualização” da pessoa; *(ii)* a “funcionalização” (política, social, econômica, religiosa, científica, técnica) da pessoa; *(iii)* a privação, da pessoa, de condições e de meios para uma sobrevivência livre, autônoma e decente; *(iv)* humilhações ou vexações da pessoa; *(v)* a submissão da pessoa a uma posição servil; *(vi)* a eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa (STEINMETZ, 2004, p. 116).

E, ainda segundo referido jurista, a dignidade humana teria uma dimensão social (intersubjetiva), para além da individual, de modo que, em determinados casos, “a lesão à dignidade de uma ou mais pessoas se projeta também sobre a dignidade ou sobre o sentimento de dignidade das demais pessoas integrantes da comunidade humana” (STEINMETZ, 2004, p. 116), motivo pelo qual, além de um bem individual, essa consubstanciaria também um bem social da comunidade. Por todo o exposto, conclui o autor que esse princípio também imputa deveres à sociedade (STEINMETZ, 2004, p. 117).

Como fundamentos adicionais à tese da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, Steinmetz (2004, p. 117) se reporta ao princípio constitucional da solidariedade, expresso no art. 3º, I, CRFB/88. Partindo do pressuposto anteriormente adotado pelo jurista, de que a Constituição é a estrutura normativa básica não apenas do Estado, mas também da sociedade, os particulares seriam igualmente destinatários desse princípio (STEINMETZ, 2004, p. 120), que se articularia, ademais, com a noção de responsabilidade social, exigida dos indivíduos (STEINMETZ, 2004, p. 121).

²⁴ O imperativo categórico de Kant seria um princípio elaborado por tal filósofo, de ordem formal, com a pretensão de ser um princípio racional que independe de qualquer conteúdo empírico, “válido para todos e independente de circunstâncias particulares” (STEINMETZ, 2004, p. 114). No que interessa aqui, a sua formulação seria assim descrita: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 2000, p. 69 apud STEINMETZ, 2004, p. 114-115).

Outro argumento adicional a favor da vinculação dos particulares a direitos fundamentais é a cláusula da aplicabilidade imediata desses direitos, prevista no art. 5º, § 1º, CRFB/88. Steinmetz (2004, p. 122) rejeita o argumento segundo o qual essa disposição constitucional implica, por si só, o reconhecimento da referida eficácia entre privados. Entretanto, de forma indireta, conduz a tal conclusão, posto que transpareceria uma premissa de um fundamento importante a essa vinculação: a imposição de uma categoria especial aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional (STEINMETZ, 2004, p. 122-123).

Dito isso, impõe ressaltar que o jurista em questão discorda das objeções à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares que se fundamentam no princípio da autonomia privada²⁵. O autor compreende que há uma tensão entre a autonomia privada, na qualidade de bem constitucionalmente protegido, com os direitos fundamentais, nas situações em que se cogita da aplicação desses direitos nas relações privadas. Entretanto, entende que o problema da autonomia privada se coloca apenas nas situações envolvendo relações privadas contratuais.

Desse modo, utilizando a terminologia de Alexy, defende que, no caso de relações privadas extracontratuais, ocorrem colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, posto que se trataria sempre de um confronto entre direitos fundamentais de titulares distintos (por exemplo, entre a liberdade de expressão e a vida privada), mas nunca entre direitos fundamentais e autonomia privada (STEINMETZ, 2004, p. 187-188). Um conflito deste tipo, caracterizado como uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo (posto que, segundo referido jurista, a autonomia privada não seria propriamente um direito fundamental, mas um bem constitucionalmente protegido), apenas ocorreria nas relações contratuais (STEINMETZ, 2004, p. 188).

Ressaltada essa questão, dois seriam os argumentos aduzidos por referido jurista para rejeitar a tese da supressão da autonomia privada, quando da adoção da perspectiva da vinculação dos particulares a direitos fundamentais: inicialmente, por ser aquela um bem constitucionalmente protegido, não pode ser afastada, em um caso concreto, sem razões bastantes a tanto; ademais, a jurisprudência e a dogmática contemporâneas já teriam produzidos referenciais teóricos e metodológico – como, por exemplo, a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade –, aptos a lidar com tais conflitos, fornecendo um aparato

²⁵ Quanto à concepção de autonomia privada adotada, Steinmetz (2004, p. 190-191): “define-se a autonomia privada como o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto-regulem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões). A autonomia privada manifesta-se como um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares”.

para solucioná-los de forma racional e controlável intersubjetivamente (STEINMETZ, 2004, p. 198). Destaque-se que não apenas os direitos fundamentais seriam fundamentos para restringir a autonomia privada, posto que, igualmente, essa também poderia constituir razão, em certas ocasiões, para se aceitar a restrição àqueles direitos (STEINMETZ, 2004, p. 202).

Assim, Steinmetz (2004) compreende que o princípio da proporcionalidade seria um instrumento adequado para se efetivar a ponderação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, em uma controvérsia concreta. Tal máxima pressuporia a estruturação de uma relação meio-fim, conforme o jurista, “na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela restrição e o meio é a própria decisão normativa (legislativa, administrativa, judicial ou contratual) limitadora que pretende tornar possível o alcance ou a promoção do fim almejado” (STEINMETZ, 2004, p. 211-212). Feita essa estruturação, “o princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar ou promover e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcionada” (STEINMETZ, 2004, p. 212).

Entretanto, como contribuição à utilização do princípio da proporcionalidade para equacionar essa tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais, adiciona a noção de precedências *prima facie* quando da efetivação da ponderação, como uma forma de racionalizar ainda mais o procedimento (STEINMETZ, 2004, p. 220). Essas precedências incidiriam em todos os testes do procedimento (princípio da proporcionalidade – adequação (idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido), mas o faria de forma mais intensa no último, posto que é quando se realiza um efetivo sopesamento, avaliando-se as razões a favor e contra a prevalência de algum dos princípios em colisão (STEINMETZ, 2004, p. 219).

Embora não tenha a pretensão de elaborar uma lista exaustiva dessas preferências, realiza algumas sugestões quanto à temática. Desse modo, analisa a questão a partir de três planos: o normativo, o analítico e o empírico. Quanto ao primeiro (normativo), ressalta que os direitos fundamentais possuem uma posição preferencial no âmbito da ordem constitucional brasileira, fundada nos art. 5º, § 1º, CRFB/88 (cláusula da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais) e no art. 60, § 4º, IV, CRFB/88 (parcela dos limites materiais ao poder constituinte derivado reformador – cláusulas pétreas) (STEINMETZ, 2004, p. 220-221). Ademais, ainda dentro dessa perspectiva, afirma que os direitos fundamentais são, em realidade, especificações dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade (STEINMETZ, 2004, p. 221).

No plano analítico, Steinmetz (2004) realiza uma distinção entre os direitos fundamentais de conteúdo pessoal e aqueles de conteúdo patrimonial. Nas palavras desse jurista, os direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal seriam aqueles “cujo âmbito

de proteção são bens, esferas ou atributos vitais intrínseca ou estritamente pessoais e de transcendental importância para a definição e o desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma” (STEINMETZ, 2004, p. 222). Em relação aos de conteúdo patrimonial, seriam aqueles direitos fundamentais “cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos não-intrínsecos à pessoa embora relevantes como pressupostos materiais do desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma” (STEINMETZ, 2004, p. 222). A consideração dessa distinção, no âmbito da ponderação entre autonomia privada e direitos fundamentais, decorreria dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa (STEINMETZ, 2004, p. 225).

Do ponto de vista empírico, por sua vez, entende tal jurista ser necessário estabelecer um juízo a respeito da qualidade da manifestação de vontade (consentimento) do particular cujo direito fundamental fora afetado (STEINMETZ, 2004, p. 223), ciente de que as colisões podem ocorrer em condições de igualdade fática ou desigualdade fática quanto aos sujeitos privados (STEINMETZ, 2004, p. 222).

Insta salientar, entretanto, que essa desigualdade não é analisada, pelo autor, unicamente em relação a aspectos econômicos. Nesse sentido, Steinmetz (2004, p. 223) se reporta a uma concepção ampla da ideia de “relação de poder”, que compreende tanto aspectos econômicos, quanto também sociais, culturais e políticos, capazes de influir nas posições e vantagens obtidas pelos particulares em seu relacionamento. Tal verificação das condições de igualdade fática, como algo a se sopesar no âmbito da ponderação, deriva, segundo Steinmetz (2004, p. 224-225), do princípio da igualdade fundamental.

Cumprir realizar, aqui, um adendo. Referido jurista distingue sua posição daquela adotada por Konrad Hesse. Nesse sentido, não afirma que, quanto maior a desigualdade fática, necessariamente maior seria a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, como faria este. Na construção de Steinmetz (2004, p. 225, nota 78), a igualdade (ou desigualdade fática) seria apenas uma das condições (circunstâncias) relevantes a serem consideradas quando da ponderação entre autonomia privada e direitos fundamentais; em virtude disso, mesmo em uma situação de desigualdade fática a autonomia privada pode prevalecer, se outras razões relevantes determinarem o resultado da ponderação desse modo.

Feita essa ressalva, insta destacar as conclusões a que chega esse jurista, conjugando os planos de análise acima descritos, no que se ampara nos dizeres do autor:

[1]: em uma relação contratual de particulares [em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

[2]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

[3]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.

[4]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada (STEINMETZ, 2004, p. 224).

Desse modo, nota-se que, para Steinmetz (2004, p. 224), apenas na situação 3 descrita se poderia dizer que há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada. Trata-se da hipótese de colisão entre essa e um direito fundamental individual com conteúdo patrimonial, numa relação contratual em que se verifica a igualdade fática das partes.

Destacada essa forma de resolver a tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais, cumpre realizar uma digressão específica sobre esse tipo de conflito, quando envolve o princípio da igualdade. Para Steinmetz (2004, 230), algumas considerações dogmáticas particulares são necessárias quando se trata desse direito fundamental²⁶.

Inicialmente, afirma-se que a igualdade não veicula apenas uma norma jurídica, mas um feixe de normas jurídicas, do qual o art. 5º, *caput*, CRFB/88 seria apenas a expressão de uma cláusula geral. Assim, no mínimo três normas decorreriam dessa cláusula geral de igualdade: o mandamento de tratamento igualitário, o mandamento de tratamento desigual (diferenciação) e, ainda, a proibição do tratamento discriminatório (STEINMETZ, 2004, p. 235).

Conforme mencionado jurista, seria comum, doutrinária e jurisprudencialmente, afirmar que um tratamento diferenciado é discriminatório (e, portanto, ilícito), quando o padrão de diferenciação não atende a um motivo racionalmente justificável (STEINMETZ, 2004). Surge, assim, o problema de como avaliar se o tratamento diferenciado, em questão, atende ou não a uma justificativa racional.

²⁶ Steinmetz (2004, p. 229) distingue duas situações, no âmbito das relações contratuais: (1) quando os particulares, no exercício da liberdade positiva de contratar, pactuam algo que restringe direitos fundamentais; (2) quando, no exercício da liberdade contratual negativa, os direitos fundamentais de algum particular são lesados. O primeiro caso é resolvido mediante a estrutura da ponderação já descrita, abrangendo precedências *prima facie*. A segunda hipótese, por sua vez, seria a de casos que corriqueiramente envolvem o princípio da igualdade, ou seja, a ocorrência de práticas discriminatórias, sob pretexto de exercício da liberdade contratual negativa. Aqui, embora as considerações anteriores sobre ponderação e precedências *prima facie* também se apliquem, as peculiaridades da situação impõem algumas reflexões dogmáticas específicas (STEINMETZ, 2004, p. 230).

Para Steinmetz (2004, p. 238), o modo de lidar com o problema atrai, novamente, o princípio da proporcionalidade. Para operacionalizar essa análise, referido jurista anota que o primeiro passo para tanto é identificar a relação meio-fim envolvida no tratamento desigual, aferindo-se a constitucionalidade da finalidade então perseguida com a diferenciação (STEINMETZ, 2004, p. 239). Posteriormente, e em caráter sucessivo, analisa-se

a adequação entre o meio (a própria diferenciação) e o fim almejado, [...] a *exigibilidade* do meio e [...] a *proporcionalidade em sentido estrito* entre os graus de afetação e de realização dos direitos e/ou bens constitucionais que estão em questão em virtude do tratamento diferenciado (STEINMETZ, 2004, p. 240, grifo do autor).

Desse modo, falhando o tratamento diferenciado no teste acima descrito, a conclusão é a de que o princípio da igualdade determina, no caso concreto, o tratamento igualitário (STEINMETZ, 2004, p. 240).

Com relação especificamente à temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o princípio da igualdade, na opinião de Steinmetz (2004, p. 26), quanto à sua norma de proibição de discriminações (diferenciações negativas), vincula os particulares, vedando tratamentos discriminatórios, incompatíveis com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. No tocante à forma, excetuando-se o âmbito da responsabilização penal – que depende da existência de lei criminal anterior, por força do mandamento constitucional da legalidade penal, insculpido no art. 5º, XXXIX, CRFB/88 –, defende que a ausência de lei não impede a aplicação desse princípio entre privados. Em outras palavras, adota-se uma postura de eficácia imediata da igualdade.

Entretanto, o jurista realiza uma ressalva quanto à questão, no sentido de que o princípio da igualdade não incide, nas relações particulares, da mesma forma e com a mesma intensidade que o faz com relação ao Estado. Desse modo, sob pena de redução drástica da autonomia privada, não se pode exigir, com base nesse princípio, que os particulares apresentem sempre uma justificativa racional e objetiva para todas as suas condutas²⁷ (STEINMETZ, 2004, p. 262). Apesar disso, excepcionalmente, “há situações nas quais se exigem tratamento igual para os iguais e tratamento diferenciado para os desiguais”, hipóteses em que “o tratamento desigual de iguais e o tratamento igual de desiguais demandam uma

²⁷ “Nesse sentido, a título de exemplificação, o testador não está obrigado a dividir em partes iguais os bens que compõem a fração disponível, o comerciante a dar igual desconto no preço de uma mercadoria para amigos e para não-amigos, o esportista a conceder entrevistas a todas as empresas de comunicação, o jornal a publicar na coluna de opinião todos os artigos que recebe, o professor a manifestar igual simpatia ou amizade por todos os alunos, o médico cirurgião a cobrar igual preço de todos quando igual for o procedimento, o locador a conceder iguais descontos ou carências para todos os seus locatários, etc.” (STEINMETZ, 2004, p. 262).

justificação racional e objetiva, aferível pelo controle de proporcionalidade”²⁸ (STEINMETZ, 2004, p. 263). Em casos tais, a eficácia do princípio da igualdade, nas relações particulares, é matizada pela ponderação, realizada com base no princípio da proporcionalidade, entre a igualdade e a autonomia privada (STEINMETZ, 2004, p. 263). Aqui, ressalte-se que se verifica a precedência *prima facie* da igualdade, importando um ônus argumentativo para a defesa dessa autonomia (STEINMETZ, 2004, p. 263).

Ante o exposto, percebe-se que o jurista em questão conclui pela vinculação dos particulares a direitos fundamentais, inclusive no tocante ao direito à igualdade. Resta, então, discorrer sobre o modo pelo qual entende ocorrer essa vinculação – ou seja, se de forma mediata (indireta) ou imediata (direta).

Assim, de um modo geral, Steinmetz (2004, p. 270) entende que a contraposição entre eficácia mediata e eficácia imediata não deve ser tomada tão a sério. Na realidade, não haveria uma exclusão conceitual entre ambas as teorias (STEINMETZ, 2004, p. 267). Ocorre que, analisada a questão pela perspectiva das teorias da eficácia mediata, salvo aquelas menos restritivas, a possibilidade de uma vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais estaria descartada, porque atentaria contra a democracia, a separação de poderes e os princípios da segurança jurídica e da autonomia privada (STEINMETZ, 2004, p. 268). Em virtude disso, o autor adota, em geral, o ponto de vista da teoria da eficácia imediata, em que “a coexistência e o complemento entre ambas as construções dogmáticas são, teórica e metodologicamente, em boa medida possíveis” (STEINMETZ, 2004, p. 269).

Desse modo, elabora argumentos tanto a nível de teoria constitucional, quanto de dogmática constitucional, para adotar essa perspectiva. Quanto à primeira ordem de fundamentos, ressalta que a teoria da eficácia imediata leva a sério os direitos fundamentais; é consistente com o papel especial que lhes foram atribuídos na CRFB/88, bem como com o conceito anteriormente já descrito da Constituição como uma estrutura normativa básica não apenas do Estado, mas também da sociedade; coaduna-se com um projeto de máxima efetividade social dos direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004, p. 272).

²⁸ O autor descreve algumas situações, sem pretensão de completude, em que a eficácia do princípio da igualdade seria mais forte: “(i) nos casos em que o particular (pessoa física ou jurídica) detém posição monopolista ou oligopolista (e.g., companhias de energia elétrica, de telefonia e de abastecimento) ou forte poder social (e.g., meios de comunicação social, associações profissionais, sindicatos, e até mesmo partidos e igrejas). (ii) O mandamento de igualdade também se impõe nas relações em que (ii.a) se negociam bens e serviços essenciais e de interesse público (e.g., hospitais, farmácias, clínicas médicas para atendimento de urgências, universidades, escolas e empresas de transporte coletivo) ou (ii.b) há uma emissão pública e geral da vontade de contratar (e.g. restaurantes, bares, confeitarias, casas de espetáculos, hotéis e pousadas)” (STEINMETZ, 2004, p. 263).

Em relação aos argumentos ao nível da dogmática constitucional, anota que essa teoria seria uma exigência do princípio da dignidade da pessoa (art. 1º, III, CRFB/88), tanto em razão da posição especial deste, quanto de sua relação material com os direitos fundamentais, de modo que não se poderia condicionar sua eficácia à mediação legislativa ou parâmetros próprios do direito privado (STEINMETZ, 2004, p. 272). Demais disso, caso se aceite, como questão anterior, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, a cláusula da aplicabilidade desses direitos (art. 5º, § 1º, CRFB/88) determinaria que essa eficácia se dê de modo imediato (STEINMETZ, 2004, p. 272).

Para Steinmetz (2004, p. 272-273), referida cláusula constitucional não implica necessariamente a vinculação dos particulares a direitos fundamentais (não constitui uma razão definitiva para tanto). Entretanto, na forma de um argumento adicional, caso se reconheça a vinculação em questão, pode ser reinterpretada a fim de se atingir a compreensão que prima por sua eficácia imediata; “de forma concisa, a implicação é esta: está ordenada também entre particulares a aplicabilidade imediata de direitos fundamentais” (STEINMETZ, 2004, p. 273).

Contudo, cumpre efetivar uma ressalva adotada pelo jurista. Nesse sentido, defende-se não uma eficácia imediata de caráter absoluto, mas “matizada” ou “modulada” (STEINMETZ, 2004, p. 273). Assim, “em primeiro lugar, não se propõe que em todos os casos de colisões de direitos fundamentais entre particulares [...] o juiz e os tribunais ordinários estão obrigados a interpretar e a aplicar disposições de direitos fundamentais *ex constitutione*” (STEINMETZ, 2004, p. 273). Havendo uma mediação legislativa que se repute adequada, ou seja, conforme à Constituição, deve essa prevalecer, em obediência à separação de poderes e à autonomia privada (STEINMETZ, 2004, p. 273-274). Demais disso, não havendo alguma decisão legislativa constitucionalmente adequada sobre a questão, aos magistrados restaria a solução da controvérsia, aplicando o princípio da proporcionalidade, notadamente no tocante ao teste da proporcionalidade em sentido estrito (STEINMETZ, 2004, p. 274).

Outro ponto de destaque é a solução diferenciada dada por Steinmetz (2004, p. 284) quanto aos direitos fundamentais de natureza transindividual (difusos e coletivos)²⁹, que

²⁹ Quanto aos direitos fundamentais sociais, o jurista realizou uma distinção entre três espécies, duas das quais derivaria uma vinculação direta (imediata) dos particulares e, outra, sequer haveria que se cogitar de uma vinculação dos particulares. Nesse sentido, os direitos fundamentais sociais insculpidos no art. 6º da CRFB/88, na forma de direitos a prestações em sentido estrito (direitos a algo – bem ou serviço – perante o Estado), não vinculariam os particulares, mas apenas o poder público (STEINMETZ, 2004, p. 278-279). Lado outro, os direitos sociais dos trabalhadores, previstos no art. 7º da CRFB/88, à exceção dos que possuem

também vinculariam os particulares. Entende referido jurista que, no marco da CRFB/88, o modo de vinculação seria distinto, de forma mediata (STEINMETZ, 2004, p. 284). Nesse sentido, aduz que o texto constitucional apontaria sempre para a mediação estatal, quando se refere a tais direitos; os bens e relações objetos de proteção desses direitos seriam complexos, não havendo detalhamento, em âmbito constitucional, dos deveres dos particulares quanto aos direitos transindividuais, pelo que seria descabido exigir do Poder Judiciário a necessidade de especificá-los nos casos concretos; além de comumente implicarem em obrigações de abstenção, tais direitos, por vezes, em razão de deveres de promoção e preservação, impõem ações aos destinatários, o que lhes acarreta um ônus material, cabendo ao legislador especificá-los (STEINMETZ, 2004, p. 285), não aos juízes.

2.3.4 Virgílio Afonso da Silva

Em obra decorrente de sua tese para a livre-docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Silva (2005) analisa a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da perspectiva da constitucionalização do direito. Por “constitucionalização do direito”, mencionado jurista se refere não à ideia de supremacia da Constituição, no âmbito do ordenamento jurídico, mas ao fenômeno da irradiação dos efeitos das normas constitucionais nos outros ramos do direito (SILVA, 2005, p. 18).

Nesse estudo, Silva formula algumas teses. Assim, esse fenômeno (a constitucionalização do direito, e o conseqüente reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas) não romperia com a autonomia do direito privado, posto que, corriqueiramente, tal produção de efeitos se dá com recurso ao material normativo próprio deste campo (direito privado), ou seja, de forma mediada (SILVA, 2005, p. 27). Igualmente, não implica uma desconsideração da importância atribuída à autonomia privada.

Aqui, entretanto, uma distinção da obra do autor em relação a outros estudos tradicionais pode ser notada. Trata-se do modo de compreender a autonomia privada, que, para Silva (2005, p. 27-28), seria um princípio formal³⁰.

apenas o Estado como destinatário (caso do art. 7º, II e XXIV), vinculariam também os particulares, de forma direta (imediata) (STEINMETZ, 2004, p. 279). De modo semelhante, os direitos fundamentais sociais de liberdade previstos nos arts. 8º a 11, de natureza coletiva, também teriam eficácia entre privados, de forma imediata (STEINMETZ, 2004, p. 280).

³⁰ Sobre o conceito de princípios formais, Silva (2004, p. 148, grifo do autor): “princípios formais são princípios que não são normas de conduta, mas *normas de validade*. A característica fundamental desses princípios é, por isso, o fato de que eles fornecem razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última”.

Nesse sentido, parcela considerável da doutrina, para equacionar a tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada, defenderia que esta se trata de princípio material, a ser sopesado, em um caso concreto, com outros direitos fundamentais. Constatando-se que, em determinada situação, tais direitos em conflito possuiriam peso relativo maior, a intervenção estatal seria legítima, dando aplicabilidade às garantias fundamentais entre particulares sem implicar numa negativa ou supressão geral da autonomia privada (recurso à figura da *precedência condicionada*³¹, portanto).

Ocorre que, conforme destacado, Silva (2005, p. 27-28) rejeita a caracterização da autonomia privada como princípio material, motivo pelo qual seria impossível a realização de um sopesamento na espécie, por ausência de critério de comparação. Na concepção desta enquanto princípio formal, a autonomia privada estabeleceria um espectro de competência decisória para os indivíduos, dentro do âmbito constitucionalmente permitido em razão dos limites impostos pelos direitos fundamentais (SILVA, 2005, p. 28). Para a correta compreensão da questão, um paralelo poderia ser efetivado com o reconhecimento de competências decisórias atribuídas ao legislador (SILVA, 2005, p. 28), a partir da noção da democracia como princípio formal³², em que lhe é atribuída a capacidade de legislar no âmbito interno da moldura estabelecida pela Constituição³³.

Por fim, quanto às teses defendidas, Silva (2005, p. 28) chega à conclusão de que seria necessária uma *solução diferenciada*³⁴ para a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Assim, seria possível conciliar os modelos de efeitos diretos com o de efeitos indiretos desses direitos, rompendo-se com a dicotomia antes

³¹ Para Alexy (2008), quando da necessidade de sopesamento entre princípios, o aplicador do direito deveria observar qual ou quais princípio(s) que, diante da situação fática em questão, teriam peso relativo maior, a indicar a solução correta para a colisão verificada. Na hipótese, poder-se-ia verificar uma precedência condicionada entre princípios, ou seja, concluir-se que, diante daqueles dados da situação de fato (ou seja, naquelas condições), certo princípio prevaleceria sobre outro. Tal solução, inclusive, constituiria uma regra sobre a precedência condicionada, que seria aplicada ao modo da subsunção para resolver a contenda (ALEXY, 2008).

³² “No desenvolvimento da teoria dos princípios, na forma como sustentada por Alexy, um dos princípios formais mais importantes seria o princípio da competência decisória do legislador, que se expressa na ideia de que as decisões legislativas devem ser respeitadas na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto” (SILVA, 2005, p. 148-149).

³³ A referência à moldura é oportuna porque Silva (2005) adere à compreensão da Constituição como uma Constituição-moldura, que estabelece os limites da validade da atuação do legislador – que, internamente a tais contornos, teria discricionariedade para a edição das leis. Nesse sentido, “a *metáfora da moldura*, no campo da teoria constitucional, é usada para designar uma constituição que apenas sirva de limites para a atividade legislativa. Ela é apenas uma moldura, sem tela, sem preenchimento. À jurisdição constitucional cabe apenas a tarefa de controlar *se* o legislador age dentro da moldura. *Como* o legislador age no interior desses limites é uma questão da oportunidade política” (SILVA, 2005, p. 116, grifo do autor).

³⁴ A solução diferenciada seria aquela que conseguisse reconhecer e dar conta da complexidade e das múltiplas problemáticas envolvidas na controvérsia, ciente de que o mesmo problema, por vezes, se apresenta de modo distinto em âmbitos diversos, requerendo um modelo de soluções flexíveis (SILVA, 2005, p. 134).

estabelecida (SILVA, 2005, p. 28). Para referido jurista, a princípio, a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares se daria conforme a intermediação realizada pelo legislador ordinário (papel de mediação entre a ordem constitucional e a ordem privada) (SILVA, 2005, p. 28). Em certos casos, entretanto, por omissão ou insuficiência legislativa, seria imprescindível a aplicação direta desses direitos nas contendas privadas (SILVA, 2005, p. 28).

Importante ressaltar que, no tocante à fundamentação para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nessas relações, referido jurista busca afastar o recurso à ideia da ordem objetiva de valores. Para Silva (2005), a doutrina alemã teria recorrido à categoria citada como forma de superar argumentos pela rejeição desses efeitos entre particulares, fundados numa função histórica dos direitos fundamentais como direitos de defesa (proteção dos indivíduos em face dos poderes públicos), típica do constitucionalismo liberal, que funcionaria como vetor de compreensão do modo como tais garantias operam.

Aqui, insta salientar que, conforme Silva (2005, p. 23), a Constituição alemã, textualmente, alberga um constitucionalismo de tal tipo (liberal), posto que prevê apenas direitos clássicos liberais – liberdades públicas³⁵. Diante desse impasse, a solução encontrada por parcela da doutrina alemã que defende a aplicação desses direitos às relações privadas seria a elevação dos direitos fundamentais à condição de valores fundamentais, que deveriam reger não apenas a atividade estatal, mas, também, toda a vida social (SILVA, 2005, p. 140).

Para Silva (2005, p. 140), como, no caso brasileiro, não existiria referida limitação constitucional textual, posto que diversos direitos previstos na CRFB/88 teriam índole social, o recurso à figura da ordem objetiva de valores não se faria necessário. Assim, como forma de evitar tal estratégia argumentativa, Silva (2005, p. 137-138) busca uma reconstrução histórica³⁶ do sentido funcional dos direitos fundamentais, não como direitos de defesa, mas como direitos à segurança, “que nada mais é do que a expressão da ideia de que as violações a direitos fundamentais não partem somente do Estado, mas também dos outros cidadãos”. Portanto,

³⁵ Apesar disso, do ponto de vista da prática constitucional, a Alemanha é reconhecida como um paradigma de Estado Social (SILVA, 2005, p. 24).

³⁶ “Nos primeiros movimentos que culminaram com declarações de direitos fundamentais, especialmente a Revolução Francesa e o movimento pela independência das colônias britânicas na América do Norte, a ideia de direitos fundamentais que não fossem mais do que meros direitos de defesa contra o Estado e que fossem pensados com o intuito de proteger os cidadãos nas suas relações entre si, era algo corriqueiro” (SILVA, 2005, p. 137).

se se parte do pressuposto de que essa chamada “expansão” na produção dos efeitos dos direitos fundamentais não é, de fato, uma expansão, mas um mero desenvolvimento do direito à segurança contido na ideia nuclear das revoluções do século XVIII, deixa de ser imprescindível recorrer a uma teoria de valores ou a outro tipo de esforço teórico para fundamentar esses efeitos (SILVA, 2005, p. 138).

Nesse sentido, também seria possível compreender a superação da noção de ordem objetiva de valores para fundamentar tal eficácia a partir da relação entre os direitos fundamentais e a teoria dos princípios³⁷ desenvolvida por Robert Alexy³⁸. Por essa perspectiva, os direitos fundamentais – que, em sua maioria³⁹, adotariam a estrutura de princípios jurídicos –, demandariam sua realização na máxima medida possível, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas. E, conforme conclui Silva (2005, p. 146), esses direitos seriam realizados em maior medida “se não forem considerados apenas direitos contra violações por parte do Estado, mas também contra violações por parte de terceiros”.

Ademais, interpretar os direitos fundamentais como princípios auxiliaria na compreensão do relacionamento entre esses e a autonomia privada. Isso porque, dentro das condicionantes jurídicas à máxima efetividade desses direitos, estariam as normas de direito privado, das quais tal autonomia é parte integrante (SILVA, 2005, p. 147).

Assim, os direitos fundamentais, na forma de princípios materiais, buscam pressionar a tensão existente entre si e a autonomia privada em prol da intervenção estatal, visto que funcionariam como razões para não-competências, ou seja, para a retirada da capacidade de determinação privada da situação⁴⁰ (SILVA, 2005, p. 150). Lado outro, os princípios formais

³⁷ Para Alexy (2008, p. 91), as normas jurídicas seriam ou regras ou princípios. Quanto às regras, essas expressariam deveres definitivos, fornecendo, portanto, uma obrigação incondicional de cumprimento de suas exigências. No tocante aos princípios, por sua vez, representariam apenas deveres *prima facie*, pelo que não implicariam uma razão definitiva para sua aplicação: a consecução de suas determinações, que deveria ocorrer na máxima medida possível, decorreria das possibilidades fáticas e jurídicas à sua implementação, motivo pelo qual consistiriam em mandamentos de otimização. Destaque-se que, para Alexy (2008, p. 90), “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.

³⁸ Para Silva (2005, p. 146), ao menos duas vantagens poderiam ser reconhecidas na utilização da ideia de otimização para fundamentar a eficácia dos direitos fundamentais entre privados, em substituição à referência a uma ordem objetiva de valores: “(1) exime o modelo das principais críticas feitas a essa ordem de valores; (2) não implica uma dominação do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, pois o próprio conceito de otimização já enuncia que a produção de efeitos é condicionada às condições fáticas e jurídicas existentes”.

³⁹ Para Silva (2005), embora não necessariamente todas, quase a totalidade das normas de direitos fundamentais possuiriam a estrutura de princípios.

⁴⁰ “Assim, os direitos fundamentais tendem a funcionar também como normas negativas de competências no âmbito interindividual, já que, ao proteger posições jurídicas dos indivíduos, inserem-nos em uma posição de não-sujeição. Essa posição de não-sujeição teria como efeitos, da mesma forma que ocorre na relação legislador-indivíduos, impedir que tais posições jurídicas sejam eliminadas ou reduzidas a um mínimo que as desfiguraria. Os direitos fundamentais, então, como o fundamento dessa não-sujeição, fornecem razões para uma não-competência do particular que, por via contratual, pretende restringir algum direito fundamental de algumas das partes na relação contratual” (SILVA, 2005, p. 151-152).

– e, aqui, a autonomia privada – tendem a ter o efeito oposto, ao reconhecer a possibilidade de se validar a atuação interindividual entre os particulares, funcionando como razões para competências (SILVA, 2005, p. 150).

Dessa feita, sendo princípio, ainda que formal, a autonomia privada também deverá ser satisfeita de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, na maior medida possível. Entretanto, conforme já ressaltado, não há que se cogitar, na espécie, de um sopesamento entre a autonomia privada e eventuais direitos fundamentais envolvidos em determinada controvérsia (SILVA, 2005, p. 153). Isso porque, nesse método de ponderação, exige-se uma comparação entre o grau de importância da realização de um princípio, de um lado, e a intensidade da interferência efetivada ou a se efetivar no princípio jurídico contraposto. No âmbito das relações particulares, contudo, não é possível propor uma comparação desse tipo, entre certos direitos fundamentais e a autonomia privada; “o que se faz, ao que parece sem exceções, é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado” (SILVA, 2005, p. 155). Para tal jurista, o que há, aqui, é a *valoração* da importância da autonomia privada, a cada caso concreto⁴¹ (SILVA, 2005, p. 155).

Para a realização dessa valoração, Silva destaca alguns critérios. Nesse sentido, aduz ser necessário observar o grau real de autonomia dos sujeitos, verificado a cada situação concreta, o que pode ser afetado pelas relações assimétricas existentes (SILVA, 2005, p. 158). Aqui, deve-se atentar não apenas às pressões internas (questão de simetria de poderes), mas também às pressões externas e, igualmente, ao caráter dinâmico dessas relações, posto que a assimetria pode se dar em momento posterior ao início do relacionamento (SILVA, 2005, p. 158-159).

Anota referido jurista que, quando inexistir questionamentos a respeito do caráter real da autonomia dos sujeitos – ou seja, verificando-se a simetria entre os indivíduos –, dever-se-ia reconhecer uma precedência *prima facie*⁴² ao princípio formal da autonomia

⁴¹ Para distinguir a *valoração* do *sopesamento*, recorre-se aos dizeres de Silva (2005, p. 155): “exemplifico com um dos critérios sugeridos por Daniel Sarmiento [...]: segundo Sarmiento, quanto maior for a desigualdade fática entre as partes na relação entre particulares, tanto menor será a proteção que deverá ser dada à autonomia privada. Não importa agora saber se o critério é, em si, adequado, mas apenas mostrar que não se está diante de um sopesamento, pois não se está fazendo uma análise bidirecional entre autonomia privada, de um lado, e direitos fundamentais envolvidos, de outro. Como se percebe facilmente, não há, no critério suscitado por Sarmiento, qualquer referência ao grau de restrição ao direito fundamental envolvido. O que importa é, tão-somente, o grau de desigualdade entre as partes envolvidas. Não se pode, portanto, falar em sopesamento”.

⁴² As precedências *prima facie* se relacionam ao estabelecimento de uma “ordem fraca” no campo dos princípios, nos dizeres de Steinmetz (2004, p. 215). Desse modo, “não contêm determinações definitivas em

privada, pelo que prevaleceria a higidez da atuação dos particulares (SILVA, 2005, p. 159). Entretanto, por ser apenas *prima facie*, tal precedência poderia ceder em razão da intensidade das restrições ocasionadas, no caso concreto, aos direitos fundamentais das pessoas envolvidas na controvérsia (SILVA, 2005, p. 159). Ressalte-se, contudo, que, para Silva (2005, p. 160), ainda aqui não se poderia falar em um sopesamento, posto que, por ser princípio formal – norma instituidora de competência –, a autonomia privada seria desprovida de conteúdo, motivo pelo qual impossível o sopesamento desta com os direitos fundamentais.

Cumprido ressaltar, ademais, que mencionado jurista não rejeita a possibilidade de uma colisão entre direitos fundamentais nas relações privadas que não decorra do exercício da autonomia privada, ou mesmo inserida no âmbito contratual (SILVA, 2005, p. 166). Seriam espécies mais comuns aquelas contidas que abarcam discussões sobre a colisão entre a liberdade de expressão e o direito à honra (SILVA, 2005, p. 166).

Do exposto, conclui-se que Silva (2005) trata a temática dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a partir da perspectiva do fenômeno da constitucionalização do direito, no sentido da irradiação dos efeitos de suas normas em outros campos do ordenamento jurídico. Recusa, contudo, o recurso à figura da ordem objetiva de valores, para se verificar a incidência desses direitos nas relações privadas. Assim, na construção de um modelo que ofereça uma solução diferenciada, compreende que, via de regra, a aplicação dos direitos fundamentais na espécie se daria de modo indireto, mediado pelas normas de direito privado; os efeitos diretos se verificariam em casos restritos, conforme relevante a omissão ou a insuficiência legislativa em sua defesa.

No desenvolvimento de suas teses, mencionado jurista reconhece uma função de proteção aos direitos fundamentais, o que atrairia um dever estatal de resguardo a estes, inclusive contra a atuação privada. Quanto à compreensão da Constituição, entende essa como uma Constituição-moldura, que não determinaria a totalidade da vida social, mas apenas estabeleceria limites para o exercício de liberdades individuais e democráticas.

Para equacionar o problema da tensão verificada entre essas garantias e a autonomia privada, compreende esta como um princípio formal, que estabeleceria normas de competência para os sujeitos em suas relações interindividuais. Determinada a otimização da autonomia privada, por conter estrutura principiológica, a cada caso concreto dever-se-ia

favor de um princípio [...], contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio [...] no caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio e, por consequência, uma carga de argumentação contra o outro princípio” (STEINMETZ, 2004, p. 215).

realizar uma valoração dessa autonomia, para confirmar qual o valor a ser atribuído à proteção desta na espécie, verificando-se se há um real exercício daquela. No caso de simetria entre os indivíduos envolvidos na controvérsia, tal princípio formal adquiriria precedência *prima facie*, restando essa superada apenas em razão de grave restrição a direitos fundamentais.

2.3.5 Marcelo Duque

Marcelo Duque (2013), em obra decorrente de sua tese de doutorado, aborda a temática dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz dos contratos de consumo, identificando a existência de uma posição jurídico-fundamental na Constituição conferida aos consumidores, carentes de proteção estatal perante terceiros (fornecedores – outros particulares). Nas palavras desse jurista, a questão central de sua tese seria “determinar qual é a construção teórica que melhor fundamenta uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, à luz do exemplo dos contratos de consumo” (DUQUE, 2013, p. 35).

Inicialmente, entretanto, uma explicação é necessária. Apesar de, alegadamente, a obra se centrar nos contratos de consumo, entende Duque (2013, p. 36) que os fundamentos das reflexões efetivadas transcendem tal esfera, pelo que as conclusões do trabalho não estariam restritas a tais modalidades contratuais. Assim, a obra possui interesse para o objeto do presente estudo, visto que capaz de ser compreendida em suas bases amplas.

Destacado isso, insta salientar que tal autor, ao abordar a questão central, delimita dois planos distintos em que a problemática poderia ser posta: do ponto de vista material e, igualmente, pela perspectiva processual (DUQUE, 2013, p. 35). Em relação ao primeiro plano (material), as indagações seriam aquelas tradicionalmente efetivadas pela doutrina, como a que se refere à busca por um modelo adequado a tal eficácia dos direitos fundamentais entre privados (direta ou indireta), dentre outras. Embora seja esse plano também importante e presente no desenvolvimento de todo o trabalho exposto, a distinção do texto em relação aos demais estudos, em termos de recorte temático (problemas analisados), decorre da análise do aspecto processual da questão⁴³, consistente em perquirições a respeito não apenas do controle exercido pelos tribunais constitucionais em face das normas legislativas de direito privado, mas, também, da postura dessas Cortes em relação às decisões proferidas pelos tribunais ordinários em contendas afetas à área cível (DUQUE, 2013, p. 36).

⁴³ Embora de suma importância a abordagem realizada pelo autor, transcende os objetivos do presente estudo o trato do denominado plano processual apresentado pelo jurista.

Para o desenvolvimento de suas construções teóricas, mencionado jurista se apoia em noções como a conexão entre os direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade humana, a teoria dos deveres de proteção estatais e o pensamento de convergência entre a Constituição e o direito privado, dentre outras. Quanto à questão da personalidade, entende que “o vetor de aproximação dos direitos fundamentais às relações privadas é a ligação desses direitos com a proteção da personalidade humana em geral” (DUQUE, 2013, p. 52). Contudo, o próprio autor nota que nem todos os direitos fundamentais estariam relacionados à tutela da personalidade individual, posto que esses também se dirigiriam a outros objetivos como a manutenção da liberdade de concorrência (para o desenvolvimento econômico) e a garantia de processos livres de formação da opinião (pressuposto da democracia) (DUQUE, 2013, p. 52). Assim, conclui que “uma fórmula geral para a aplicação dos direitos fundamentais no direito privado não pode ser encontrada” (DUQUE, 2013, p. 53), o que contribuiria para o caráter complexo da temática.

Entretanto, no âmbito contratual, notadamente nos contratos de consumo, o fator do desenvolvimento da personalidade possuiria uma importância ímpar. Isso porque, segundo Duque (2013, p. 165), “é no reconhecimento da personalidade da pessoa que se legitima a liberdade contratual”. E, aqui, tal liberdade poderia ser compreendida por uma perspectiva positiva, “quando contribui para a vigência da autonomia privada, desde que em cada polo da relação jurídica constate-se a existência de vontade para a fundamentação de uma relação jurídica de caráter vinculativo”, mas, igualmente, por uma negativa, “quando assegura a autonomia privada ao impedir vinculações jurídico-negociais indesejadas” (DUQUE, 2013, p. 165).

Ocorre que o reconhecimento desse destaque constitucional dado à liberdade negocial, como corolário de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, não implica em que os contratos estejam imunes à incidência dos direitos fundamentais (DUQUE, 2013, p. 167). Como ressalta Duque (2013, p. 167), impõe-se a verificação da atuação livre dos contratantes, o que se daria apenas quando presentes as *condições da liberdade*, ou seja, “as garantias mínimas exigidas para que possa florescer a liberdade, sem as quais não se justifica o próprio emprego do termo”, o que atrairia a aplicação dos direitos fundamentais.

E, segundo mencionado jurista, “o fundamento, para tanto, é claro: a constituição visa a proteger a atuação livre do cidadão, dentro dos parâmetros gerais por ela mesma estabelecidos” (DUQUE, 2013, p. 167). Transbordados esses limites, não se verificando uma atuação livre dos sujeitos, poder-se-ia cogitar da intervenção estatal em prol dos direitos

fundamentais⁴⁴. Aqui, percebe-se o recurso (e retorno) à própria ideia de livre desenvolvimento da personalidade:

o fundamento constitucional que dá amparo a essa possibilidade [limitação da autonomia privada] repousa na própria garantia de livre desenvolvimento da personalidade. Só é livre para decidir aquele que pode desenvolver, livremente, a sua personalidade em uma relação jurídica. É por isso que nas relações entre particulares não se cogita uma liberdade ilimitada (DUQUE, 2013, p. 168).

Nessa linha de raciocínio, embora não restrito a esse campo, ficaria claro que o âmbito dos contratos de consumo é palco fértil para se cogitar da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isso porque, em tais relações jurídicas, o aspecto marcante é a hipossuficiência do consumidor, parte vulnerável na espécie.

Apesar de fundamentar a possibilidade de limitação à autonomia privada nesses termos, Duque (2013) compreende que, para tanto, regra geral⁴⁵, uma intermediação legislativa é necessária, motivo pelo qual conclui que o melhor modelo para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o da eficácia indireta (mediata). Segundo referido jurista, “a pessoa não se equipara ao Estado nas funções simultâneas de garantidor, não violador e de mantenedor dos pressupostos essenciais para a vigência de direitos fundamentais” (DUQUE, 2013, p. 46). Restaria claro, assim, “que os direitos fundamentais não compelem os indivíduos da mesma forma e intensidade, com que se impõem como normas que vinculam e guiam (diretamente) as ações dos poderes públicos” (DUQUE, 2013, p. 46).

Nesse sentido, um dever de proteção estatal seria derivado desses direitos, obrigando o poder público a atuar em prol do resguardo dos sujeitos a violações perpetradas às garantias fundamentais destes, ainda quando referidas ameaças decorressem de atuação privada

⁴⁴ “Por conseguinte, sempre que as disposições negociais privadas ferirem direitos fundamentais de um contratante, não havendo consentimento, possibilidade de reação fática ou noção exata por parte do destinatário da lesão quanto aos danos provocados por essa conduta lesiva, hipótese que se configura em uma violação geral ao livre desenvolvimento da personalidade do particular, tem-se que os direitos fundamentais vinculam os sujeitos privados, a fim de se garantir a observância das decisões de valor da constituição também no marco das relações de direito privado” (DUQUE, 2013, p. 411).

⁴⁵ Duque (2013, p. 190) cogita de duas situações, sempre em caráter excepcional, nas quais se poderia aceitar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas: quanto a direitos fundamentais específicos que, por sua natureza, permitam tal aplicação (como no caso de alguns direitos trabalhistas) e, lado outro, quando a ausência de mediação legislativa é evidentemente insuficiente para fornecer um grau adequado de proteção ao direito respectivo. Nessas hipóteses, ressalta mencionado jurista que essa eficácia deve ser vista com cautela (DUQUE, 2013, p. 190), bem como que, no tocante ao âmbito contratual, tais casos seriam mais hipotéticos do que reais, posto que as cláusulas gerais de direito privado, na forma de mediação legislativa, forneceriam grau adequado para a atuação e efetivação dos valores constitucionais na espécie.

(terceiros, outros indivíduos)⁴⁶ (DUQUE, 2013, p. 387). Portanto, pode-se dizer que a própria Constituição implica, para o Estado, um dever de proteção aos particulares. Deixa, então, um espaço de conformação para o legislador, para o exercício dessa função.

Desse modo, embora tal dever seja imposto (e, portanto, vincule) a todas as esferas do poder estatal, o papel em questão é atribuído com maior intensidade ao Poder Legislativo, motivo pelo qual o legislador realiza, por meio da criação de normas, a mediação entre o dever de proteção estabelecido constitucionalmente e essa proteção efetivamente dita, praticada pelas demais esferas estatais. Por tal perspectiva, não há apenas uma forma constitucionalmente prescrita de resguardo aos direitos fundamentais. Ao legislador restaria um espaço de conformação, dentro do qual, discricionariamente, buscaria editar normas jurídicas para cumprir tal desiderato (DUQUE, 2013, p. 385), no desenvolvimento das competências constitucionais atribuídas ao Poder Legislativo (DUQUE, 2013, p. 405).

Aqui, percebe-se tanto como a teoria dos deveres de proteção se relaciona à tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como à teoria do diálogo das fontes, na perspectiva trabalhada pelo jurista. Dois seriam os principais aspectos destacados por Duque (2013, p. 405) para utilizar esta teoria (diálogo das fontes) no âmbito constitucional: primeiramente, a primazia de vigência da Constituição no ordenamento jurídico, reconhecendo-se o significado ímpar dos direitos fundamentais; por fim, a primazia de conhecimento do direito privado, que se ampara tanto na tradição longínqua deste quanto em sua posição de proximidade para com as relações privadas.

Quanto à conexão entre a teoria dos deveres de proteção e o modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais, entende Duque (2013, p. 411) que aquela melhor fundamenta essa incidência com tal característica (mediata). Isso porque, se comparada às teses clássicas relativas à questão, permite compreender melhor a relação entre a atuação legislativa e o Poder Judiciário, tanto na forma da jurisdição constitucional quanto da ordinária (DUQUE, 2013, p.411). Conforme já ressaltado, o legislador exerce o papel de concretização da Constituição, dentro do espectro de possibilidades conferido por tal ponto

⁴⁶ Insta salientar que, para o jurista, em determinados casos a teoria dos deveres de proteção poderia ser utilizada para resguardar os indivíduos de suas próprias condutas (DUQUE, 2013, p. 382). Para tanto, o critério de análise seria o da possibilidade efetiva de discernimento do sujeito quanto às consequências de sua atuação. Assim, quanto menor tal capacidade, maior seria a validade da intervenção estatal sob o fundamento de sua proteção; quanto maior o caráter autorresponsável da conduta, menor seria a justificação para a interferência do Estado fundada na teoria dos deveres de proteção (DUQUE, 2013, p. 382). Portanto, “esse critério dá conta de que quanto maior for o grau de autonomia da pessoa, vale dizer, a noção consciente dos riscos e consequências advindos do seu comportamento, menor é, em princípio, a margem de ação interventiva (de caráter protetivo do Estado) e vice-versa” (DUQUE, 2013, p. 382).

central da ordem jurídica. A atuação judicial, portanto, se restringiria a garantir que a produção legislativa se mantenha inserida (e/ou interpretada) nos limites constitucionalmente definidos.

No tocante à aproximação da teoria dos deveres de proteção à tese do diálogo das fontes, aplicada à Constituição, Duque (2013) defende um pensamento de convergência na interpretação do direito privado em relação ao texto constitucional. Haveria, aqui, uma mão dupla: a atuação do legislador ordinário, no campo do direito privado, contribuiria para depurar os valores constitucionais, dando concretude a esses; lado outro, as normas de direito privado seriam valorativamente preenchidas com a axiologia constitucional⁴⁷.

Como consequência desse pensamento de convergência, tem-se um efeito recíproco entre direito privado e Constituição,

onde valores constitucionais abstratos depuram o direito como um todo, elevando o nível jurídico da legislação e da jurisprudência, de modo que com o tempo surge um direito mais justo que, por sua vez, depura os valores da Constituição, em um ciclo contínuo de aperfeiçoamento (DUQUE, 2013, p. 392).

Insta ressaltar, ademais, o sentido da primazia de conhecimento do direito privado, referida por Duque (2013), para demonstrar que a relação acima estabelecida não implica na supressão e/ou submissão completa do direito civil ante a Constituição. Nesse sentido, as disposições constitucionais não esgotariam o campo de desenvolvimento do direito privado. Dada sua proximidade maior com o cotidiano dos relacionamentos entre particulares, restaria ao direito civil um espaço para se desenvolver e se autoafirmar, resolvendo grande parte das questões jurídicas de ordem privada (DUQUE, 2013, p. 82).

Ademais, em virtude de sua tradição milenar, o direito privado teria fornecido previamente parcela considerável dos valores albergados em sede constitucional (DUQUE, 2013, p. 82). Portanto, do exposto, concluir-se-ia que “o direito constitucional não logra êxito em cumprir integralmente a sua tarefa, sem recorrer ao conteúdo do direito privado” (DUQUE, 2013, p. 82), o que demonstra que “o direito privado possui um alto significado para o direito constitucional” (DUQUE, 2013, p. 81).

⁴⁷ Poder-se-ia falar, portanto, numa simbiose entre Constituição e direito privado: “sem o direito privado, a norma constitucional pode pouco fazer, pelo fato de que a indeterminação de seu conteúdo não proporciona uma imposição concreta no ordenamento jurídico. A norma de direito privado, por sua vez, carece de valores constitucionais que guiem a sua interpretação e aplicação, a fim de que atinja a sua finalidade plena, de regulação do conjunto de fatos da vida, em harmonia com a unidade do ordenamento jurídico e no marco da constitucionalidade” (DUQUE, 2013, p. 99-100).

Em suma, Duque (2013, p. 408) adota como critério básico para legitimar o controle de conteúdo dos contratos, com fundamento nos direitos fundamentais, a preservação do livre desenvolvimento da personalidade dos particulares. No cumprimento do dever de proteção estatal, derivado desses direitos, a atividade do legislador ordinário na criação de normas de direito privado seria a fonte principal para toda a dinâmica de resguardo a tais garantias. E, ademais, se poderia perceber uma relação de complementaridade entre a Constituição e o direito privado, não se olvidando da primazia de conhecimento deste, embora subsista a supremacia dos valores albergados por aquela.

3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 845.779-SC

3.1 Os atores

A presente seção é destinada a expor os atores atuantes no âmbito do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, em curso perante o STF, como forma de situar o leitor deste estudo a respeito das falas, argumentos e questões levantadas no âmbito do referido processo judicial. Nesse sentido, são partes no processo Ama (parte autora)¹, bem como Beiramar Empresa de Shopping Center Ltda. (parte ré). Quanto à autora, ressalte-se que a postulação judicial é feita por intermédio de advogados do Núcleo de Prática Jurídica do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (NPJ/CESUSC), ou seja, um escritório modelo de advocacia vinculado a uma instituição de ensino superior.

O feito tramitou, em primeira instância, na Unidade Judiciária Avançada de Cooperação CESUSC – Comarca da Capital – Norte da Ilha, integrante do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). Proferida a sentença, fora interposto pela autora um recurso inominado, não admitido pela Primeira Turma de Recursos da Capital (Juizado Especial do TJSC), assim como um recurso de apelação pela parte ré, julgado pela Terceira Câmara de Direito Civil do TJSC².

Além da 3ª Vice-Presidência do TJSC, que realizou os juízos prévios de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário interpostos contra o acórdão proferido em segunda instância, atuaram, nos tribunais superiores, a Terceira Turma, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e o Tribunal Pleno, no Supremo Tribunal Federal (STF), sob relatoria do Min. Barroso. Atualmente, o processo se encontra em curso perante esta Corte Suprema, fora da pauta de julgamentos em virtude de pedido de vista formulado pelo Min. Fux na sessão de julgamento do dia 19 de novembro de 2015.

A Procuradoria-Geral da República (PGR), em 21 de outubro de 2015, apresentara parecer nos autos, enquanto o feito já tramitava no STF. Quantos aos demais atores, tem-se que, até a data indicada anteriormente como marco para a realização desta pesquisa (15 de junho de 2016), solicitaram a intervenção no feito, na qualidade de *amicus curiae*, diversas entidades.

¹ Pelo que consta nos autos do processo em análise, André dos Santos Fialho seria o nome de registro dado à Ama, autora do pleito judicial de indenização por danos morais. Opta-se, no presente trabalho, por adotar o nome social da autora, em respeito à autonomia e identidade de gênero desta.

² A razão para se ter, no mesmo processo, a interposição de recurso de apelação e de recurso inominado, deriva de uma vicissitude processual que transborda o interesse do presente estudo.

Dentre essas, negou-se a admissão nos autos, nessa qualidade, ao Grupo Dignidade³ (BRASIL, 2015b, 2015d), ao Transgrupo Marcela Prado - TMP⁴ (BRASIL, 2016a) e ao Conselho Federal de Psicologia⁵ (BRASIL, 2016b), oportunizando o Min. Rel. Barroso, contudo, a apresentação de memoriais. Lado outro, admitiu-se ao feito, como *amici curiae*, o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM) e o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos (LIDIS), conjuntamente, ambos núcleos universitários vinculados à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), bem como a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) e o ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero⁶.

Quanto ao CLAM e ao LIDIS, foram representados pela Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, tendo apresentado parecer anteriormente à sessão de julgamento do dia 19 de novembro de 2015, bem como realizado sustentação oral nesta oportunidade. No tocante à ABGLT, realizara sustentação oral naquela ocasião, e protocolara memoriais, conjuntamente com o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS)⁷, posteriormente a tal participação, transcrevendo trechos substanciais da intervenção na oportunidade, bem como rebatendo alguns argumentos aduzidos, pelos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, durante a sessão de julgamento. Ressalte-se que,

³ Inicialmente, o Grupo Dignidade limitou-se a juntar nos autos o teor do seu estatuto social, não se reportando aos requisitos que o autorizava a integrar o feito na qualidade de *amicus curiae*, o que fundamentou a inadmissão em questão por parte do Min. Rel. Barroso (BRASIL, 2015d). Entretanto, posteriormente, a entidade respectiva peticionou nos autos, corrigindo o equívoco. Não obstante isso, a relatoria do caso manteve a inadmissão, por reputar ausente o cumprimento dos critérios de representatividade e âmbito de atuação (BRASIL, 2015b).

⁴ O indeferimento em questão fora motivado pela jurisprudência consolidada do STF, que recusa o pedido de ingresso de *amicus curiae* após a inclusão do processo na pauta de julgamento (BRASIL, 2016a).

⁵ Igualmente ao ocorrido com o Transgrupo Marcela Prado - TMP, a inadmissão em comento se deu em virtude da jurisprudência assente do STF em recusar o pedido de ingresso de *amicus curiae* após a inclusão do processo na pauta de julgamento (BRASIL, 2016b).

⁶ Apesar disso, este último *amicus curiae* não se manifestara nos autos, à exceção da apresentação da petição requerendo o ingresso no processo nessa qualidade, considerando a data anteriormente indicada como marco para a presente pesquisa.

⁷ Embora não tenha formalizado anteriormente um pedido de admissão no feito, na qualidade de *amicus curiae*, e ciente da jurisprudência consolidada do STF, no sentido de recusar tais requerimentos, quando formulados após a inclusão do feito em pauta, a decisão do GADvS de assinar a petição de memoriais conjuntamente com a ABGLT se deu por uma questão política, explicada naquela manifestação processual: “sabe-se que a jurisprudência do STF não admite a habilitação de *amici curiae* após ser pautado o processo para julgamento. O GADvS coassina esta petição pelo signatário, que fez a sustentação oral pela ABGLT, ser seu atual diretor-presidente [...] e por ser entidade que luta pela igualdade de direitos e dignidade jurídica à população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos) e (luta) contra a homofobia e a transfobia, nos termos de seu Estatuto Social, além de ter sido admitido como *amicus curiae* na ADI 4275 (que versa sobre direito a mudança de nome e sexo de transexuais independente de cirurgia de transgenitalização) e na ADO 26 (que versa sobre a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia)” (ABGLT; GADVS, 2015, p. 1, nota 1).

nesta sessão, o NPJ/CESUSC também defendeu oralmente as teses apresentadas a favor da autora.

3.2 A postulação inicial e manifestações da parte autora

3.2.1 Fatos e teses da petição inicial

Consta, na petição inicial do processo judicial em que interposto o Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, que a autora Ama, como é conhecida, dirigiu-se a banheiro feminino de acesso público localizado no Shopping Beiramar, de propriedade de Beiramar Empresa de Shopping Center Ltda., ré nos autos em questão. Entretanto, após abordagem realizada por uma funcionária desta, teria sido retirada do local, sob o argumento de que sua presença naquele banheiro acarretaria constrangimentos às mulheres presentes.

Ademais, afirma-se que, quando conduzida até a presença do superior hierárquico daquela funcionária, na busca por explicações para a situação, teria Ama sido objeto de diversas ofensas, quanto à sua condição de transexual. Sem conseguir algum local adequado para realizar suas necessidades e, diante do alegado nervosismo em decorrência do ocorrido, teria aquela defecado em suas próprias vestes, no corredor do referido *shopping center*. Em virtude do fato, a autora se submeteu a necessários tratamentos e acompanhamentos médicos e psicológicos.

No que interessa ao presente estudo⁸, a petição inicial caracteriza a conduta dos funcionários da ré como violadores da dignidade humana, nesta incluídos os princípios da liberdade e igualdade, citando, como dispositivos constitucionais pertinentes para análise do caso, o art. 3º, I e IV, bem como o art. 5º, *caput*. Quanto à acepção de igualdade adotada, referiu-se à igualdade material, “segundo a qual as pessoas, quando desiguais, devem ser tratadas conforme suas desigualdades” (AMA, 2009b, p. 11).

Assim, conforme a exordial, o tratamento alegadamente discriminatório sofrido pela autora teria violado a autonomia desta e, ademais, a caracterizado como alguém que não seria merecedora de tratamento digno e igualitário em relação aos demais, em virtude de sua condição de transexual. Desse modo, a simples prática de atos discriminatórios danificaria o direito fundamental de igualdade, surgindo a pretensão de indenização por danos morais, decorrência do dever de indenizar previsto no art. 5º, V, X e XLI da CRFB/88, bem como no

⁸ Nesse sentido, não se discutirá questões que não interessam ao objeto do presente trabalho, como a caracterização ou não de uma relação de consumo no caso concreto.

art. 186 c/c art. 927 do Código Civil de 2002 (CC/02). O direito à indenização seria reforçado pela lesão acarretada à dignidade da autora, atestada pelos sentimentos de desânimo e apatia ocasionados a Ama, que teria necessitado, posteriormente ao ocorrido, da utilização de medicamentos antidepressivos (AMA, 2009b).

3.2.2 Nome e gênero em disputa

Seria Ama uma “mulher de verdade”? Aliás, o caso em questão versa sobre Ama, ou sobre André dos Santos Fialho⁹? A disputa quanto ao gênero e ao nome da autora se verifica não apenas extraprocessualmente – tanto no cotidiano, quanto na situação específica que dera origem a referido processo judicial. Nesse sentido, essas contendas se mostram igualmente reproduzidas nos autos.

Assim, quanto ao nome da autora, não obstante o cumprimento de determinações legais de indicação do nome de registro civil de Ama na qualificação da petição inicial – que, embora possa ser interpretado como uma violação à autonomia dessa, é uma posição prudente dos respectivos representantes judiciais, quanto ao modo atual de operação do Poder Judiciário –, nota-se, nos autos, apesar de alguns deslizes¹⁰, o cuidado do NPJ/CESUSC em se referir à jurisdicionada unicamente por seu nome social. Lado outro, a ré resiste, na qualificação da peça contestatória, a utilizar o nome social, reproduzindo unicamente o nome de registro de Ama. Na sentença, por sua vez, embora conste o nome de registro civil da autora, o juiz se reporta ao nome Ama (SANTA CATARINA, 2010), conduta igualmente adotada no parecer da Procuradoria-Geral da República (2015) e no voto proferido em sessão oral pelo Min. Barroso (BRASIL, 2015e). O acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em sede de apelação, por seu turno, limitou-se ao nome da autora presente no registro civil (SANTA CATARINA, 2012a).

É importante ressaltar que o Min. Fachin, em seu voto, destacou a necessidade de reautuação do recurso, para fazer constar o nome social da autora; entretanto, ressalvou que o nome inscrito no registro civil deveria acompanhá-lo (BRASIL, 2015f). Saliente-se que, de acordo com Bento (2014, p. 66), o problema da repetição do nome de registro é que esse

⁹ Conforme já destacado, segundo o que consta nos autos do processo em análise, André dos Santos Fialho seria o nome presente nos registros civis de Ama.

¹⁰ Nesse sentido, por exemplo, o NPJ/CESUSC reporta-se unicamente ao nome de registro de Ama na peça de impugnação à contestação (AMA, 2009a). Nessa petição, afirma, inclusive, que a autora já teria ingressado em juízo, na tentativa de alteração do registro civil (AMA, 2009a).

ressuscitaria, no indivíduo trans, a posição de gênero da qual lutaria para sair (BENTO, 2014, p. 66).

No que se refere ao gênero da autora, a contenda também se instaura nos autos. Os pronomes femininos, preferidos pelo NPJ/CESUSC ao se referir à autora, se contrapõem aos masculinos, adotados pela ré. Esta, por sua vez, nega expressamente a condição de mulher da autora, afirmando, dentre outras manifestações nos autos, que:

com efeito, pois sendo o autor [do] sexo masculino, é forçoso reconhecer que o sanitário a ser utilizado por ele deve ser o destinado aos homens e não o das mulheres. [...] Por mais que o autor, conforme ele próprio declara na exordial, se sinta como mulher, se vista e se apresente como tal, não se pode impor às mulheres que ele utilize o toalete feminino, uma vez que é do sexo masculino na concepção biológica e certamente causará constrangimento no local (BEIRAMAR, 2009, p. 2).

Na sentença, a despeito do reconhecimento do teor discriminatório da conduta, com a consequente condenação da ré à compensação à autora do dano moral ocasionado, o juiz deixa transparecer que, perante o direito, Ama seria considerada um homem: “apesar de ser legalmente homem, o sexo psicológico do demandante é feminino” (SANTA CATARINA, 2010). De acordo com Ventura (2010, p. 21), o sexo legal (ou jurídico) seria aquele que deveria constar, de modo obrigatório, no assento do nascimento de uma pessoa, geralmente “estabelecido segundo a aparência anatômica externa do órgão genital”, constituindo um critério diferenciador quanto à aquisição de direitos e obrigações legais – não obstante a existência de uma “contradição entre o tempo jurídico e o tempo de formação da identidade sexual” (GONÇALVES, 2014, p. 204).

A tensão acima referida é perceptível também ao longo das manifestações processuais. Nesse sentido, nas contrarrazões ao recurso de apelação interposto pela ré, a autora destaca, expressamente, a resistência deste em tratá-la como pertencente ao gênero feminino, nos seguintes termos: “antes de rechaçar as teses ventiladas no inconformismo, impende salientar que o Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. insiste em tratar a autora/recorrida pelo sexo masculino, referindo-se a Ama nas razões do recurso como ‘o apelado’” (AMA, 2010a, p. 4, grifo do autor). Ademais, embora reste ausente tal informação na ata da audiência de instrução realizada em primeira instância, a autora relata que a ré teria sido “advertida reiteradamente pelo Juiz singular, durante a audiência de instrução, acerca do constante tratamento displicente e desrespeitoso em relação à autora” (AMA, 2010a, p. 2).

Não obstante isso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no acórdão prolatado em sede de apelação, manteve a utilização dos pronomes masculinos para se referir à autora

(SANTA CATARINA, 2012a). Isso fora destacado também pelo NPJ/CESUSC, nas razões do recurso extraordinário interposto, quando, após citar trechos do mencionado acórdão, afirma:

percebe-se dos excertos, que o acórdão em todos os trechos reporta-se à Recorrente como do gênero masculino, dando outro viés ao entendimento daquilo que é de direito. Por isso, se faz presente muito mais do que mero dissabor, pois tratam os autos de uma mulher ferida na sua dignidade como pessoa humana (AMA, 2012c, p. 24).

A violação intraprocessual à identidade de gênero também é articulada pela autora na petição de agravo que insurgia contra a decisão que negou seguimento, na origem, ao recurso extraordinário interposto, em que se afirmou que “o tratamento dispensado a Recorrente, psicossocialmente identificada como mulher, pela decisão colegiada, atenta contra sua honra ao tratá-la insistentemente como se homem fosse” (AMA, 2013).

Dito isso, cumpre realizar algumas digressões. Percebe-se, da análise da contestação apresentada pela ré, que essa reconhece expressamente as manifestações da performance do gênero feminino da autora¹¹ – citando as normas de gênero femininas, ainda que fora de contexto, posto que não atreladas à genitália dita feminina –, quando afirma que esta “se vista e se apresente como tal [mulher]”, mas recusa a lhe reconhecer a identidade de gênero feminina, posto ser do “sexo masculino na concepção biológica” (BEIRAMAR, 2010, p. 2).

Aqui, presente está uma concepção sexual dimórfica, que naturaliza as diferenças corporais (do/a homem/mulher) e essencializa os gêneros nas genitálias (pênis/masculino, vagina/feminino), criando uma linha de continuidade das normas de gênero, que se atualizam em discursos como esses. Isso porque, segundo Butler, as repetições daquilo que é tido como verdade para os gêneros é que contribuem para a sedimentação das normas de gênero, compreendidas (incorretamente) como algo natural, a-histórico (BENTO, 2014, p. 110).

Quanto ao modo de proceder do Poder Judiciário, em relação à questão – por exemplo, no acórdão proferido pelo TJSC, que se reportou a Ama pelo nome de registro civil e pelo gênero masculino –, pode-se questionar, com amparo em Gomes (2016), a distância

¹¹ As performances de gênero estão relacionadas às suposições e expectativas de ação, embutidas na matriz cultural, quanto ao que se espera serem as condutas naturais para o corpo que se tem (BENTO, 2014, p. 106). No caso das identidades trans, entretanto, a citação das normas de gênero são feitas fora de contexto – ou seja, reproduz-se as normas de gênero em atos, porém desvinculadas da regularidade que se espera entre corpo-sexuado e gênero (BENTO, 2014, p. 109). Aqui, embora essas citações das normas de gênero permitam a sua própria reprodução, quando realizadas fora de contexto também promovem, igualmente, a demonstração da fragilidade do pressuposto natural das normas de gênero, ocasionando nessas uma fissura e, assim, a possibilidade de sua ruptura (BENTO, 2014, p. 109).

que se encontram as instituições judiciárias de uma postura de proteção no tocante às temáticas de gênero. Segundo referida jurista, para que uma Corte seja considerada protetiva, em relação a tais assuntos, não apenas os julgamentos devem ser favoráveis aos direitos de gênero pleiteados, mas, igualmente, o tribunal respectivo deve ser acessível aos grupos minoritários interessados (quanto à possibilidade de submissão dos pleitos ao Poder Judiciário e, também, de integrar os seus quadros), bem como – o que interessa no presente ponto – os respeitar em suas práticas e discursos.

Dessa forma, a já citada postura da Terceira Câmara de Direito Civil do TJSC, assim como questionamentos surgidos no âmbito da sessão de julgamento do dia 19 de novembro de 2015 – como a indagação efetivada pelo Min. Marco Aurélio, se Ama possuía aparência realmente feminina (BRASIL, 2015e) – consubstanciam práticas e discursos que impedem uma atuação protetiva nesse sentido; ao revés, a determinação efetivada pelo Min. Fachin, para que o feito fosse reatuado, constando o nome social da autora, embora não seja uma medida suficiente, parece indicar um caminho adequado para alterar esse paradigma quanto ao modo de tratamento das pessoas trans pelo Poder Judiciário. Ressalte-se que, para ser possível buscar uma emancipação por meio do direito, é necessário que haja uma receptividade institucional das instituições jurídicas (HOLZLEITHNER, 2016, p. 896), de forma a diminuir os riscos para o sujeito lutar por seus próprios direitos, visto que “quanto maior é o apoio institucional, é mais provável que as incertezas e inconvenientes inevitáveis de um procedimento judicial sejam suportados” (HOLZLEITHNER, 2016, p. 897).

3.2.3 A discriminação às pessoas trans como uma “postura tão inaceitável nos dias

atuais”: liberdade, justiça social e reconstrução normativa na Teoria Crítica de Axel Honneth

Na petição inicial, a representação judicial da autora caracteriza a conduta adotada pelos funcionários da ré como discriminatória – pelo fato de Ama ser transexual – e, ademais, uma “postura tão inaceitável nos dias atuais” (AMA, 2009b, p. 5). Referida afirmação dá ensejo à realização de algumas digressões, relativas ao projeto da Teoria Crítica, especificamente quanto ao empreendimento adotado por Axel Honneth, central para o presente estudo. Tal se faz importante para fornecer um instrumental teórico que permita auxiliar a compreensão de determinadas situações sociais como experiências de injustiça, ressaltando um processo de tomada de consciência quanto ao caráter lesivo de algumas práticas reiteradas no cotidiano.

Entretanto, cumpre realizar uma advertência inicial. Conforme Bento (2014), a experiência transexual não pode ser compreendida como universal, do ponto de vista histórico, como se estivesse presente em toda a sociedade ocidental. Isso porque, na realidade, a transexualidade dependeria de condições históricas específicas, relativas à naturalização de uma distinção entre sexos baseada na genitália (genitalização do sexo), no dimorfismo e no protagonismo do saber médico na análise da questão – questões que serão analisadas posteriormente –, caracterizando as experiências trans como algo anormal (um transtorno, uma patologia individual) (BENTO, 2014).

Assim, seria incorreto se reportar, em outros contextos, à existência da transexualidade, ainda que em referência a vivências transgressoras das normas de gênero¹². O risco de não se atentar ao fato de a transexualidade ser fruto de um processo histórico de naturalização dos gêneros seria o encobrimento dos discursos que fundam e reproduzem aquelas normas (BENTO, 2014, p. 136).

Destacado isso, insta discorrer sobre o projeto da Teoria Crítica. Segundo Nobre (2009, p. 9) e Sobottka (2013, p. 143), a temática central dos estudos compreendidos nesse empreendimento teórico seria a noção de *emancipação*. Nesse sentido, esta seria uma ideia valorizada pela modernidade, estabelecendo referida tradição como programa de sua atuação a busca pela identificação tanto dos obstáculos existentes na realidade (facticidade social) ao objetivo de uma sociedade composta por indivíduos emancipados (SOBOTTKA, 2013, p. 143), bem como da compreensão existente sobre o que significaria (qual o conteúdo) essa emancipação (SOBOTTKA, 2013, p. 144).

Ocorre que a atividade de análise empreendida pela Teoria Crítica objetiva não consistir em mera descrição da realidade, mas possibilitar o estabelecimento de um juízo crítico transformador a partir do papel do teórico, ao debruçar-se sobre ela e suas vicissitudes, buscando romper os obstáculos existentes à referida emancipação. Eis, portanto, a delimitação da metodologia comum aos projetos de Teoria Crítica: descrever, sempre com uma pretensão *reconstrutiva*, a realidade social, identificando os bloqueios existentes à emancipação e buscando superá-los por meio da crítica.

¹² Nesse sentido, indaga Bento (2014, p. 137-138) sobre a contradição que, sob tal ótica, seria considerar como um fenômeno de transexualidade as histórias de mulheres que se passavam por homens na Renascença, em que o modelo de corpo seria o isomorfismo. Nesse modelo, “existia um único corpo. O corpo da mulher era igual ao do homem, sendo a vagina um pênis invertido. A ideia central aqui é de continuidade e não de oposição. O útero era o escroto feminino; os ovários, os testículos; a vulva, um prepúcio e a vagina, um pênis invertido. No lugar desse modelo, foi construído o dimorfismo. Os corpos justificariam as desigualdades supostamente naturais entre homens e mulheres” (BENTO, 2014, p. 141).

Nesse sentido é que, para Zurn (2015, p. 4-5), esses empreendimentos envolveriam uma *descrição* da sociedade atual, atenta às lutas e conflitos ocorrendo explícita ou implicitamente nas relações sociais contemporâneas; uma *explicação* da situação vigente (por que tal estado de fato se faz presente); um viés *crítico*, consistente em ter um propósito prático, relativo a um interesse emancipatório, rompendo com formas de opressão e constrangimento injustificáveis; e o fornecimento de *padrões de avaliação*, para que se possa distinguir as mudanças sociais progressivas das regressivas, bem como verificar a aceitabilidade do *status quo*. Para cumprir tais desideratos é que a análise social seria importante, nessa tradição, em ao menos dois aspectos:

através dela, devem ser desvelados, por um lado, os obstáculos e também os incipientes potenciais emancipatórios, mas também os contornos concretos daquilo que, naquele contexto, significa emancipação, para que sirva como critério normativo para a práxis social (SOBOTTKA, 2013, p. 144).

Assim, no tocante à dinâmica histórica da Teoria Crítica, sem embargo da influência exercida pelas ideias de Marx¹³ – que teria sido um de seus precursores – para o próprio desenvolvimento dessa tradição, comumente menciona-se Adorno e Horkheimer como os principais representantes do que seria a primeira geração dessa escola (ANDERSON, 2011, p. 32). Na tentativa de desenvolver referido projeto crítico, Adorno e Horkheimer teriam, por meio de um diagnóstico da realidade, concluído que “a razão instrumental consistia na forma estruturante e única da racionalidade social no capitalismo administrado” (NOBRE, 2009, p. 11).

Entretanto, contrariamente aos objetivos da referida tradição que ora se iniciava, a análise empreendida por tais autores culminava na impossibilidade de uma crítica efetiva da realidade, posto que desprovida de ferramenta teórica capaz de propugnar pela alteração das condições materiais de reprodução social, já que a racionalidade instrumental seria a única forma de racionalidade existente.

Desse modo,

¹³ Sem se olvidar as próprias ideias substanciais de Marx em si, que também foram importantes para o desenvolvimento da Teoria Crítica, a metodologia de trabalho da tradição, enquanto destaque central à necessária análise social, teria se valido dos trabalhos do mencionado filósofo: “a fonte original da teoria crítica foi Marx, de quem ela assumiu a convicção de que as possibilidades de emancipação deveriam ser buscadas dentro da realidade presente e não em ideais abstratamente formulados” (SOBOTTKA, 2013, p. 144).

para Horkheimer e Adorno, a racionalidade como um todo reduz-se a uma função de adaptação à realidade, à produção do conformismo diante da dominação vigente. Essa sujeição ao mundo tal qual aparece não é mais, portanto, uma ilusão real que pode ser superada pelo comportamento crítico e pela ação transformadora: é uma sujeição sem alternativa, porque a racionalidade própria da Teoria Crítica não encontra mais ancoramento concreto na realidade social do capitalismo administrado, porque não são mais discerníveis as tendências reais da emancipação (NOBRE, 2009, p. 11-12).

Assim, Habermas, considerado o expoente da segunda geração da Teoria Crítica, buscando salientar as deficiências compreendidas na análise de Adorno e Horkheimer, desenvolveu um conceito de sociedade em dois níveis, distinguindo duas racionalidades distintas prevalentes em cada um. Nesse sentido, além da racionalidade instrumental já presente na primeira geração da tradição, desenvolveu a ideia da racionalidade comunicativa, ínsita à ação humana no que se refere à ação orientada para o entendimento.

Desse modo, enquanto a ação orientada para fins (êxito) se pautaria principalmente pela racionalidade de tipo instrumental, a ação orientada para o entendimento adotaria o tipo de racionalidade comunicativa (NOBRE, 2009, p. 13). À primeira modalidade de racionalidade (instrumental), ligar-se-ia a reprodução material da sociedade; à racionalidade comunicativa, a reprodução simbólica (NOBRE, 2009, p. 13). Destaca-se que referidos dois níveis de sociedade se reportam ao nível do *sistema* (*locus* da reprodução material), bem como ao do *mundo da vida* (âmbito da reprodução cultural) (NOBRE, 2009, p. 13-14).

É de se ressaltar, ademais, que Habermas não abandona a metodologia de trabalho da Teoria Crítica, posto que sua análise da racionalidade comunicativa também pressupõe que essa modalidade de racionalidade está presente na dinâmica real da sociedade, no tocante à sua reprodução cultural (processo de socialização dos indivíduos, de transmissão das interpretações de mundo, etc.) (NOBRE, 2009, p. 14). E, quanto à possibilidade de emancipação presente na obra de Habermas, pode-se dizer que essa nova categoria de racionalidade (comunicativa) é que seria a construção teórica desse filósofo para se tentar combater os riscos aos indivíduos presentes nos processos de reprodução material da sociedade, posto que a interação comunicativa poderia neutralizar o efeito perverso de uma racionalidade voltada meramente a fins (instrumental)¹⁴.

¹⁴ Explicando a ideia presente em Habermas, Anderson (2011, p. 39, tradução nossa): “para Habermas, a base normativa para a teoria social crítica deve ser encontrada na compreensão adequada da ação comunicativa, em particular nas ‘pressuposições idealizadas’ que necessitam ser realizadas por quem deseja chegar a uma compreensão sobre algo com alguém. Essa abordagem combina uma teoria normativa sobre como a ação social coordenada é possível com uma ‘teoria discursiva’ sobre como as pretensões são justificadas. De acordo com a teoria discursiva de Habermas, todo ato comunicativo carrega consigo pretensões de validade (verdade, correção e sinceridade), onde a validade reivindicada é uma questão de se manter íntegro após a

Assim, Habermas parte da possibilidade de justificação normativa da crítica da sociedade no âmbito da pretensão de universalidade dos discursos presentes nas interações entre os indivíduos na sociedade (ANDERSON, 2011, p. 40), o que lhe permitiria um combate de teor mais eficiente às opressões existentes do que o aparato teórico desenvolvido pela primeira geração, ainda insuficientemente conectado à realidade – que padeceria de pressupostos quase metafísicos, portanto (ANDERSON, 2011, p. 38). Nesse sentido, ressalta Anderson (2011, p. 36, tradução nossa), ao destacar a diferença de perspectiva adotada por Habermas em relação à primeira geração da Teoria Crítica:

o que começou a surgir como a abordagem característica de Habermas à teoria social crítica fora o foco na definição das condições segundo as quais a interação humana poderia ser livre de dominação. Enquanto a primeira geração teria (ao menos inicialmente) observado diversas formas de “crises” econômicas, políticas, culturais ou psicanalíticas como espaços de impulsos emancipatórios, Habermas se concentrou na interação interpessoal livre que se dá na vida cotidiana e, especificamente, na perspectiva pragmática de se chegar a uma compreensão com alguém sobre algo, para servir como a fonte central dos impulsos emancipatórios¹⁵.

No tocante ao diagnóstico das patologias sociais existentes, Habermas identifica a possibilidade de um domínio do *sistema* sobre o *mundo da vida*, contaminando-se a racionalidade comunicativa (a princípio, o potencial emancipatório da sociedade) por meio do agir voltado a fins típico da racionalidade instrumental (*tese da colonização do mundo da vida*). É o que ocorre, por exemplo, quando a interação entre os indivíduos voltada para a obtenção do consenso sobre o agir se torna corrompida pela busca da maximização das condições materiais individuais (corrupção pelo código binário ter/não ter, típico do subsistema do mercado) ou do aumento de poder (corrupção pelo código binário poder/não poder, típico do subsistema da administração burocrática estatal).

submissão a críticas sob as ‘condições do discurso’, a saber, um contexto de justificação compreendido como irrepreensível pelos participantes”. No original: “for Habermas, the normative foundations for critical social theory are to be found in the proper understanding of communicative action, in particular, of the ‘idealising presuppositions’ that must be undertaken by anyone trying to come to an understanding with someone about something. This approach combines a norm-based theory of how coordinated social action is possible with a ‘discourse theory’ of how claims are justified. According to Habermas’ discourse theory, every communicative act carries with it claims to validity (truth, rightness and sincerity), where the validity being claimed is a matter of being able to stand up to criticism under ‘conditions of discourse’, namely, a context of justification that the participants view as beyond reproach” (ANDERSON, 2011, p. 39).

¹⁵ “What began to emerge as Habermas’ distinctive approach to critical social theory was a focus on specifying the conditions under which human interaction would be free from domination. Whereas the first generation had (at least initially) looked to various forms of economic, political, cultural or psychoanalytic ‘crisis’ as sites of emancipatory impulses, Habermas focused on free interpersonal interaction as it was found in ordinary life and, specifically, in the pragmatics of coming to an understanding with someone about something, to serve as the key source of emancipatory impulses” (ANDERSON, 2011, p. 36).

Portanto, “no instante em que os imperativos dos subsistemas autonomizados conseguem levantar seu véu ideológico eles se infiltram no mundo da vida a partir de fora – como senhores coloniais que se introduzem numa sociedade tribal –, impondo a assimilação” (HABERMAS, 2012, v. 2, p. 639). Nesse momento, há um bloqueio do potencial emancipatório da racionalidade discursiva pelos imperativos do mercado e/ou da administração burocrática estatal.

Referida descrição da sociedade em dois níveis, entretanto, não está imune a críticas. É mediante a rejeição dessa interpretação, então, que Axel Honneth desenvolve sua construção teórica, demarcando a atuação da terceira geração da Teoria Crítica.

Primeiramente, segundo Nobre (2009, p. 16), Honneth criticaria a distinção de Habermas entre sistema e mundo da vida por sua imprecisão, ou seja, sua ambiguidade, visto que “oscila entre uma distinção que se pretende meramente analítica e uma distinção real entre domínios sociais de ação diversos”. No tocante à distinção em sentido real levada a cabo por Habermas, essa “acaba por se revelar essencialista, sendo que Habermas terminou por fundá-la em uma teoria da evolução social por demais mecânica” (NOBRE, 2009, p. 16).

Ao compreender a reprodução material da sociedade como influenciada apenas por imperativos da racionalidade instrumental, Habermas teria deixado de ter a devida percepção da influência de elementos simbólicos/culturais no âmbito do sistema, como no campo do trabalho e do mercado. Assim, “foi obrigado, segundo Honneth, a neutralizar normativamente o sistema, de modo a torná-lo infenso à lógica comunicativa” (NOBRE, 2009, p. 17)¹⁶. Com isso, “ele tornou-se incapaz de pensar como o próprio sistema e sua lógica instrumental é resultado de permanentes conflitos sociais, capazes de moldá-lo conforme a correlações de forças políticas e sociais” (NOBRE, 2009, p. 17).

Compreendida essa questão, Honneth buscou elaborar novo aparato teórico para dar continuidade ao projeto de emancipação da sociedade por meio da razão, superando essa concepção dual de mundo elaborada por Habermas. Não olvidou, entretanto, do potencial crítico da interação entre os indivíduos no âmbito social, destacando, porém, que o modo principal dessa se dar é mediante o conflito (NOBRE, 2009, p. 17), na forma de lutas que

¹⁶ Para tratar aqui apenas de um exemplo de como a racionalidade comunicativa pode influir na lógica de operação do sistema, combatendo opressões nesse âmbito, cite-se a adoção de leis de proteção ao trabalhador oriundas de um processo de luta social por melhoria das condições materiais dos obreiros. Nesse caso, segundo Honneth (2014), é possível perceber como um processo socialmente conflituoso, que culminou na adoção de normas jurídicas por meio de procedimentos discursivos no âmbito legislativo, pôde refletir num espaço social (mercado/trabalho) que se reproduziria, em compreensões anteriores, tipicamente apenas com base nos imperativos sistêmicos do código ter/não ter.

consustanciam reivindicações de teor moral, como será visto. Saliente-se, contudo, que, com Habermas, Honneth partilha a convicção fundamental de que a proteção a distorções no contato intersubjetivo deve se basear, ao menos parcialmente, em princípios universais (ANDERSON, 2011, p. 47).

Assim, em seu empreendimento crítico, Honneth (2014) adota uma metodologia que destoa das teorias políticas idealistas, rejeitando o modo de proceder das teorias da justiça de viés kantiano. Nesse sentido, referidas teorias buscariam a formulação de princípios abstratos de justiça, de modo desconectado da realidade, para, posteriormente, aplicá-los na avaliação das instituições sociais existentes¹⁷.

Tal filósofo discorda da validade e eficácia prática dessa metodologia, visto que compreende que a filosofia política poderia melhor se desenvolver caso preocupasse, de modo mais enfático, com a análise das instituições reais existentes. Assim, Honneth (2014) sustenta que a elaboração de uma teoria da justiça deve ser, concomitantemente, uma análise da sociedade.

Para sustentar essa pretensão, referido filósofo expõe quatro premissas. No tocante à primeira, aduz que a reprodução social deve ser entendida como dependente de valores universais presentes na sociedade (HONNETH, 2014, p. 10). Desse modo, com base em Talcott Parsons, afirma que esses ideais não apenas contribuem para a reprodução social por um ponto de vista “de cima para baixo”, mas também no sentido inverso, visto que os indivíduos determinariam suas atitudes baseados nas expectativas sociais existentes, obrigações implicitamente compartilhadas, etc. – ou seja, aspectos valorativos imiscuídos às práticas sociais (HONNETH, 2014, p. 3).

A segunda premissa adotada por Honneth (2014, p. 10) se refere ao fato de que os juízos a respeito do justo não poderiam se dar de modo externo à realidade das instituições sociais e desses ideais e valores compartilhados. Assim, “práticas sociais e instituições são ‘justas’ na medida em que elas são capazes de realizar valores aceitos de modo geral”¹⁸ (HONNETH, 2014, p. 10, tradução nossa). Portanto, com base em Hegel, afirma que “a ideia

¹⁷ “Uma das grandes limitações de que padece a filosofia política da atualidade é estar distante da análise da sociedade e, desse modo, fixada em princípios puramente normativos. Não que não seja tarefa de uma teoria da justiça formular regras normativas pelas quais se possa mensurar a legitimidade moral do ordenamento social; porém, muitas vezes esses princípios são hoje estabelecidos isoladamente em relação à eticidade de práticas e instituições dadas, para então serem ‘aplicados’ de maneira apenas secundária à realidade social” (HONNETH, 2015, p. 15).

¹⁸ No original: “social practices and institutions are ‘just’ to the extent that they are capable of realizing generally accepted values” (HONNETH, 2014, p. 10).

de justiça não é uma noção independente e autônoma que pode ser explicada em seus próprios termos”¹⁹ (HONNETH, 2014, p. 4, tradução nossa).

Ocorre que, nesse propósito de formulação da teoria da justiça como análise social, é preciso pressupor, também, que a realidade pode sempre ser melhor explorada (HONNETH, 2014, p. 7), para reconstruí-la no sentido de ser possível identificar, por meio desse exame, quais são as instituições e práticas capazes de realizar esses valores compartilhados e, ademais, reconhecer, no âmbito da própria sociedade, quais ideais seriam esses (HONNETH, 2014, p. 10). A quarta premissa, a seu turno, é a de que a prática real da sociedade pode ser criticada, ou seja, à luz desses valores é possível demonstrar que determinadas dinâmicas existentes lhes são contrários (HONNETH, 2014, p. 9). Aqui, pode-se afirmar que essa capacidade constante é percebida no fato de que os juízos normativos no âmbito dessa reconstrução crítica são antes graduais do que categóricos (HONNETH, 2014, p. 9).

No tocante ao empreendimento reconstrutivo efetivado por Honneth (2014, p. 15-16), à luz dessa metodologia de análise social acima exposta, esse compreende que a modernidade teria deixado como legado ao Ocidente a ideia de autonomia individual (liberdade) e sua valorização²⁰, de modo que a legitimidade da ordem social cada vez mais seria aferida a partir de sua possibilidade de assegurar a autodeterminação individual ou, ao menos, as precondições de seu florescimento. A partir de então, as diferentes concepções de justiça teriam sido elaboradas fundamentando-se em interpretações distintas sobre o que a liberdade é e requer (HONNETH, 2014, p. 15-16).

Assim,

na sociedade moderna vemos que a exigência de justiça só pode se legitimar se, de um modo ou de outro, a autonomia da referência individual for mantida. Não é a vontade da comunidade ou a ordem natural que se constituem pedra fundamental normativa de todas as ideias de justiça, mas a liberdade individual (HONNETH, 2015, p. 37).

¹⁹ No original: “the idea of justice is not an independent and free-standing notion that can be explained on its own terms” (HONNETH, 2014, p. 4).

²⁰ Desse modo, todos os demais valores modernos estariam, na leitura de Honneth, combinados, de alguma forma, com a liberdade (ZURN, 2015, p. 156). Mesmo a ideia de igualdade, por essa perspectiva, estaria atrelada à autonomia individual, posto que se reportaria ao ideal de que todos os indivíduos, nas sociedades modernas, seriam igualmente portadores de uma pretensão legítima de exercício da liberdade (HONNETH, 2003a, p. 177). Cabe ressaltar, conforme Zurn (2015, p. 156), que a tese de Honneth não é sustentada com argumentos filosóficos de natureza abstrata, mas mediante uma interpretação histórica das instituições sociais centrais das sociedades ocidentais modernas. Entretanto, dados os limites do presente trabalho, limita-se aqui a descrever a conclusão de tal filósofo quanto ao esforço reconstrutivo empreendido.

Para realizar a conexão filosófica entre as ideias de autonomia e de justiça, Honneth (2014, p. 17) argumenta que a reivindicação de que uma ordem social seja justa perpassa a exigência de justificação da sociedade tal como se configura, sendo que esse desejo por fundamentação estaria relacionado à capacidade dos indivíduos de fornecer justificativas (HONNETH, 2014, p. 17). E, nesse âmbito, destaca-se que a autodeterminação individual, ligada à possibilidade dos sujeitos de formularem os seus próprios juízos, seria a essência da atividade prático-normativa dos seres humanos (HONNETH, 2014, p. 17). Desse modo, “perguntar pela justiça, na intenção de validar o ponto de vista correspondente, resulta em querer (co)determinar as regras normativas às quais a vida comum em sociedade deve obedecer” (HONNETH, 2015, p. 38-39).

Nesse cenário de interação entre concepções de justiça e compreensões da autonomia, portanto, a legitimidade da ordem social cada vez mais é aferida a partir da possibilidade que essa possui de assegurar a autodeterminação individual ou, ao menos, as condições de sua existência (HONNETH, 2014, p. 16). Desse modo, torna-se imprescindível trabalhar com algum modelo de autonomia individual para que se possa estabelecer juízos valorativos a respeito da justiça (caráter justo ou injusto) de determinada sociedade e/ou instituição social (HONNETH, 2014, p. 18).

Na história da construção moderna da noção de autonomia, portanto, uma primeira concepção de liberdade que se pode ressaltar seria a *liberdade negativa*, tal como formulada por Hobbes (HONNETH, 2014, p. 21). Nesse sentido, referida concepção estaria relacionada exclusivamente à ausência de restrições e influências externas a uma pessoa quando da implementação de seus objetivos, desejos, etc. – daquilo que estabeleceu para si (HONNETH, 2014, p. 21). O destaque ao elemento externo é dado porque, segundo Honneth (2014, p. 21-22), Hobbes entenderia que fatores internos – como problemas mentais ou sentimentos como o medo, ausência de autoconfiança, dentre outros – não constituiriam ameaça à liberdade dos indivíduos, posto serem fatores que teriam sua origem nos próprios sujeitos. Na tradição formada a partir do pensamento de tal autor, portanto – da qual Nozick faria parte, no entendimento de Honneth (2014, p. 23) –, “a ideia de assegurar aos sujeitos uma margem de ação protegida para ações egocêntricas, liberadas de pressões por responsabilidade, sempre foi determinante” (HONNETH, 2015, p. 46). Derivou-se dessa caracterização da liberdade, então, um individualismo egocêntrico (HONNETH, 2014, p. 23).

Assim, formou-se em razão da ideia de liberdade negativa uma tradição conceitual em que uma ação seria considerada livre caso seja compreendida como expressão de uma escolha individual, no que se ressalta referido aspecto da individualidade (HONNETH, 2014,

p. 24). Para o campo das teorias da justiça, isso refletirá na metodologia de desenvolvimento de uma concepção de sociedade justa, posto que, nesse individualismo, o ponto central da construção de critérios e/ou princípios de legitimidade de determinada ordem social perpassa a assunção de que os sujeitos são pessoas isoladas que buscam coordenar suas ações de acordo com suas próprias preferências e, ademais, com o mínimo de restrições possíveis (HONNETH, 2014, p. 26). Em razão disso, teorias da justiça que adotam mencionada noção de liberdade negativa²¹ comumente se desenvolvem na forma de teorias do contrato social, em que a metodologia disponível é a imaginação de um estado pré-político (“estado de natureza”) em que sujeitos irrestritamente livres escolheriam um modelo de sociedade que melhor atenderia a esses anseios pessoais (HONNETH, 2014, p. 25-26).

Anota Honneth (2014, p. 26), ademais, que referidas teorias da justiça aceitariam como mote, portanto, um *princípio de consenso*: uma vez que os indivíduos nesse estado de natureza já seriam livres, “o projeto de um determinado ordenamento jurídico só podem [pode] ter validade jurídica se for demonstrado hipoteticamente que no estado pré-contratual todos os sujeitos poderiam tê-lo aceitado” (HONNETH, 2015, p. 54). Uma das incoerências dessas teorias, entretanto, seria que “as variantes do ordenamento jurídico assim legitimado são sempre mensuradas de acordo com os princípios morais que se projetam antecipadamente no estado de natureza fictício” (HONNETH, 2015, p. 54).

Entretanto, não apenas a concepção de liberdade negativa contribuiu, no âmbito da modernidade, para a formulação de teorias da justiça, no marco da metodologia aqui criticada (determinação abstrata dos princípios de justiça, a serem aplicados *a posteriori* à ordenação social). Assim, destaca-se também a compreensão da autonomia como *liberdade reflexiva*.

Urge salientar, inicialmente, que não se pode dizer que a ideia de liberdade reflexiva seria mera derivação por desenvolvimento da noção exposta de liberdade negativa (HONNETH, 2014, p. 29). Nesse sentido, referida compreensão da liberdade, do ponto de vista histórico, teria surgido anteriormente à modernidade – já estaria presente, portanto, em filósofos como Aristóteles (HONNETH, 2014, p. 29).

Não se detendo aqui nas formas assumidas pela liberdade reflexiva em obras anteriores à modernidade, pode-se afirmar que a distinção maior entre as ideias de liberdade negativa e reflexiva é que a primeira se refere à relação dos sujeitos com os demais – visto

²¹ Nessa tradição, a “justiça [...] se resume à proteção de direitos subjetivos a não interferência e se justifica por ser do interesse egoísta de cada ator social” (ZURN, 2015, p. 157, tradução nossa). No original: “justice [...] is merely the enforcement of subjective rights to non-interference and is justified as being in the egoistic interest of each actor” (ZURN, 2015, p. 157).

que se pauta num limite a influências externas –, enquanto que esta, reflexiva, está ligada à relação do sujeito consigo mesmo, já que prescreve que “é livre o indivíduo que consegue se relacionar consigo mesmo de modo que em seu agir ele se deixe conduzir apenas por suas próprias intenções” (HONNETH, 2015, p. 58-59). Cumpre destacar, entretanto, que o espectro de interpretações da liberdade reflexiva é amplo, no que é possível ressaltar aqui duas tradições diversas advindas de compreensões distintas da obra de Rousseau (HONNETH, 2014, p. 30).

Desse modo, segundo Honneth (2014, p. 30) a ideia de liberdade reflexiva remonta a uma diferenciação realizada por Rousseau entre atos autônomos e heterônomos. Aqui, “uma ação só pode ser livre se for realizada no mundo exterior sem deparar com resistências, devendo acontecer no momento em que a intenção de executá-la tiver origem em sua própria vontade” (HONNETH, 2015, p. 59-60). As tradições diversas advindas dessa noção perpassam por compreensões distintas no que tange ao que seria para os indivíduos determinar as próprias ações – se isso estaria relacionado à ideia de “autonomia” (autodeterminação) ou à de “autenticidade” (autorrealização), ambas que restariam presentes na obra daquele filósofo (HONNETH, 2014, p. 30).

Assim, Kant teria reconstruído a ideia de liberdade reflexiva de Rousseau destacando o aspecto da autonomia (HONNETH, 2014, p. 31-32). Em apertada síntese, autônomo seria o sujeito que determina as próprias ações com base no uso da sua capacidade de racionalidade prática – não por meio de impulsos pessoais, por exemplo –, a partir de um princípio de universalização (HONNETH, 2014, p. 32). Desse modo, em Kant, “o sujeito humano deve ser considerado ‘livre’ uma vez que possui fortuna e à medida que tem a capacidade de se dar as leis de seu agir e se fazer ativo em conformidade com elas” (HONNETH, 2015, p. 63).

No tocante à autenticidade, tal noção seria destacada da obra de Rousseau e reconstruída em Herder, a partir da menção a um “processo reflexivo no qual o indivíduo paulatinamente aprende a realizar ‘seu eu interior’ por ‘meio’ da ‘linguagem’ pública” (HONNETH, 2015, p. 66). Portanto, a liberdade estaria conectada à articulação, pelo sujeito, de suas vontades autênticas, que se daria de modo reflexivo como visto acima (HONNETH, 2014, p. 33).

Assim,

com essa contraposição entre autodeterminação e autorrealização, entre autonomia e autenticidade, delimita-se o caminho que será trilhado pela ideia de liberdade reflexiva nos desdobramentos do discurso filosófico da modernidade. Os esforços reflexivos, que sempre são levados em conta quando se fala de liberdade individual, também segundo Kant e Herder, são compreendidos ou segundo o modelo de uma

autodelimitação racional, ou segundo o padrão de um autodesvelamento diacrônico (HONNETH, 2015, p. 67-68).

Desse modo, essas compreensões diversas da liberdade reflexiva conduzem a concepções igualmente distintas de justiça social. No tocante à liberdade reflexiva como autonomia (autodeterminação), que se reporta à Kant, anota Honneth (2014, p. 37) que uma teoria da justiça daí derivada ostenta um caráter inegavelmente procedimental. Se há um princípio de respeito universal, a teoria não pode fornecer de antemão uma concepção substantiva de justiça, senão que essa deve ser o resultado de um procedimento cooperativo entre indivíduos igualmente livres (HONNETH, 2014, p. 37). A única concessão que uma teoria desse tipo poderia fazer seria, segundo Honneth (2014, p. 37), entender determinadas questões substantivas como precondições desse processo coletivo, por razões de equidade ou de igualdade de oportunidades (HONNETH, 2014, p. 37).

Lado outro, em relação à compreensão da liberdade reflexiva como autenticidade (autorrealização), referente a Herder, dessa derivaria concepções de justiça social em que uma sociedade seria justa caso os sujeitos pudessem se autorrealizar sem causar danos aos demais (HONNETH, 2014, p. 37-38). Anota Honneth (2014, p. 38), quanto à concepção acima descrita, que o papel dos indivíduos em cooperação seria menor no tocante à definição do conteúdo de uma sociedade justa. Aqui, teorias desse tipo corriqueiramente já pressupõem alguns valores substantivos, relativos às condições necessárias para que os indivíduos possam buscar a realização de seus objetivos pessoais.

Ocorre que, dentro desta concepção, duas subclasses são possíveis, a depender do modo de se interpretar a ideia de como os sujeitos são capazes de obter a liberdade mediante a articulação de seus “Eus” (*selves*) verdadeiros – se de um modo individual ou coletivo (HONNETH, 2014, p. 38). Na primeira possibilidade (individualista), uma sociedade justa estaria relacionada ao fornecimento de bens e à existência de condições culturais para tal articulação; no tocante à segunda (coletiva), a justiça social perpassaria a promoção de atitudes de solidariedade, por meio das quais os sujeitos poderiam compartilhar seus objetivos comuns. Aqui,

a concepção de justiça, que desemboca nessa ideia da autorrealização, pode, por sua vez, assumir diferentes formas; além disso, elas são metodologicamente condicionadas a compreender o ansiado ordenamento social como materialização das execuções de ações nas quais os sujeitos realizam as intenções com eles compartilhadas (HONNETH, 2015, p. 77).

Assim, embora autonomia (autodeterminação) e autenticidade (autorrealização) sejam interpretações distintas da liberdade reflexiva, o procedimento metodológico para a construção de uma concepção de justiça seria o mesmo em ambas: “nós deduzimos ideias sobre quais circunstâncias institucionais são necessárias para garantir que todos os indivíduos possam realizar uma ou outra concepção de liberdade”²² (HONNETH, 2014, p. 40, tradução nossa). E, no tocante à distinção entre essas duas concepções de justiça social baseadas na liberdade reflexiva e as teorias amparadas na liberdade negativa, anota Honneth (2014, p. 40) que, naquelas, há uma relação mais estreita com a ideia de cooperação social se comparadas a estas.

Entretanto, segundo Honneth (2014, p. 40, tradução nossa), esses dois modelos internos à concepção de liberdade reflexiva padeceriam de um déficit no tocante à questão da justiça social²³, conforme destacado pelo filósofo:

portanto, nenhum desses dois modelos de liberdade reflexiva busca compreender as condições sociais que permitem o exercício da liberdade como elementos da liberdade em si. Ao invés disso, essas condições não aparecem até que a questão sobre o caráter justo de uma ordem social seja colocada e, assim, as chances sociais de realização desses requisitos prévios. Então, na essência, as concepções de liberdade reflexiva param aquém das condições que possibilitam o exercício da liberdade em primeiro lugar; elas artificialmente suspendem as formas e circunstâncias institucionais que são cruciais para a efetivação bem sucedida do processo de reflexão. [...] Nos dois casos, as circunstâncias sociais apenas aparecem quando o exercício da liberdade já fora definido; elas então são adicionadas externamente, como elementos da justiça social, mas não como um aspecto inerente ao exercício da liberdade²⁴.

Portanto, é a partir dessas críticas que Honneth (2014) se refere a uma terceira interpretação da autonomia, o modelo da *liberdade social*, ao compreender que as práticas e instituições sociais não são exteriores à liberdade individual, posto que seriam elementos constitutivos dessa (ZURN, 2015, p. 160). Assim, Honneth (2014, p. 42) inicia a exposição daquela a partir das teorias do discurso de Habermas e Apel. Nesse sentido, ambas

²² No original: “we deduce ideas about which institutional circumstances are needed to guarantee that all individuals can realize either notion of freedom” (HONNETH, 2014, p. 40).

²³ Isso não significa, entretanto, que Honneth desconsidera a importância das condições da autonomia presentes nos modelos de liberdade negativa e reflexiva (ZURN, 2015, p. 161).

²⁴ No original: “therefore, neither of these two models of reflexive freedom interpret the social conditions that enable the exercise of freedom as elements of freedom itself. Instead, these conditions do not come into view until the issue of a just order is raised, and thus the social chances for realizing these prerequisites. So in essence, ideas of reflexive freedom stop short of the conditions that enable the exercise of freedom in the first place; they artificially bracket out the institutional circumstances and forms that are crucial for the successful completion of the process of reflection. [...] In both cases, social circumstances only come into play once the exercise of freedom has already been defined; they are then added externally, as elements of social justice, but not as an inherent aspect of the exercise of freedom” (HONNETH, 2014, p. 40).

perpassariam, de certa forma, por uma concepção de liberdade social, visto que romperiam com a visão monológica dos autores que desenvolveram a ideia de liberdade reflexiva (HONNETH, 2014, p. 42).

Desse modo, tal liberdade (reflexiva) seria entendida, em Apel e Habermas, intersubjetivamente, visto que algumas instituições sociais seriam compreendidas não como um adicional à liberdade, mas a linguagem (e o discurso) presente nessas instituições constituiriam a condição ou *medium* dessa liberdade (HONNETH, 2014, p. 42). Nem por isso, entretanto, deixa Honneth (2014, p. 43) de destacar uma falha nessas concepções.

Assim, para referido filósofo, Apel e Habermas colocariam o discurso de um ponto de vista ou transcendental ou meta-institucional, abstendo ambos de desenvolver as condições institucionais concretas requeridas para o surgimento da liberdade (HONNETH, 2014, p. 43). Portanto, embora adotem uma premissa que entende Honneth (2014, p. 42-43) ser correta – a de que a liberdade é necessariamente intersubjetiva –, dela nunca teriam retirado as conclusões adequadas, referentes às estruturas institucionais das práticas sociais que asseguram aos indivíduos a capacidade de autodeterminação recíproca (ou seja, o exercício da liberdade reflexiva). Em virtude disso, “as contribuições de Apel e Habermas, ainda que nelas tudo aponte nesse sentido, não conseguiram transpor o limiar para um conceito social de liberdade” (HONNETH, 2015, p. 82).

Por tal motivo, Honneth (2014, p. 43), para trabalhar com uma metodologia distinta das demais no tocante à construção de uma teoria da justiça, precisa se amparar na concepção de liberdade social formulada por Hegel. Assim, este filósofo (Hegel), em relação à liberdade negativa, teria afirmado que essa interpretação é falha porque o conteúdo da ação não pode em si ser compreendido como livre, já que se preocupa apenas com as possíveis restrições externas à autonomia; lado outro, a ideia de liberdade reflexiva estaria igualmente equivocada porque “ela opõe as ações que considera livres na substância, como os atos autodeterminados, a uma realidade objetiva que deve continuar a ser considerada como algo completamente heterônimo”²⁵ (HONNETH, 2014, p. 43, tradução nossa). Poder-se-ia afirmar, então, que a ideia de liberdade negativa se esquece da relação do indivíduo consigo mesmo no tocante à possibilidade da liberdade, enquanto que a concepção de liberdade reflexiva, ao tornar o olhar interno ao sujeito, caracterizou de modo indevido a esfera objetiva como algo apartado das pessoas (HONNETH, 2014, p. 43).

²⁵ No original: “it opposes the actions it views as free in substance, viz. as self-determined acts, to an objective reality that must continue to be regarded as completely heteronymous” (HONNETH, 2014, p. 43).

A proposta do modelo de liberdade social em Hegel, portanto, seria a de se preocupar também com as possibilidades institucionais de realização da liberdade, relativas às práticas sociais existentes nessa esfera objetiva (HONNETH, 2014, p. 43-44). “Desse modo, a ideia da liberdade social seria entendida como resultado de um esforço teórico de compreender que o critério subjacente ao pensamento da liberdade reflexiva amplia-se até mesmo às esferas que tradicionalmente se contrapõem ao sujeito como realidade externa” (HONNETH, 2015, p. 84). Isso porque, para Hegel – o que será explorado posteriormente –, para o próprio desenvolvimento da liberdade os indivíduos necessitariam de experiências de reconhecimento recíproco, advindo dos demais, posto que devem compreender os objetivos destes como condições para a realização de seus próprios objetivos. Assim, a liberdade apenas poderia ser experimentada pelos sujeitos quando, na realidade externa, estão presentes as precondições para que a autonomia seja implementada (HONNETH, 2014, p. 47).

Nas palavras de Honneth (2014, p. 45), a respeito de como Hegel entende essas condições prévias presentes nas instituições sociais para que surja a liberdade:

Hegel estabelece a ligação com o conceito da instituição ou do meio ao conceber a existência de práticas de comportamento padronizadas como uma condição social de tal reconhecimento da complementaridade de fins e desejos: os dois sujeitos devem ter aprendido tanto a articular de maneira compreensível seus respectivos fins como também a entender adequadamente as enunciações desses fins antes de poder reconhecer-se reciprocamente em sua dependência um do outro. Segundo a concepção de Hegel, a garantia de entendimento recíproca desse tipo é proporcionada pelas instituições de reconhecimento, isto é, elas são um conjunto de práticas de comportamento padronizadas que se deixam entrelaçar; certamente elas fazem que, na relação com o ego do outro, os sujeitos possam reconhecer o desejo cuja feitura seria condição de contentamento de seu próprio desejo. Mas, uma vez que a aspiração à liberdade do indivíduo só é satisfeita no seio de instituições ou com a ajuda delas, para Hegel um conceito “intersubjetivo” de liberdade amplia-se ainda uma vez para o conceito “social” de liberdade: em última instância, o sujeito só é “livre” quando, no contexto de práticas institucionais, ele encontra uma contrapartida com a qual se conecta por uma relação de reconhecimento recíproco, porque nos fins dessa contrapartida ele pode vislumbrar uma condição para realizar seus próprios fins (HONNETH, 2015, p. 86-87).

Em razão dessa concepção de liberdade, portanto, a teoria da justiça de Hegel precisa ser, em certo sentido, crítica do procedimentalismo que decorre das concepções de liberdade reflexiva baseadas em Kant. O erro maior dessas teorias estaria, desse modo, na circularidade: precisam pressupor indivíduos já livres para discutir sobre a melhor concepção de justiça que lhes garanta o exercício da liberdade em sociedade (HONNETH, 2014, p. 55). No âmbito da

interpretação social da liberdade, entretanto, há que se preocupar, primeiramente, com a legitimidade das instituições sociais existentes que asseguram a possibilidade da liberdade²⁶.

Assim,

se, ao contrário, o sujeito só é concebido como realmente “livre” quando seus objetivos são satisfeitos ou realizados pela própria realidade, a relação entre processos legitimadores e justiça social em certa medida se inverte: o sujeito só pode ser pensado como integrado a estruturas sociais que garantem a sua liberdade antes de poder se posicionar como um ser livre em processos que transcendam a legitimidade do ordenamento social. Hegel deve situar o esboço de um ordenamento social justo diante de cada procedimento garantidor de legitimação, uma vez que somente em instituições socialmente justas, que garantam a liberdade dos sujeitos, estes podem adquirir a liberdade individual que seria necessária para tomar parte em tais procedimentos (HONNETH, 2015, p. 110).

Portanto, afirma-se que Honneth (2014) elabora sua concepção de liberdade social por meio de uma atualização das pretensões de Hegel, no empreendimento consistente na sua obra *Filosofia do Direito*, reinterpretando a história das instituições ocidentais modernas centrais (ZURN, 2015, p. 9-10). Assim, para Honneth, no modelo da liberdade social, as ações, para serem verdadeiramente livres, dependem de um ambiente social em que tais condutas adquirem sentido e propósito, bem como se enquadrem em um esquema de cooperação social (ZURN, 2015, p. 161). Considerando que os seres humanos dependem da interação com os demais, a experiência desse relacionamento livre em ambientes intersubjetivos representa o padrão para o desenvolvimento da autonomia individual (HONNETH, 2014, p. 60).

Desse modo, ainda que inexistente interferência externa, ou que presente atos autênticos, se as condutas forem consideradas profundamente incompatíveis com o mundo social na qual são exercidas, essas não podem ser compreendidas, pelos indivíduos, como livres (ZURN, 2015, p. 161). “A liberdade real, conforme Honneth, requer não apenas certas condições subjetivas inseridas no âmbito do controle individual, mas também certas

²⁶ Não significa isso, entretanto, que os procedimentos perdem a importância no âmbito das teorias da justiça baseadas na concepção de liberdade social: “falar numa inversão da relação entre ordenamento social e procedimento assegurador de legitimidade em Hegel de modo algum significa renunciar ao papel desse tipo de processo ao se esboçar uma teoria da justiça. Em vez disso, sua função deve ser disponibilizada no contexto do ordenamento social já comprovadamente ‘justo’, uma vez que ali ela obterá, em vez da tarefa da fundamentação, um marcador de lugar para a verificação individual da legitimidade” (HONNETH, 2015, p. 111).

condições sociais objetivas que não estão diretamente submetidas ao controle individual”²⁷ (ZURN, 2015, p. 161, tradução nossa).

Assim, a liberdade social exigiria ao menos três condições. Quanto à primeira, diz-se que uma pessoa deve realizar seus objetivos pessoais mediante e nas instituições sociais²⁸, por meio das quais os demais sujeitos reciprocamente estariam permitindo e promovendo os propósitos das próprias ações (ZURN, 2015, p. 162), Trata-se, portanto, do papel facilitador dessa liberdade, exercido por tais instituições, ao estruturar papéis e obrigações recíprocos no âmbito das relações sociais (ZURN, 2015, p. 162).

No tocante à segunda condição, afirma-se que as expectativas e papéis sociais procedentes dessas instituições devem derivar sua validade, bem como sua força persuasiva, das relações de reconhecimento recíproco que culminam por permitir (ZURN, 2015, p. 162). Nesse sentido, não seria suficiente que as instituições sociais estruturem um entrelaçamento entre ações individuais, posto que atores devem poder se perceber enquanto participantes que permitem e promovem a ação dos demais sujeitos com os quais interagem em tais âmbitos (ZURN, 2015, p. 162).

Em relação à última condição presente nas construções de Honneth, conforme Zurn (2015, p. 163), essa incorporaria alguns ganhos da concepção reflexiva da liberdade, de modo que as obrigações e expectativas decorrentes dessas instituições devem ser aquelas mediante as quais todos os participantes poderiam concordar, a partir de um ponto de vista crítico-reflexivo. Assim, o funcionamento de tais instituições sociais deve se submeter – e, assim, resistir – à crítica racional (ZURN, 2015, p. 163); “instituições de liberdade devem ser compatíveis com as demandas da moralidade, tal como determinadas mediante processos de justificação críticos, discursivos e intersubjetivos”²⁹ (ZURN, 2015, p. 163, tradução nossa).

Estabelecidas, portanto, tais condições para a liberdade social, ressalte-se que a concepção de justiça a essa vinculada perpassaria o bom funcionamento de todas as

²⁷ No original: “real freedom, according to Honneth, requires not only certain subjective conditions within an individual’s control but also certain objective social conditions not directly within an individual’s control” (ZURN, 2015, p. 161).

²⁸ Para Honneth (2014), três instituições sociais das sociedades ocidentais modernas seriam esferas de liberdade social – as relações primárias, o mercado e a esfera política pública –, enquanto outras duas seriam apenas potencialmente esferas dessa espécie: o direito e a moralidade. Cada uma dessas esferas institucionais possuiria uma justificativa moral, relacionada à liberdade social, de modo que apenas poderiam ser compreendidas como legítimas na medida em que facilitem e promovam, para todos os indivíduos, a realização desta (ZURN, 2015, p. 10). A partir dessa constatação, fornece-se igualmente a perspectiva pela qual essas instituições podem ser criticadas, na medida em que cumprem ou não à justificativa identificada (ZURN, 2015, p. 10).

²⁹ No original: “institutions of freedom must be compatible with the demands of morality as determined in intersubjective, discursive, and critical processes of justification” (ZURN, 2015, p. 163).

instituições necessárias ao desenvolvimento intersubjetivo da liberdade (ZURN, 2015, p. 164), bem como a garantia da possibilidade de participação de todos os indivíduos nessas instituições de reconhecimento recíproco (HONNETH, 2014, p. 61). E, se a perspectiva da liberdade social destaca a importância das instituições como precondições para a autonomia individual, essas devem compor o objeto de uma teoria da justiça.

Dito isso, retome-se a afirmação de que, no marco das construções de Honneth (2014), o sentido e significado da justiça não podem derivar de uma análise conceitual (filosófica e especulativa), pois devem estar intimamente relacionados à análise social. Aqui, já se pode constatar que esse empreendimento precisa, no paradigma da liberdade social, se amparar em uma verificação das instituições sociais existentes (ZURN, 2015, p. 165). Trata-se, portanto, de um procedimento reconstrutivo das práticas sociais já historicamente dadas – exercício de uma reconstrução normativa –, não se equivalendo à mera “construção” de princípios abstratos para a avaliação dessas instituições (HONNETH, 2014, p. 59).

Desse modo e, de acordo com o já destacado, para não confundir com um simples procedimento de descrição conformista da realidade existente – ou seja, para manter o propósito crítico –, necessita-se de padrões valorativos para se avaliar os processos de mudanças sociais. Segundo mencionado filósofo, dois seriam os critérios de progresso moral³⁰ no âmbito da sociedade, relativos à ampliação da inclusão social e da individualização permitidas pela ordem social (HONNETH, 2003a, p. 184-185, 2003b, p. 260). Assim, “colocada a questão de modo simples, as sociedades se tornam melhores quando os seus sistemas de reconhecimento reduzem a discriminação e a exclusão, por um lado, e reconhecem a distinção dos indivíduos ao longo de mais dimensões da personalidade, por outro”³¹ (ZURN, 2015, p. 8, tradução nossa).

Portanto, a dimensão da inclusão se reporta à ampliação do espectro de pessoas que participam das relações de reconhecimento recíproco (ZURN, 2015, p. 78), amparada no princípio da igualdade (HONNETH, 2003b, p. 260). Quanto à individualização, essa se refere à ordem social permitir o reconhecimento de um número maior de características pessoais, bem como demais dimensões da identidade individual (ZURN, 2015, p. 78), aumentando a possibilidade de o indivíduo explorar a própria subjetividade.

³⁰ Para Honneth (2003a, p. 174-175), o desenvolvimento moral de uma sociedade está relacionado ao aumento qualitativo na integração social.

³¹ No original: “put very simply, societies are better when their recognition regimes lessen discrimination and exclusion on the one hand, and acknowledge the distinctiveness of individuals across more dimensions of personality on the other” (ZURN, 2015, p. 8).

Ocorre que, conforme destacado, Honneth não formula critérios abstratos de justiça para aplicar à análise da realidade social. Referido progresso moral, bem como a identificação das situações que caracterizam injustiças existentes, se dá mediante aquilo que tal filósofo denominou de transcendência imanente.

Nesse sentido, amparado nesses critérios de inclusão social e individualização, um empreendimento crítico deve avaliar as instituições sociais e suas justificativas normativas, bem como as relações de reconhecimento recíproco respectivas, e, a partir dessa análise, constatar quais aspectos daquelas são contrários à reivindicação de legitimidade que expressam. Desse modo, por exemplo, se um sistema jurídico patriarcal (esfera jurídica) acarreta a distinção de *status* entre os homens e as mulheres, no qual a mulher casada perde parcela de sua autonomia moral e capacidade enquanto sujeito de direito, estando submetida à autoridade do marido; se, ademais, é pretensão do direito moderno a igualdade jurídica, percebe-se que, a partir do próprio critério que legitima essa esfera jurídica (igualdade), é possível criticar as práticas sociais existentes no âmbito dessa instituição social (direito) (ZURN, 2015).

Assim, um critério já operante na facticidade social (âmbito da imanência) – igualdade jurídica – seria utilizado para superar a atual conformação das práticas jurídicas (domínio da transcendência), na forma de uma transcendência imanente³². Aqui, torna-se fácil perceber que a ruptura dessa prática perversa, modificando o ordenamento jurídico em prol do princípio da igualdade, representaria uma evolução moral, de acordo com um critério de maior inclusão social.

Os sentimentos de humilhação e desrespeito, ligados às experiências de negativa de reconhecimento recíproco (*misrecognition*) – compreendidas na forma de injustiças sociais, que rompem com expectativas legítimas dos sujeitos – funcionariam como o motor das mudanças sociais³³, potencializando a capacidade de transcendência da realidade (HONNETH, 2003b, p. 245). Ressalte-se, contudo, que tais sentimentos são semanticamente modulados pelos princípios de reconhecimento historicamente formulados, pelo que o contexto sócio-histórico influencia essas experiências (HONNETH, 2003b, p. 247).

³² Insta salientar que Honneth (2003b, p.243-244) defende que a transcendência deveria ser concebida como uma característica da própria imanência, posto que a facticidade social conteria sempre uma dimensão de reivindicações que transcendem a realidade operante.

³³ É interessante destacar, embora não seja o objeto específico do presente estudo, que uma das teses defendidas por Honneth (2009b, p. 220, 2009b, p. 258) é de que esses sentimentos de humilhação e desrespeito, inicialmente individuais, quando interpretados por um grupo como uma experiência de injustiça coletiva, os impulsiona a lutar pela melhoria das condições de vida no âmbito da sociedade, superando práticas que culminam por lesar as expectativas legítimas de reconhecimento recíproco desses sujeitos.

Dito isso, é possível retomar a fala aduzida pela representação da autora no processo judicial sob análise, no sentido de que a conduta discriminatória praticada por funcionários da ré consistiria em uma postura inaceitável nos dias atuais (AMA, 2009b). Inicialmente, acredita-se que a compreensão dessa atitude dos funcionários da ré como inaceitável já reflete a atuação dos movimentos políticos e sociais que debatem a situação das pessoas trans e a perspectiva da identidade de gênero, visto que as lutas sociais podem contribuir para que se torne manifesta a diferença entre as potencialidades daquele princípio normativo imbuído em determinadas formas de reconhecimento e as atuais práticas assimétricas de reconhecimento recíproco (ZURN, 2015, p. 66).

Ademais, ressalvado o caráter limitado, do ponto de vista histórico, da experiência transexual – que dependeu, para sua existência, de procedimentos específicos de naturalização de uma diferença sexual, atrelada ao gênero, que relega as identidades trans para o âmbito da anormalidade –, pode-se afirmar que é possível, no marco do empreendimento crítico proposto por Axel Honneth, avaliar a situação social em questão, a partir de pretensões inculpidas na própria realidade atual. Para tanto, crê-se que os critérios de inclusão social e individualização podem auxiliar a verificar se constitui um desenvolvimento moral ou não o respeito à identidade de gênero das pessoas trans; tal avaliação, em si, será efetivada ao longo deste estudo.

3.2.4 A busca judicial pela indenização: para além do caráter patrimonial

Na petição inicial, a representação judicial da autora ressalta que, para além da indenização requerida, em razão dos danos ocasionados a Ama, o pleito em questão almejaria “contribuir para a modificação de determinados paradigmas ultrapassados e, assim, tentar coibir que a discriminação por razões sexuais seja perpetuada” (AMA, 2009b, p. 5). Assim, percebe-se uma alegada função extrapatrimonial na atuação do NPJ/CESUSC, com o escopo de promover a alteração nos paradigmas sociais vigentes, no tocante às pessoas trans.

Ademais, nas razões recursais do recurso especial interposto, o NPJ/CESUSC reforçou a dimensão coletiva que o caso teria, nos seguintes termos:

4.13 O indivíduo transexual não deixa de ser pessoa por não seguir os parâmetros pré-estabelecidos da cultura dominante, devendo ser respeitado com todas as suas peculiaridades, pois sujeito de direito.

4.14 Isso significa que o julgamento do presente recurso poderá interferir diretamente na aplicação e interpretação de questões que envolvam esta minoria alijada, reconhecendo-se, em casos futuros, que os danos decorrentes de

constrangimentos ilegais e inconstitucionais praticados contra transexuais possam ser corrigidos e coibidos pelo Poder Judiciário, e não reforçados por este, quando provocado a aplicar a tutela jurisdicional (AMA, 2012b, p. 12-13).

Em sentido semelhante, o Min. Barroso, relator do processo, na manifestação expedida por ocasião do reconhecimento da repercussão geral, consignou que o tema do recurso não se reduz a uma questão meramente patrimonial de responsabilidade civil, pois envolveria, igual e primordialmente, a projeção social da identidade sexual do indivíduo, que estaria ligada à dignidade da pessoa humana e, ademais, a diversos direitos da personalidade (BRASIL, 2014c, p. 8). Tal seria o motivo, inclusive, pelo qual esse caso seria qualitativamente distinto de outros, que consubstanciariam precedentes do STF no sentido de se negar o conhecimento de recursos extraordinários versando sobre a configuração ou não de danos morais em determinadas ocasiões (BRASIL, 2014c, p. 7-8).

Recorrendo a ensinamentos de José Reinaldo de Lima Lopes, sobre luta por reconhecimento, a Procuradoria-Geral da República (2015, p. 30) também compreende que a reparação da injustiça, no caso em comento, não teria caráter apenas individual, mas também social. Assim, percebe-se que parcela considerável dos atores que figuram no processo judicial em comento destacam a dimensão extrapatrimonial e coletiva da indenização, no caso, como modo de contribuir para uma alteração paradigmática no âmbito da sociedade, em prol da melhoria das condições das pessoas trans.

A partir disso, é possível realizar algumas digressões. Do ponto de vista da doutrina do direito civil, comumente se afirma que os danos morais, além de serem compensatórios, possuiriam uma função punitiva ou pedagógica³⁴, como forma de inibir a reiteração de condutas danosas (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 46) – compreensão expressa pelo NPJ/CESUSC nas razões do recurso inominado apresentado pela autora (AMA, 2010b, p. 5).

Entretanto, para além dessa questão, de suma importância para o presente trabalho é discutir, de acordo com as digressões de Axel Honneth, as possibilidades e limitações da esfera jurídica no âmbito dessa proposta de mudança social por meio da adjudicação de direitos³⁵. Aqui, o alerta principal é que, no âmbito da concepção de liberdade social

³⁴ Ressalte-se, contudo, o alerta da doutrina, no sentido de que o reconhecimento dessa função não pode tornar os danos morais uma espécie de pena privada (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 46-47). De acordo com Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 23), não seria necessário recorrer à tese dos *punitive damages* para se mensurar a indenização por violações extrapatrimoniais também considerando a conveniência de se dissuadir o ofensor: tal valoração já estaria ínsita à sistemática de quantificação dos danos morais no ordenamento jurídico pátrio.

³⁵ Para uma lista de alguns riscos associados à busca da emancipação por meio do direito, fora do referencial teórico do Axel Honneth, aqui abordado, cf. Holzleithner (2016). Entretanto, apesar de realizar uma avaliação

anteriormente exposta, diversas das estruturas sociais que permitem o desenvolvimento dessa liberdade efetiva não consistiriam em relações jurídicas, mas em costumes, práticas e papéis sociais (HONNETH, 2014, p. 66).

Assim, a princípio, a esfera jurídica seria uma esfera limitada da liberdade social, apenas potencialmente capaz de contribuir para o florescimento desta (ZURN, 2015, p. 167), relacionada de modo mais direto à efetivação do aspecto negativo da liberdade (HONNETH, 2014, p. 66). Isso porque, na visão de Honneth, os direitos subjetivos possibilitariam aos indivíduos se retirar temporariamente de uma pressão pública de ter que justificar, aos demais, as suas condutas, caso circunscritas às prerrogativas de ação conferidas por tais faculdades jurídicas (ZURN, 2015, p. 166).

Nesse sentido, percebe-se uma suposta contradição entre o ideal de liberdade social defendido por Honneth – em que as interações intersubjetivas seriam imprescindíveis à liberdade – com a atuação individual dos sujeitos, ao manifestar determinada pretensão jurídica em face de outrem. Ocorre que os direitos subjetivos teriam a função precípua de institucionalizar o domínio da liberdade negativa (ZURN, 2015, p. 166), o que seria importante – embora não suficiente, por aquela concepção de liberdade – para um processo de autocompreensão e desenvolvimento individual, ao possibilitar que, desvinculados das obrigações sociais derivadas das interações cotidianas, os sujeitos possam experimentar diferentes formas de vida boa³⁶ (ZURN, 2015, p. 167).

Ademais, ainda sobre a questão, ressalte-se, conforme Honneth (2014, p. 329), que o impulso primordial do processo histórico de realização dos princípios de liberdade institucionalizados não proveria primeiramente do direito, mas das lutas sociais a respeito do modo adequado de compreendê-los, bem como as consequências dessa interpretação para a reivindicação de mudanças de comportamento. Na opinião do mencionado filósofo, parcela considerável das teorias contemporâneas da justiça perderia o seu potencial crítico ao não se atentar para tal fato, construindo-se a partir de um paradigma jurídico (HONNETH, 2015, p. 329).

Apesar disso, caso os indivíduos compreendam essas limitações do direito, não há que se falar em um problema inerente às relações jurídicas, desde que essas sejam

crítica da questão, a autora não rejeita a utilização do instrumento do direito para se efetivar a emancipação, afirmando que “ter um direito é expressão de uma forma de reconhecimento fundamental. Quem possui direito, conta” (HOLZLEITHNER, 2016, p. 899).

³⁶ Aqui, a insuficiência da esfera jurídica estaria relacionada ao fato de que, ainda que essa permita tal experimentação de diversas formas de vida, essas apenas poderão receber uma valorização, ao final, a partir das interações e papéis sociais que elas promovem ou impossibilitam (ZURN, 2015, p. 167).

razoavelmente justas (ZURN, 2015, p. 168). Entretanto, deve-se atentar aos riscos do desenvolvimento de uma patologia social³⁷ no âmbito dessa esfera, na qual os sujeitos poderiam passar a considerar, de modo incorreto, que a liberdade jurídica se confundiria com o próprio ideal de liberdade, equivocando-se quando ao caráter limitado dessa (ZURN, 2015, p. 169). Para Honneth, isso poderia decorrer de uma enorme pressão social por se priorizar o sistema jurídico sobre todas as outras formas de resolução de conflitos, notadamente as que se caracterizam por uma postura mais interativa e intersubjetiva (ZURN, 2015, p. 169).

Ressalvadas essas objeções às pretensões quanto à possibilidade de o sistema jurídico (no caso em questão, uma condenação judicial à indenização por danos morais) promover, por si só, uma alteração paradigmática no âmbito da sociedade, em prol de uma melhoria na situação de vida das pessoas trans – estabelecendo-a em igualdade de condições com os indivíduos cisgêneros –, não se discorda da utilidade de uma decisão condenatória, na espécie, a contribuir para uma mudança nesse sentido. Desse modo, afastada uma interpretação ingênua do argumento da repercussão social e coletiva da indenização³⁸, acredita-se que a sanção dessas práticas discriminatórias, pelo Poder Judiciário – embora não seja o Estado a única instância de promoção da justiça (HONNETH, 2009a)³⁹ –, favorece o sentimento de segurança em relação às pessoas trans, no tocante à afirmação, pelo poder público, que o desrespeito à identidade de gênero constitui uma prática danosa, vedada pelo ordenamento jurídico⁴⁰.

³⁷ Para Honneth (2014, p. 113), quando todos ou alguns membros da sociedade, de modo sistemático, compreendem de forma incorreta o sentido de determinada prática social institucionalizada, surge uma patologia social.

³⁸ Ressalte-se que o argumento não precisa desconsiderar as lutas sociais por reconhecimento como o motor principal de mudança das práticas sociais e padrões valorativos. Assim, considerando que a própria compreensão das condutas discriminatórias como uma injustiça depende da semântica disponível aos sujeitos que sofrem essas experiências de desrespeito, a indenização pleiteada na ocasião, embora igualmente possa contribuir – segundo o aqui defendido – para uma alteração no âmbito da sociedade, é também efeito de um processo já em curso de alteração social, impulsionado por movimentos sociais/políticos contestadores, que se dá a partir de reflexões críticas da realidade a partir dos critérios de normatividade nela já inscritos (transcendência imanente).

³⁹ Para Honneth (2009a, p. 351), o risco de centralizar a realização da justiça no aparato estatal consiste em se imaginar, incorretamente, “que tudo o que estiver fora do alcance do poder legal plasmador do estado surpreendentemente deve ficar inatingido pelas exigências de justiça”.

⁴⁰ O argumento, aqui, pressupõe raciocínio semelhante ao que fora desenvolvido por Waldron (2012) para sustentar a legitimidade das leis que proíbem os discursos de ódio. Para tal jusfilósofo, amparado na ideia de “sociedade bem ordenada”, desenvolvida por Rawls, a existência de uma geral e difundida segurança no âmbito da sociedade, de que todos os indivíduos seriam destinatários de um tratamento igualitário, condizente com o reconhecimento de uma dignidade básica a cada um, seria um bem público a ser valorizado (WALDRON, 2012, p. 93). Os discursos de ódio teriam por objeto e efeito minar a segurança dos indivíduos integrantes de minorias estigmatizadas (WALDRON, 2012, p. 88). Desse modo, o sistema jurídico não deveria ser indiferente ao impacto dessas condutas, de forma que as leis que proíbem esses discursos contribuiriam para a manutenção desse bem público, considerando o igual respeito devido a todos (WALDRON, 2012). Ressalte-se que essa segurança seria imprescindível para a confirmação da cidadania

Assim, o direito pode ser um meio de garantir a execução das obrigações que se tem com relação aos demais, enquanto agentes morais, além de, simultaneamente, funcionar como expressão de um modo específico de respeito a todos os sujeitos (ZURN, 2015, p. 35). Na acepção adotada por Honneth, amparado em Darwall⁴¹, trata-se de um respeito-reconhecimento (*recognition respect*), em que “está em jogo aí primariamente o reconhecimento cognitivo do fato de tratar-se, quanto ao outro, de um ser com propriedades pessoais” (HONNETH, 2009b, p. 185). Tal respeito, relacionado ao reconhecimento jurídico, seria universalmente devido a todos, relativo ao pertencimento dos indivíduos à categoria das pessoas moralmente imputáveis (HONNETH, 2009b, p. 186).

Desse modo, saliente-se que mencionado filósofo anota que o direito pode possuir um papel corretivo, de interferência nas outras esferas de reconhecimento⁴², para assegurar a proteção de um mínimo de precondições para o desenvolvimento da identidade, visto que, por ser o respeito mútuo entre as pessoas autônomas o princípio normativo do direito moderno, os indivíduos prejudicados podem a esse recorrer quando percebem que as condições para a autonomia individual não estão sendo protegidas, de modo adequado, nas outras esferas (HONNETH, 2003a, p. 188-189). Portanto, “na abordagem baseada no reconhecimento,

desses sujeitos, enquanto também objetos de proteção e preocupação por parte da sociedade (WALDRON, 2012, p. 5).

⁴¹ Nesse sentido, Darwall (1977) distingue duas formas de respeito: o respeito-reconhecimento (*recognition respect*) e o respeito-estima (*appraisal respect*). Quanto ao primeiro, que seria devido a todos os indivíduos, consistiria na atribuição de uma consideração apropriada a alguma característica do objeto respectivo, quando da deliberação sobre o agir (DARWALL, 1977, p. 38). Assim, um dos objetos possíveis desse tipo de respeito seriam as pessoas (DARWALL, 1977, p. 38); “dizer que as pessoas como tais possuem o direito ao respeito é dizer que elas têm o direito a que as outras pessoas, ao deliberar sobre o agir, levem a sério e ponderem de modo adequado o fato de que elas são pessoas” (DARWALL, 1977, p. 38, tradução nossa. No original: “to say that persons as such are entitled to respect is to say that they are entitled to have other persons take seriously and weigh appropriately the fact that they are persons in deliberating about what to do” (DARWALL, 1977, p. 38)). Ademais, tal modalidade de respeito não estaria restrita unicamente à pessoa em si, mas também a cada papel social exercido por essa – por exemplo, o respeito devido a alguém enquanto pai ou marido (DARWALL, 1977, p. 38). É no âmbito desse respeito-reconhecimento que Darwall (1977, p. 40) insere uma compreensão mais restrita, na forma de uma atitude essencialmente moral, que proíbe certas condutas perante os demais, posto serem moralmente inadmissíveis. Por sua vez, o respeito-estima (*appraisal respect*) estaria relacionado a outra espécie de atitude que se pode ter ante os indivíduos, consistente em uma avaliação positiva (estima) de uma pessoa enquanto tal ou como alguém empenhado em certo propósito – como, por exemplo, o respeito a quem é um bom músico (DARWALL, 1977, p. 38-39). Tal modalidade de respeito se basearia em certas características que o indivíduo possui e que o faz merecer essa avaliação (DARWALL, 1977, p. 38-39). Distinguindo essas espécies, afirma-se que, enquanto o respeito-estima é gradativo – a estima por uma pessoa pode ser mais elevada que a referente a outras –, o respeito-reconhecimento teria um caráter incondicional, visto que, nesse âmbito, todas as pessoas, enquanto tais, deveriam ser tratadas de modo igualitário (DARWALL, 1977, p. 45-46). Ressalte-se que essa diferença entre duas espécies de respeito também é destacada por Waldron (2012, p. 86-87), na obra já mencionada – em que aborda a temática dos discursos de ódio –, para afirmar que o respeito requerido aos sujeitos, para fins de cumprir a proposta de uma sociedade bem ordenada, seria o respeito-reconhecimento.

⁴² Uma exposição mais detalhada das esferas de reconhecimento recíproco descritas por Axel Honneth será efetivada mais adiante no presente trabalho.

garantir direitos não assegura diretamente a autonomia (no sentido negativo de bloquear a interferência), mas garante a autonomia por meio da garantia do autorrespeito” (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 91-92). Apesar de, por si só, as instituições jurídicas não conseguirem assegurar a existência de um ambiente semântico-simbólico favorável, podem combater ambientes semânticos-simbólicos hostis e humilhantes a determinadas formas de vida – considerando-se, ademais, que “uma noção de justiça social que esteja seriamente comprometida com a proteção da autonomia dos indivíduos tem de incluir uma proteção contra ameaças de denigração” (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 98) .

De forma semelhante, Lopes (2011, p. 31) afirma que o direito poderia influir para promover mudanças e remover injustiças que se teriam consolidado historicamente. Isso porque o sistema jurídico não possuiria um papel neutro nos processo de construção das diferenças⁴³, sendo capaz de contribuir para a promoção de mudanças no âmbito da cultura⁴⁴ (LOPES, 2011, p. 31).

Além disso, cabe rejeitar qualquer argumento no sentido de que a compensação por danos morais apenas reproduziria a lógica da justiça distributiva. De acordo com Honneth (2009a), as teorias liberais de justiça, por pressuporem – de modo incorreto – a existência de sujeitos que já seriam autônomos (antecipando, portanto, aquilo que deveria ser o objetivo final de uma concepção de justiça social), compreenderiam aquela por uma perspectiva limitada. Se os indivíduos já seriam livres, independentemente dos processos de interação social que lhes permitem adquirir tal liberdade – como propõe Honneth (2009a, p. 353-354) –, a tarefa da justiça social seria unicamente a de assegurar a todos os bens de que necessitam para que possam perseguir as concepções pessoais de vida boa que antecipadamente possuem, com o menor grau de dependência possível em relação aos demais (HONNETH, 2009a).

⁴³ De acordo com Langley (2006, p. 102), o direito, ao invés de ser apenas o reflexo dos gêneros, compreendendo-se esses como algo que existe naturalmente, possuiria, na realidade, um papel importante em sua própria criação, no modo como são interpretados atualmente. Um exemplo que permitira demonstrar isso, exposto pela autora, seria a regulação do “gênero” descrito nas carteiras de habilitação para dirigir (*driver license*) nos Estados norte-americanos: cada qual adotaria regras próprias (imutabilidade do gênero constante no documento; alteração mediante prova da realização de cirurgia de transgenitalização; modificação não condicionada à efetivação de cirurgias; etc.), o que possibilitaria a uma pessoa ser dotada de gêneros juridicamente atribuídos distintos em localidades diferentes (LANGLEY, 2006). Dessa forma, conclui que o gênero seria antes uma categoria construída pelo direito do que o resultado de uma interação entre o âmbito jurídico e a biologia (LANGLEY, 2006, p. 113).

⁴⁴ Segundo Lopes (2011, p. 31), “várias formas de estigmatização já foram eficazmente combatidas pelo direito. Para citar poucos exemplos, pode-se dizer que os grupos de identidade que se formaram ao longo dos últimos séculos e conseguiram superar os estigmas sociais por meios jurídicos foram as mulheres e, em parte, os negros, os estrangeiros e os deficientes físicos. Do ponto de vista da cultura majoritária, as formas de inferiorização desses grupos eram respaldadas pelo direito”.

Adota-se, portanto, um paradigma distributivo de justiça⁴⁵, visando assegurar que os sujeitos tenham acesso a esses bens⁴⁶.

Desse modo, poder-se-ia pensar que a ótica da compensação em pecúnia se circunscreve a tal paradigma, posto que possui, como efeitos diretos e visíveis, uma redistribuição de bens, ou seja, um deslocamento patrimonial, do agente causador do dano para a vítima da conduta discriminatória. Entretanto, raciocinar dessa forma seria desconsiderar o efeito simbólico da condenação em questão, relativo ao reconhecimento público e oficial de que essa prática constitui um desrespeito ao igual respeito cognitivo devido às pessoas trans⁴⁷ – portanto, ao efeito expressivo de respeito a todos os indivíduos, destacado por Zurn (2015, p. 35).

Dito isso, ressalte-se que, para além dessa discussão, a possível repercussão social e extrapatrimonial da indenização, ressaltada pelo NPJ/CESUSC, é questão distinta da devida e necessária compensação pelos danos morais suportados, ou seja, pelo aspecto patrimonial propriamente dito. Segundo destacado por Bamforth, Malik e O’Cinneide (2008, p. 1166), a indenização é considerada, em casos de discriminação, como uma compensação financeira pela interferência em interesses juridicamente protegidos, na forma de um remédio individual contra tais práticas, perspectiva adotada no parecer oferecido por CLAM e LIDIS (2015, p. 13)⁴⁸. Demais disso, as medidas de reparação e compensação por violações perpetradas por

⁴⁵ Contraposto a esse paradigma distributivo da justiça estaria o paradigma do reconhecimento. Para Honneth (2009a, p. 355), aquele padrão de interpretação da justiça teria se mostrado inadequado, de modo que, ao invés de se pensar em bens, o correto seria atentar-se às relações de reconhecimento; além disso, dever-se-ia refletir sobre modelos para se assegurar a justiça, ao invés de se pensar em distribuição. Crê-se que esse projeto é desenvolvido posteriormente por Honneth (2014), ao discorrer sobre a concepção de liberdade social e as instituições sociais das democracias ocidentais modernas que visam assegurar o desenvolvimento da autonomia, por meio da efetivação dos princípios de reconhecimento recíproco. Ressalte-se, contudo, que Honneth (2009a, p. 360-361) não afasta a importância da ideia de justiça distributiva; a distribuição de bens, entretanto, apenas deixaria de ser um princípio decisivo, para se tornar uma das variáveis no marco de referência moral subjacente às relações de reconhecimento.

⁴⁶ Sobre a distribuição de bens nessas teorias da justiça, é o ensinamento de Honneth (2009a, p. 352): “salta aos olhos que quase sempre bens amplamente estimados são vistos como o material da justiça e que devem ser distribuídos entre as cidadãs e os cidadãos segundo critérios ainda por definir: nisso está pressuposto sempre um consenso entre os afetados de que todos eles, por si próprios, terão interesse em tais recursos generalizados, que são tidos como necessários para a criação e realização de planos de vida autônomos, propriamente elegidos [...]. Nesse sentido e tomada tal perspectiva como ponto de partida, a pergunta por uma ordem social justa nessas teorias só pode colocar-se como a pergunta pela distribuição justa de bens básicos”.

⁴⁷ Em sentido semelhante, Baggio (2010, p. 271-272 apud MEYER, 2012, p. 235) utilizara esse raciocínio para sustentar que as indenizações buscadas no processo brasileiro de justiça de transição dizem respeito não apenas ao cumprimento de um papel distributivo, mas também de reconhecimento, relacionado à valorização das ações de resistência das vítimas do Estado, que estaria conectada às possibilidades de integração social pós-regime ditatorial.

⁴⁸ Nos termos da manifestação processual em questão: “note-se que a proteção da dignidade dos indivíduos envolve ainda uma dimensão reparatória. Em outras palavras, quando a dignidade de alguém é ofendida impõe-se o pagamento de danos morais pelo injusto sofrido. Consequentemente, as violações à dignidade

motivo de identidade de gênero constituem elementos essenciais do direito a recursos jurídicos e medidas eficazes, previsto no princípio 28 dos Princípios de Yogyakarta⁴⁹ (ALSTON et al., 2007, p. 30).

3.2.5 *Transexualidade e patologia*

Em manifestação que é repetida em outras peças processuais, a representação judicial da autora afirma que o “transexualismo”⁵⁰ seria um transtorno de identidade sexual, citando, embora sem indicação da fonte, a definição dada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), segundo a qual

trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar e inadaptação ao seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado (OMS, [2006] apud AMA, 2009b).

De acordo com Bento e Pelúcio (2012, p. 571), um dos marcos para a caracterização da transexualidade como uma doença seria a inclusão do diagnóstico dessa na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde em 1980 (CID-10), publicado pela OMS. Além dessa classificação, a patologização das identidades trans também estaria presente em dois outros documentos de referência, o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV) e no *Standards of Care* (SOC) (BENTO; PELÚCIO, 2012)⁵¹.

Aqui, é possível notar que, não obstante o afirmado objetivo de contribuir para uma alteração paradigmática no âmbito da sociedade, mediante referido pleito de indenização, o NPJ/CESUSC, nessa manifestação, culmina por adotar uma visão patológica das identidades trans, cuja superação constitui o objetivo de diversas articulações políticas do movimento

humana (sic) decorrentes da negativa do exercício do direito à identidade de gênero ensejam o pagamento de indenização pecuniária” (CLAM; LIDIS, 2015, p. 13).

⁴⁹ Os Princípios de Yogyakarta constituem um documento internacional relativo à legislação internacional de direitos humanos a respeito de questões afetas à orientação sexual e à identidade de gênero, o qual ainda será abordado neste trabalho.

⁵⁰ Para Bento (2014, p. 49), o sufixo “-ismo” seria denotativo de condutas sexuais perversas, motivo pelo qual se evita, no presente estudo, de modo geral, sua utilização. Contudo, no presente tópico, optou-se por repetir a terminologia utilizada na peça processual apresentada pelos procuradores judiciais de Ama, que ainda se reporta à leitura patológica da transexualidade.

⁵¹ Para uma comparação quanto ao modo pelo qual cada documento de referência mencionado trata as identidades trans, ver Bento e Pelúcio (2012, p. 572).

trans⁵². Em outros momentos processuais, tal visão também é exposta (tanto pela autora⁵³, quanto por parte da ré⁵⁴), ou mesmo problematizada (como no parecer oferecido em conjunto por CLAM e LIDIS⁵⁵, nos memoriais apresentados por ABGLT e GADvS⁵⁶ e no voto apresentado oralmente pelo Min. Barroso (BRASIL, 2015e)).

Saliente-se que, conforme destacado por Suiama (2011, p. 176-177),

a abordagem patologizante tem sido criticada porque: a) reforça concepções estereotipadas de uma divisão binária de gênero situada fora da história; b) estigmatiza pessoas transgêneras como doentes ou anormais; c) é subinclusiva porque exclui quem não se encaixa nos estereótipos culturais de masculinidade ou feminilidade exigidos para a transformação corporal; d) atribui ao profissional da medicina a função de anteparo ao exercício de diversos direitos, tais como o casamento e a retificação do registro civil, na medida em que, quando tais direitos são legalmente reconhecidos, cirurgias reconstrutivas e pareceres médicos são exigidos para que os órgãos públicos garantam o exercício efetivo do direito buscado.

⁵² Dentre outros movimentos, é sempre citada a campanha *Stop Trans Patologization*, que, conforme Almeida e Murta (2013, p. 399), na busca pela despatologização das identidades trans, “seus protagonistas defendem o direito de todos/as se expressarem a partir dos atributos convencionados como femininos e masculinos que julgarem convenientes, sem que recebam por isso classificações e/ou sanções sociais. Defendem ainda o direito de todas as pessoas de modificarem livremente seus corpos de modo a adequá-los às suas necessidades particulares e contingentes”.

⁵³ “Em termos científicos, denomina-se esta incompatibilidade físico-psicológica de *transexualismo*. A organização Mundial de Saúde (OMS) trata o transexualismo como um tipo de transtorno de identidade de gênero, caracterizado pelo desejo que este indivíduo tem de viver como sendo do sexo oposto àquele designado no nascimento” (AMA, 2010b, p. 6). Tal visão retorna a aparecer nas contrarrazões ao recurso de apelação interposto pela ré (AMA, 2010a) e nas razões do recurso especial interposto pela autora (AMA, 2012b).

⁵⁴ “Não há nos autos, qualquer prova de que o Apelado [Ama] tenha se submetido a cirurgia de mudança de sexo até a data dos alegados fatos, *tampouco exames ou laudo médico acerca do seu sexo psicológico*” (BEIRAMAR, 2010b, grifo nosso).

⁵⁵ “33. Nesse contexto, a questão da transexualidade, por subverter o alinhamento supostamente convencional entre sexo e gênero, vem sendo tratada, pela medicina, como uma patologia, desde sua inclusão no Código Internacional de Doenças, em 1980. Atualmente, documentos de referência da área médica, como a própria Classificação Internacional de Doenças (CID 10), publicada pela Organização Mundial de Saúde, e o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), da Associação de Psiquiatria Americana, a preveem sob o rótulo de ‘transtorno’ e ‘disforias’ de gênero. 34. Essa abordagem vem sendo questionada por diversos flancos, seja a partir da própria medicina, que reconhece a dificuldade de definir o sexo biológico diante da pluralidade de elementos a serem considerados e que nem sempre levam a resultados coincidentes; seja por parte do ativismo trans, que, de um lado busca combater o estigma da patologização e, de outro, reivindicar seus direitos; seja, ainda, por parte de teorias contemporâneas identificadas sob o rótulo *queer*, que questionam o próprio conceito de ‘sexo’ como dado natural, afirmando, ao revés, tratar-se de construção cultural erigida socialmente” (CLAM; LIDIS, 2015, p. 10).

⁵⁶ “[...] a patologização da transexualidade foi uma das formas encontradas pela ideologia heterossexista [e cissexista] para continuar a defender a heterossexualidade como única sexualidade ‘admissível’ [e a cisgeneridade como a única identidade de gênero ‘admissível’], pois se as ações empíricas não conseguem corresponder às expectativas estruturadas a partir das suposições oriundas das normas de gênero heterossexistas [e cissexistas], ocorre a desestabilização destas normas de gênero, normas estas que se defendem geralmente pelo uso da violência física e/ou simbólica para manter essas práticas dissonantes às margens daquilo considerado por aquelas como humanamente normal” (ABGLT; GADVS, 2015, p. 10). Na mesma oportunidade, tais *amici curiae* se reportam, ainda, ao *Manifesto pela despatologização das identidades trans*, publicado pelo Conselho Regional de Psicologia do Estado de São Paulo em 26/05/2011, que critica o trato atual dado à questão no Brasil (ABGLT; GADVS, 2010, p. 11-13).

Destacados esses problemas, acredita-se que desfazer essa leitura patológica das identidades trans é primordial no processo de ruptura da exclusão social atualmente verificada quanto aos/às transexuais⁵⁷, caracterizados(as) por Butler como sujeitos abjetos, que se situariam fora do espectro dos gêneros inteligíveis socialmente (LEITE JUNIOR, 2012, p. 561)⁵⁸. Para tanto, é importante compreender, conforme defende Bento (2014, p. 22), que a leitura determinista-biológica do gênero é o que culmina por sustentar as visões patológicas das identidades trans.

Por tal compreensão, as performances de gênero transexuais promoveriam uma descontinuidade na pressuposta e esperada “normal” linearidade entre genitália, sexo, gênero, desejo e sexualidade (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 571) – exigência essa que, conforme Bento e Pelúcio (2012, p. 572), decorreriam de um pressuposto heteronormativo. Qualquer descontinuidade ocasionada nessa relação caracterizaria uma anormalidade e, portanto, uma patologia, seja na compreensão tradicional médica, seja nas ciências *psi*⁵⁹⁶⁰, que incorporam o gênero como uma categoria diagnóstica (BENTO; PELÚCIO, 2012).

Desse modo, afirma-se que o dimorfismo sexual⁶¹ – ou seja, a compreensão de que “existem dois corpos diferentes, radicalmente opostos, e que as explicações para os comportamentos dos gêneros estão nesses corpos” (BENTO, 2014, p. 133) – está na base da caracterização das experiências trans como algo anormal. Nesse sentido, a estratégia discursiva dos argumentos em prol da patologização das identidades trans se ampara numa suposta diferença sexual dos corpos, compreendida como algo natural (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 574).

⁵⁷ Ressalte-se que o princípio 18 dos Princípios de Yogyakarta reconhece que a identidade de gênero de uma pessoa não é uma doença médica, a ser tratada, curada ou eliminada (ALSTON et al., 2007, p. 23).

⁵⁸ Ressalva-se que Leite Junior (2012), no ponto, discorda de Butler, posto que compreende que a interpretação social cotidiana referentes às experiências trans melhor estaria caracterizada pela categoria dos monstros (aquilo que foge à figura do humano, sobrenatural), do que como uma identidade abjeta (desprezível, vil, repulsiva). Assim, não se trataria de experiências ininteligíveis socialmente: seriam inteligíveis, mas em uma condição não humana (LEITE JUNIOR, 2012).

⁵⁹ De modo semelhante a Almeida e Murta (2013) e Bento (2014), entende-se aqui por ciências *psi* a psicologia, a psiquiatria e a psicanálise.

⁶⁰ O estudo científico da transexualidade, encarada como experiência patológica, teria ao menos duas grandes vertentes teóricas: a que adotaria um referencial psicanalítico e, demais disso, a que se apoia na estrutura biológica (BENTO, 2014, p. 165).

⁶¹ O dimorfismo contrapor-se-ia ao isomorfismo, compreensão dos corpos que já se teria feito presente em outras épocas na civilização ocidental. Conforme Bento (2008, p. 24), “até meados do século XVII, os anatomistas trabalhavam com a convenção de que existia apenas um corpo e pelo menos dois gêneros, daí parecer um equívoco pensar a transexualidade para além do período onde as identidades passam a ser prisioneiras do corpo e que se desdobra na medicalização das condutas”.

Assim, Bento e Pelúcio (2012) enumeram quatro argumentos corriqueiramente utilizados para sustentar a patologização das experiências trans. Nesse sentido, o primeiro estaria relacionado à suposta “diferença natural entre os gêneros”, mediante o qual os transexuais e travestis seriam portadores de transtornos porque ou se nasceria homem, ou se nasceria mulher – argumento que reproduz, portanto, o dimorfismo entre homens e mulheres (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 575). Para as autoras, entretanto, o gênero estaria relacionado antes a relações de poder do que à natureza – questões biológicas –, de forma que esse desde sempre seria cultura (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 575).

Quanto ao segundo argumento, tal se reportaria a uma visão suicidógena do transexual, de modo que eventual retirada da obrigação de submeter os e as transexuais a terapia psicológica anterior às cirurgias transgenitalizadoras acarretaria um risco, porque alguns relatos provariam que indivíduos transexuais se suicidaram por terem se arrependido de ter realizado transformações corporais (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 576). Em verdade, essa justificativa apenas adota uma estratégia de infantilização dos indivíduos que vivem experiências trans, acarretando uma violação de sua autonomia e condição de sujeito⁶², despindo-os de toda a sua subjetividade (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 576). Trata-se, portanto, de uma retórica de vitimização “que autoriza que se continue medicalizando aquelas/es que não cumprem as expectativas de gênero anunciadas pela pretensa verdade estabelecida pelo sexo genital” (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 577).

Nesse sentido, destaca Ventura (2010, p. 148) que a tutela estatal das pessoas trans, condicionando tais cirurgias, não decorreria de um conflito entre o direito de autonomia desses indivíduos e um dever estatal de proteção à saúde dos cidadãos, mas de uma contradição entre aquela liberdade e as normas éticas e jurídicas vigentes. Na realidade, para a maioria das demais intervenções cirúrgicas, sejam elas estéticas ou terapêuticas, bastaria o consentimento livre e esclarecido do paciente, dispensando-se qualquer diagnóstico psiquiátrico para sua realização, denunciando-se, portanto, a existência de fundamentos morais para justificar as restrições à autonomia das pessoas trans (VENTURA, 2010, p. 144). Tais limitações, contudo, seriam ilegítimas, no âmbito das sociedades democráticas e pluralistas, considerando os direitos humanos (VENTURA, 2010, p. 148).

Um terceiro argumento – adotado, por vezes, por sujeitos que vivenciam experiências trans –, envolve uma concessão estratégica em prol do custeio público dos

⁶² Denuncia Ventura (2010, p. 26) que não é a transexualidade, em si, que traz algum tipo de limitação à autonomia (moral ou jurídica) da pessoa trans, mas a vulnerabilidade decorrente da contradição dessa condição com as normas sociais e morais vigentes.

procedimentos médicos de transformação corporal. Por essa perspectiva, retirar a transexualidade da condição patológica posta implicaria na perda de direitos, visto que o Estado se eximiria do custeio desses procedimentos transformadores (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 577). Além de discordar dessa perspectiva, as autoras anotam que concordar com esse processo de diagnósticos de gênero, ao invés de questioná-lo, implica na permissão a que tais indivíduos, tidos como anormais, continuem a habitar as margens da sociedade, transformando todos em cúmplices dessa violência, posto que o Estado se concretizaria mediante as condutas de sujeitos históricos (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 577).

O último argumento relatado por Bento e Pelúcio (2012) se reporta à suposta autoridade científica desses diagnósticos: a patologização das experiências trans estaria cientificamente comprovada. Além de a leitura dos documentos científicos demonstrarem uma incerteza nos procedimentos para diagnóstico⁶³, conforme as autoras, a pretensão de se estabelecer características únicas às experiências trans, múltiplas e diversas, constataria a fragilidade do argumento (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 578). Ademais, a própria defesa da existência de uma diferença sexual, enquanto dado prévio para se definir o gênero, seria uma construção de gênero (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 578). Não há que se falar em uma suposta neutralidade política na construção do saber científico⁶⁴. De acordo com Bento (2014, p. 142), a linguagem científica é uma tecnologia eficaz na produção dos corpos-sexuados, pois, sob a falsa pretensão de uma descrição neutra, naturaliza algumas diferenças, no ato de nomear (vagina/mulher/feminino, pênis/homem/masculino)⁶⁵.

Ressalte-se que, além de contribuir para o quadro de estigma e exclusão social das/dos transexuais, a patologização das identidades trans impede a correta articulação dos

⁶³ De acordo com Ventura (2010, p. 142-143), as próprias bases médico-científicas (ou “naturais”) mediante as quais as interpretações e institutos jurídicos seriam construídos se mostram questionáveis, contando com poucas convergências. Assim, “de fato, o saber científico não oferece mais uma definição segura e objetiva para que o direito possa facilmente subsumir o fenômeno transexual ao modelo binário de dois sexos e dois gêneros que se corresponderiam ‘naturalmente’ (macho - homem - masculino, fêmea - mulher - feminino) e cujas relações sociais e jurídicas devem se basear nessas diferenças sexuais naturalizadas” (VENTURA, 2010, p. 143).

⁶⁴ “O único mapa seguro que guia o olhar do médico e dos membros da equipe são as verdades estabelecidas socialmente para os gêneros, portanto estamos no nível do discurso. Não existe um só átomo de neutralidade nesses códigos. Estamos diante de um poderoso discurso que tem como finalidade manter os gêneros e as práticas eróticas prisioneiras à diferença sexual” (BENTO, PELÚCIO, 2012, p. 579).

⁶⁵ Elucidativo, quanto à questão, é a descrição efetivada por Bento (2014, p. 142) da passagem da compreensão isomórfica para a dimórfica dos corpos sexuados, hoje naturalizada: “aos poucos a linguagem tornou-se dimórfica. Os significantes cristalizaram-se, fixaram os significados. Já não era possível entender o corpo como um significado flutuante, como poderia ocorrer no isomorfismo. As estruturas que eram consideradas comuns ao homem e à mulher – o esqueleto e o sistema nervoso – foram diferenciadas. [...] De homem invertido, a mulher passou a ser o inverso do homem. E aqui se opera uma inversão: os corpos-sexuados que foram inventados pelos interesses de gênero ganharam o estatuto de fato originário”.

problemas e condições que circundam a vivência dessa experiência. Nesse sentido, a adoção dessa perspectiva faz crer que a transexualidade é um problema individual – um desvio particular –, ocultando que, na realidade, tais identidades apenas podem ser compreendidas como desviantes em virtude da atuação das normas de gênero existentes no âmbito da sociedade (BENTO, 2014). Promove-se, assim, uma inversão perversa, mediante a qual o problema estaria no indivíduo, e não nas normas de gênero (BENTO, 2014, p. 163).

3.3 A contestação e manifestações da parte ré

3.3.1 *Teses da contestação*

Na contestação apresentada, em relação ao que é pertinente ao presente trabalho, a ré nega que a solicitação a que a autora utilizasse o banheiro masculino seria um motivo de humilhação. Destaca que essa pertenceria ao sexo masculino e, em razão disso, deveria utilizar o banheiro destinado aos homens, não ao das mulheres. Ressalta, para tanto, o fato de a autora ser “do sexo masculino na concepção biológica” (BEIRAMAR, 2009, p. 2), o que causaria constrangimento às mulheres presentes no banheiro feminino.

Ademais, afirma que não haveria, nos autos, prova de que, à época, a autora teria se submetido à cirurgia de transgenitalização, nem promovido a alteração dos registros civis. Reforça que o próprio Poder Judiciário teria cadastrado a autora como pertencente ao sexo masculino, no momento de registro do processo judicial.

Argumenta, além disso, que empecilho algum teria sido imposto à autora, no tocante à utilização do banheiro masculino. Desse modo, a responsabiliza por ter feito as necessidades pessoais nas suas próprias vestes.

Conforme a ré, o ocorrido poderia até ter causado algum desconforto à autora. Entretanto, tal não ensejaria a verificação de dano moral, posto que o fato de se ter uma vontade contrariada seria um mero aborrecimento do cotidiano. Ressalta, também, que, diante do fato de ser transexual, seria presumível que a autora se deparasse com situações semelhantes diariamente (BEIRAMAR, 2009).

3.3.2 *O fato como “mero aborrecimento cotidiano, por se ter uma vontade contrariada”*

Conforme dito, a parte ré alega, na contestação, que o fato narrado na inicial, embora possa ter implicado, eventualmente, algum aborrecimento e/ou desconforto à autora, não ensejaria dano moral, posto que seria algo normal do cotidiano de qualquer ser humano – ter

uma vontade contrariada (BEIRAMAR, 2009, p. 4). Não constituiria, nos termos das razões do recurso de apelação, “ofensa ou insulto à honra do Apelado” (BEIRAMAR, 2010b).

No mesmo sentido fora o acórdão do TJSC, em sede de apelação, ao consignar que

o acontecimento narrado, embora lamentável, não enseja o pagamento de indenização, porquanto o dano moral indenizável é aquele que corresponde à lesão a direito da personalidade, que repercute sobremaneira no psiquismo do lesado; e não se enquadra no conceito o mero incômodo ou aborrecimento (SANTA CATARINA, 2012a, p. 10).

Destacou-se, na hipótese, que “o fato discutido por certo desencadeou algum incômodo ao autor, todavia, não sobrepujou o razoável ou lesou direito da personalidade” (SANTA CATARINA, 2012a, p. 11).

De fato, e conforme reconhecido doutrinária⁶⁶ e jurisprudencialmente⁶⁷, o mero dissabor não enseja a indenização por danos morais, que requer alguma violação a direito da personalidade. Ocorre que essas manifestações (da parte ré e da Terceira Câmara de Direito Civil do TJSC) desconsideram que a negativa em questão, antes de representar mera contrariedade à vontade da autora, implica negar-lhe sua identidade de gênero.

O parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República (2015, p. 30) capta o que a restrição em questão representa ao indivíduo transexual, ao consignar que

não se trata apenas de impedir o acesso a um local, mas de impedir, ainda que indiretamente, a recorrente de ser o que é, de ser reconhecida como o que é, e ainda de gozar de um direito básico, mas não por isso menos menosprezível: o de fazer uso de um banheiro do gênero a que pertence.

Desse modo,

o “simples” fato de impedi-la [mulher transexual] de usar o banheiro [feminino], além de violar esse direito [de ser tratada conforme o gênero feminino], enfraquece seu senso de autoestima e de pertencimento à comunidade, podendo levá-la a reprimir sua identidade e a ter a vida marcada pelo medo e pela invisibilidade (PGR, 2015, p. 24).

⁶⁶ Nesse sentido seriam, por exemplo, as doutrinas de Orlando Gomes e Pontes de Miranda (SOUZA; BORGES; CALDAS, 2013, p. 35).

⁶⁷ A título de exemplo, cite-se trecho da ementa do acórdão do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 669.914/DF: “o dano moral é resultado de lesão aos direitos da personalidade, isto é, à honra, à imagem, à integridade física, ao nome, à liberdade de pensamento, entre outros. Trata-se de direitos indisponíveis, isto é, intransmissíveis e inalienáveis” (BRASIL, 2014b, p. 1-2)

Nesse sentido, o uso do banheiro conforme o gênero autoidentificado constitui uma das hipóteses em que, no âmbito do convívio social, as pessoas trans necessitam de ter suas expressões de gênero respeitadas. Fatos como o retratado nos autos constituem uma das experiências pelas quais tais indivíduos corriqueiramente possuem a sua subjetividade desafiada. E, se acontecimentos desse tipo ocorrem com certa frequência no cotidiano das e dos transexuais, isso não autoriza compreender a situação como mero aborrecimento; antes, apenas confirma a inserção das pessoas trans na categoria de uma minoria estigmatizada.

Assim, em atenção à gravidade da questão é que, dentre outras normas presentes em âmbito administrativo, o art. 6º da Resolução nº 12 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT)⁶⁸, do ano de 2015, dispõe que, nos sistemas e instituições de ensino, “deve ser garantido o uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito” (BRASIL, 2015a).

Dito isso, cumpre ressaltar que a identidade de gênero integra os direitos da personalidade (GONÇALVES, 2014). Nesse sentido, a livre expressão da personalidade seria um desdobramento, bem como uma irradiação, do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88), possuindo, também, fundamento no direito à vida privada (art. 5º, X, CRFB/88 e art. 21, CC/02), posto que a razão de se proteger a intimidade estaria relacionada à garantia da possibilidade de se realizar escolhas que não necessitam ser justificadas a ninguém (GONÇALVES, 2014, p. 127).

Desse modo, a opção da pessoa trans por assumir publicamente determinada expressão de gênero se trata de um exercício da autonomia, no tocante ao desenvolvimento da personalidade (GONÇALVES, 2014, p. 133). Violada a identidade de gênero – compreendida no âmbito dos direitos da personalidade, como exposto – surge a pretensão de indenização por dano moral, conforme já ressaltadas doutrina e jurisprudência majoritárias no campo do direito civil.

⁶⁸ Referida resolução, nos dizeres da própria ementa, “estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais – e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais – nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização” (BRASIL, 2015a).

3.3.3 O argumento do constrangimento às mulheres cisgêneras

De acordo com a contestação apresentada pela parte ré, não se poderia impor às mulheres (acrescenta-se: às mulheres cisgêneras) que a autora frequentasse o banheiro feminino, posto que isso ocasionaria constrangimentos (BEIRAMAR, 2009, p. 2) – argumento que é repetido nas alegações finais em primeira instância (BEIRAMAR, 2010a). Segundo a narrativa dos fatos apresentada na petição inicial, esse teria sido o motivo aduzido pela funcionária do *shopping center*, ao pedir à Ama que se retirasse do banheiro em questão (AMA, 2009b, p. 2).

Ressalte-se que tal argumento não se resume à mera inconveniência para as mulheres cisgêneras. Nesse sentido, nas razões ao recurso de apelação interposto, a ré o articula na forma de um direito, de modo que o suposto constrangimento em questão significaria uma violação ao direito à intimidade e à vida privada daquelas (BEIRAMAR, 2010b), sendo mais enérgica quanto ao ponto nas contrarrazões ao recurso inominado⁶⁹ (BEIRAMAR, 2010c, p. 9).

Quanto à questão, o Min. Fachin, em seu voto, salienta que, ao se exigir – conforme este o faz –, como condição para o respeito à identidade de gênero em hipóteses como a submetida em juízo, um mínimo de exteriorização dessa autoidentificação (vestimentas, dentre outros, de acordo com o gênero autoidentificado)⁷⁰, deixa de ter razão os argumentos do desconforto e constrangimento às demais usuárias do banheiro (BRASIL, 2015f, 10-11). Ademais, ressalta que esse argumento revela preconceito, consciente ou inconsciente (BRASIL, 2015f, p. 3). Também considerando um preconceito transfóbico das mulheres cisgêneras, que eventualmente alegam se sentir incomodadas, destaca o memorial da ABGLT e do GADvS (2015, p. 7) que a identidade de gênero das pessoas trans não poderia ser um

⁶⁹ “Imaginem Ex., a posição da administração do Shopping, caso um familiar do sexo feminino deste advogado ou porque não de V. Exas., tivesse que compartilhar o banheiro feminino com alguém considerado legalmente homem? Por certo, a administração estaria sendo cobrada por sua inércia, visto que a privacidade e a intimidade das pessoas legalmente do sexo feminino deve ser preservada. O Recorrido considera louváveis e necessárias as mudanças que estão ocorrendo em relação ao reconhecimento de relações homoafetivas no que concerne a casamento, sucessão, a doação, etc., todavia o direito a (sic) intimidade e a (sic) privacidade de terceiros deve ser preservado. Não se pode, em detrimento de anseios íntimos dos transexuais, diga-se, os não submetidos a cirurgia de mudança de sexo, violar a intimidade das pessoas do gênero feminino, tampouco ignorar o costume existente em nosso país (sic), em que homens e mulheres utilizam sanitários separados, a fim de se preservar a intimidade de cada gênero e prevenir contra maiores infortúnios” (BEIRAMAR, 2010c, p. 9)

⁷⁰ Conforme será visto oportunamente, o Min. Fachin adota essa posição como modo de evitar eventuais abusos de direito e tentativas de enriquecimento ilícito mediante indenizações pela ocorrência de dano moral, bem como estaria de acordo com o marco distintivo das experiências de gênero como identidade e como funcionalidade (BRASIL, 2015f, p. 10-11).

critério de diferenciação, posto que isso malferiria o princípio constitucional que proíbe preconceitos, constante no art. 3º, IV, CRFB/88.

Nesse sentido, corriqueiramente se afirma em doutrina – como o faz Alexy (2008, p. 407-408), amparado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão –, que o direito à igualdade estabeleceria o dever, *a priori*, de um tratamento igual. Desse modo, o trato diferenciado apenas poderia ocorrer caso exista alguma razão suficiente a justificar essa distinção (ALEXY, 2008, p. 408), motivo pelo qual a isonomia estabeleceria um ônus argumentativo para os que sustentam o tratamento desigual (ALEXY, 2008, p. 409). E, tratando-se de direitos com posição preferencial no âmbito do ordenamento jurídico, resta patente que eventual incômodo, ou mesmo constrangimento, não constitui razão suficiente para a violação de direitos fundamentais de terceiros (RIOS; RESADORI, 2015, p. 215).

Ocorre que, conforme ressaltado, nas razões do recurso de apelação, bem como nas contrarrazões ao recurso inominado, a parte ré articula o argumento do constrangimento com os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada (BEIRAMAR, 2010b, 2010c, p. 9). Ainda assim, a estratégia defensiva da ré não merece prosperar.

Para o parecer apresentado por CLAM e LIDIS (2015, p. 16), sequer se poderia falar em direito de terceiros na espécie. Isso porque não existiria, no ordenamento jurídico nacional, qualquer direito que amparasse uma expectativa particular em relação à identidade de gênero alheia (CLAM; LIDIS, 2015, p. 16). Utilizando essa ideia é que a Corte Europeia de Direitos Humanos (*European Court of Human Rights*) teria consignado, no caso *Christine Goodwin vs. United Kingdom*, o direito de uma transexual inglesa de ter o seu gênero autoidentificado reconhecido por seu país (CLAM; LIDIS, 2015, p. 16). Na ocasião, a Corte aduziu que se deveria esperar a tolerância da sociedade a certos inconvenientes, de forma razoável, de modo a permitir a vida digna dos indivíduos (CLAM; LIDIS, 2015, p. 16).

Igualmente, o Min. Barroso, no voto apresentado oralmente, também rejeitou a incidência do direito fundamental à intimidade das mulheres cisgêneras na situação em julgamento. Considerando, apenas a título de argumentação, a existência desse direito, observou que uma ponderação para a solução do conflito, na ocasião, seria de fácil resolução, visto que o constrangimento a tais mulheres seria limitado – principalmente em virtude do fato de a realização das necessidades fisiológicas, em banheiros femininos, ocorrer em cabines privativas –, em se comparando ao constrangimento que as mulheres transexuais sofreriam ao ter que ingressar em um banheiro masculino. Além disso, constituiria violação à identidade das pessoas trans as obrigarem a utilizar banheiro desconforme ao gênero

autoidentificado, de modo que o direito à liberdade para viver a própria identidade, sendo uma liberdade existencial, teria um peso relativo maior nesses casos (BRASIL, 2015e).

Ressalte-se que o recurso à configuração espacial do banheiro feminino – cujas necessidades apenas seriam efetivadas em cabines privadas –, presente no voto do Min. Barroso, também é utilizado pela autora para refutar o argumento do constrangimento. Assim, tal se verifica na petição de impugnação à contestação:

a autora [...] possui aparência e voz femininas. Forçoso se faz reconhecer que causaria mais constrangimento sua presença num banheiro masculino, dada sua aparência de mulher, sendo que no banheiro feminino, não há porque falar em constrangimento “às mulheres ali presentes”, posto que somente a exposição do seu órgão genital teria esse condão, e esse, com certeza fica circunscrito a quatro paredes quando a autora faz uso de banheiros públicos femininos! (AMA, 2009a).

De modo semelhante, essa estratégia discursiva é adotada pelo juiz sentenciante em primeira instância:

alega o requerido que por ser legalmente do sexo masculino a parte requerente não poderia adentrar no banheiro feminino, pois geraria um constrangimento para as mulheres ali presentes.
Inconsistente o argumento trazido pelo demandado, eis que lavabos localizados dentro do banheiro feminino são individuais e fechados.
Pelo que se denota dos elementos constantes dos autos, o que causaria constrangimento aos demais usuários do estabelecimento réu seria a demandante utilizar o banheiro masculino (SANTA CATARINA, 2010).

Apesar de se concordar com a conclusão a que chegam os atores que utilizaram esse fundamento, acredita-se que esse é desnecessário ao reconhecimento do dever de respeito à identidade de gênero da autora no caso concreto em comento. Além disso, poderia acarretar incompreensões e problemas, sem razão jurídica consistente, para se afirmar o direito dos homens trans a também terem a sua identidade de gênero respeitada, no tocante à utilização dos banheiros masculinos, caso interpretado *a contrario sensu*⁷¹.

Desse modo, prefere-se, aqui, endossar a postura de Rios e Resadori (2015, p. 215), segundo a qual eventual sentimento pessoal de constrangimento simplesmente não constitui fundamento válido para a violação a direitos fundamentais de terceiros, em uma sociedade plural e democrática,

⁷¹ Refere-se, aqui, a uma possível postura a ser futuramente adotada no sentido de que, em virtude de os banheiros masculinos comumente contarem com a presença de mictórios – diferentemente dos banheiros femininos –, ser um constrangimento aos homens cisgêneros que o utilizam a presença de homens transexuais no local.

tanto que ninguém sustentaria que o constrangimento experimentado por certos homens diante de mictórios de parede onde outros homens urinam à vista dos demais, e não em cabines privadas com vasos sanitários, seja razão suficiente para a restrição da liberdade de uns em face de outros; nem se admitiria que mulheres heterossexuais, com comportamento e vestuário ajustados aos cânones de expressão de gênero, sinceramente constrangidas com a aparência ou com a vestimenta de outras usuárias heterossexuais no mesmo banheiro público, tenham direito à exclusão dessas.

Assim, reafirma-se que eventual constrangimento ou desconforto em questão, que não está amparado por direito fundamental algum (como pretende a parte ré), decorre unicamente de preconceitos, não constituindo motivo apto ao desrespeito à identidade de gênero das pessoas trans. Negar a possibilidade do uso do mesmo banheiro às mulheres cisgêneras e às mulheres transexuais implica em endossar a doutrina do “separados, mas iguais” (*separate but equal*), como exposto na introdução ao presente trabalho, erigindo aquelas à categoria de “verdadeiras mulheres” e relegando estas à anormalidade, contribuindo para um quadro social de exclusão.

3.3.4 Genitália, cirurgia de transgenitalização, identidades trans e vivências de gênero

É possível perceber que um dos argumentos aduzidos pela ré seria a ausência de prova, nos autos, de que a autora teria, à época dos fatos, realizado a cirurgia de transgenitalização⁷², ou promovido a alteração do registro civil (BEIRAMAR, 2009)⁷³. Igualmente, o Min. Fux, na sessão de julgamento do dia 19 de novembro de 2015, indagou à advogada do NPJ/CESUSC, na forma de um requerimento por esclarecimento de questão de fato, se Ama teria efetivado referida cirurgia (BRASIL, 2015e).

As falas em comento possuem ao menos duas pressuposições que se pode questionar. Inicialmente, evoca a suposta continuidade constantemente naturalizada, e aqui já denunciada,

⁷² Em verdade, diversas seriam as cirurgias possíveis de se realizar, nesse âmbito. Segundo Suiama (2011, p. 167), seriam procedimentos cirúrgicos “a mastectomia, histerectomia (retirada do útero), colpectomia (retirada da vagina), neofaloplastia, retirada e desmembramento do pênis, orquiectomia bilateral (retirada dos testículos), neocolpovulvoplastia, mamoplastia, cirurgia de cordas vocais e de raspagem do pomo-de-adão, além das terapias hormonais”.

⁷³ Esse argumento é insistentemente reiterado pela ré nas alegações finais apresentadas (BEIRAMAR, 2010a), nas razões recursais da apelação interposta por esta (BEIRAMAR, 2010b), bem como nas contrarrazões ao recurso inominado interposto pela autora (BEIRAMAR, 2010c, p. 9). Nessa última peça processual, aduz: “não se pode, em detrimento dos anseios íntimos dos transexuais, diga-se, os não submetidos a cirurgia de mudança de sexo, violar a intimidade das pessoas do gênero feminino, tampouco ignorar o costume existente em nosso país, em que homens e mulheres utilizam sanitários separados, a fim de se preservar a intimidade de cada gênero e prevenir contra maiores infortúnios” (BEIRAMAR, 2010c, p. 9, grifo nosso).

entre genitália (corpo-sexuado) e gênero. Aduz implicitamente que, não obstante a expressão de uma vivência de gênero feminina por parte da autora – reproduzindo e, com isso, atualizando as normas de gênero já atuantes na sociedade –, essa só seria considerada uma mulher caso tivesse realizado a cirurgia de transgenitalização, ou seja, na hipótese não ter mais um pênis, mas uma vagina construída cirurgicamente. Já se demonstrou que a própria existência das experiências trans expõe a fragilidade do dimorfismo sexual, e a vinculada continuidade pressuposta entre corpos-sexuados e gênero. A possibilidade de se vivenciar um gênero, independente da genitália presente no nascimento, revela o equívoco em essencializar o gênero numa suposta natureza dos corpos⁷⁴⁷⁵.

Demais disso, o argumento em questão desconsidera a diversidade da experiência transexual. Nesse sentido, seria incorreto adotar uma leitura singular da subjetividade trans⁷⁶, como se a única relação possível com a genitália fosse a da rejeição, ou seja, o desejo de realizar a cirurgia de transgenitalização.

Conforme os estudos de Bento (2014), percebe-se que essa compreensão está equivocada. De acordo com o estudo de campo realizado pela socióloga, há não apenas indivíduos trans que desejam realizar tal cirurgia⁷⁷, mas também aqueles que consideram a genitália como parte do corpo, não possuindo a vontade de alterá-la⁷⁸ – mas, ainda assim, reivindicando o reconhecimento de sua identidade de gênero (BENTO, 2014). Assim, “o que

⁷⁴ Portanto, verifica-se uma tensão entre a pressuposta origem natural dos comportamentos generificados e o deslocamento ocasionado pelas experiências transexuais: “a experiência transexual põe em destaque aqueles atos discursivos e corporais considerados socialmente importantes para dar vida aos corpos-sexuados, ao mesmo tempo em que os desloca. Se a experiência nega a origem biológica para a explicação dos comportamentos, contraditoriamente, é a pressuposição dessa origem natural que gerará as expectativas e as suposições sobre as condutas apropriadas para os gêneros” (BENTO, 2014, p. 284).

⁷⁵ Quanto à questão, Bento (2014, p. 285) enfrenta uma possível leitura no sentido de que, ao reivindicar a transgenitalização, os/as transexuais estariam reafirmando o dimorfismo sexual e, assim, corroborando com as normas de gênero. Entretanto, a autora recusa essa interpretação com dois argumentos: primeiramente, os deslocamentos ocasionados pela experiência trans já denunciariam o caráter ficcional das normas de gênero (BENTO, 2014, p. 285); ademais e, conforme será discutido a seguir, crer nessa afirmação é pressupor que todos/as transexuais “têm os mesmos conflitos e as mesmas respostas para a relação entre corpo, subjetividade, sexualidade e identidade de gênero” (BENTO, 2014, p. 285), o que é incorreto, ante a pluralidade de articulações possíveis entre esses níveis dentro das identidades trans, conforme a experiência empírica demonstra (BENTO, 2014, p. 285).

⁷⁶ Em 3.6.6 destacar-se-á a diversidade das identidades trans de forma mais ampla. O espectro, aqui, é mais restrito: discorre-se apenas sobre uma suposta rejeição geral das/os transexuais, pressuposta no imaginário social e em parcela do saber médico, à genitália presente no corpo no nascimento.

⁷⁷ Insta ressaltar que, após o estudo de campo realizado, Bento (2014, p. 286-287) chega à conclusão de que, dentre as/os transexuais que desejam intervenções cirúrgicas nas genitálias, o motivo principal não se trata de uma questão relativa ao exercício da sexualidade, mas o reconhecimento do pertencimento à categoria humanidade, ou seja, de sua condição humana, posto que, dada a matriz reinante das normas de gênero, este somente adquiriria inteligibilidade na forma de corpos-homem e corpos-mulher.

⁷⁸ Almeida e Murta (2013, p. 389) também destacam que nem todos os/as transexuais desejam realizar as cirurgias de transgenitalização.

faz um sujeito afirmar que pertence a outro gênero é um sentimento; para muitos transexuais a transformação do corpo através dos hormônios já é suficiente para lhes garantir um sentido de identidade, não chegando a reivindicar as cirurgias” (BENTO, 2014, p. 50).

Aqui, insta ressaltar que essa pressuposição retoma a leitura patológica das identidades trans, bem como explicita o poder conferido ao saber médico. Segundo Bento (2014), a medicina teria criado protocolos para a identificação do “verdadeiro transexual” – aquele sujeito que, de fato, necessitaria de realizar uma cirurgia de transgenitalização. Ocorre que a linguagem possui um sentido performativo, de forma que não se resume às possibilidades descritivas, mas também contribui para a criação de realidades (BENTO, 2014, p. 51).

Desse modo, quando o discurso científico resume o/a “transexual” à figura do “verdadeiro transexual”, presente na literatura médica, o que se está fazendo é criar uma concepção específica e única do que é um/uma transexual, excluindo, por conseguinte, as distintas possibilidades de configuração das experiências trans (BENTO, 2014, p. 53-54). Assim, “o ato de nomear o sujeito transexual implica em pressuposições e suposições sobre os atos apropriados e os não apropriados que os/as transexuais devem atualizar em suas práticas” (BENTO, 2014, p. 54).

Retornando às falas presentes nos autos, ressalta-se que o NPJ/CESUSC destaca que, embora essa não tenha se submetido à cirurgia de transgenitalização, possuiria “aparência e voz femininas” (AMA, 2009a). Apesar de manter resquícios de uma leitura patológica da transexualidade – como a referência à nomenclatura “disforia de gênero”⁷⁹ –, afirma-se, nas razões recursais do recurso especial interposto por Ama, que a condição de transexual independe da realização de qualquer cirurgia (AMA, 2012b, p.11), o que é reiterado nas razões recursais do recurso extraordinário igualmente aviado (AMA, 2012c, p. 12). O parecer apresentado por CLAM e LIDIS (2015, p. 3), representados pela Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, também salienta que a reivindicação das/dos transexuais pelo reconhecimento de sua identidade de gênero independe do desejo pessoal, que pode estar presente ou não, de modificação dos órgãos genitais.

Quanto ao ponto, a ABGLT e o GADvS (2015, p. 15) são precisos ao pontuar, no memorial respectivo, que a indagação anteriormente exposta do Min. Fux, quanto à realização ou não da cirurgia de transgenitalização por parte de Ama, seria irrelevante para a solução do

⁷⁹ Para Almeida e Murta (2012, p. 384, nota 1), o termo “disforia de gênero” busca a desconsideração dos/as transexuais como portadores de uma doença mental, porém configuraria uma solução meramente intermediária, não representando a despatologização completa da questão.

caso. Anotam que, “com efeito, a mulher transexual identifica-se como mulher, porta-se como mulher e transforma seu corpo, por vestuário e comportamentos, como mulher. Logo, ela é uma mulher, consoante os conceitos de gênero e identidade de gênero supra trabalhados” (ABGLT; GADvS, 2015, p. 15)⁸⁰. Insta ressaltar que o Min. Fachin, em seu voto, expôs que, além de, no seu entendimento, não se poder condicionar o reconhecimento da identidade de gênero à realização de tais cirurgias, a exigir para tanto configuraria uma segunda e grave violação à/ao transexual (BRASIL, 2015f, p. 7-8). Tratar-se-ia, portanto, de “uma violência física a quem já experimenta um grave desconforto psíquico” (GONÇALVES, 2014, p. 218).

Sobre a questão, CLAM e LIDIS (2015, p. 11) deixam claro que, corriqueiramente, ao se conhecer uma pessoa, a identificação dessa como homem ou mulher não se faz com base em seus órgãos genitais – dados aos quais não se tem acesso, normalmente –, mas nos signos pelos quais se manifesta (vestuário, modo de falar, entre outros)⁸¹. Desse modo, o reconhecimento dos direitos das pessoas trans deve se basear na perspectiva da percepção da identidade, e não como consequência da submissão a uma operação plástico-reconstrutiva (GONÇALVES, 2014, p. 90) – ressaltando-se, inclusive, que essa é a orientação constante no princípio 3⁸² dos Princípios de Yogyakarta. Assim, conforme Jesus (2012, p. 16), “ao contrário do que se costuma pensar, o que determina a identidade de gênero transexual é a forma como as pessoas se identificam, e não um procedimento cirúrgico”.

⁸⁰ O signatário da petição ainda relata um caso que teria ocorrido com uma cliente, que teve negado o acesso ao banheiro conforme ao gênero autoidentificado, não obstante já ter, à época, realizado a cirurgia de transgenitalização: “uma cliente do signatário, mulher transexual já operada e com documentos já alterados para prenome e sexo femininos, mas de aparência ainda não ‘perfeitamente feminina’ (tendo o ‘quê de extravagância’ citado pelo Eminentíssimo Ministro Roberto Barroso em resposta ao Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio no caso), foi constrangida por funcionária do estabelecimento em questão por ter usado o banheiro feminino. Ora, se mulher transexual operada, mas com aparência ainda não ‘totalmente feminina’ segundo os padrões sociais, é constrangida na prática por usar o banheiro feminino, como se pode falar/indagar sobre cirurgia de transgenitalização para o uso do banheiro feminino?” (ABGLT; GADVS, 2015, p. 15).

⁸¹ “Ao conhecer uma pessoa, não se identifica como homem ou mulher em razão, por exemplo, de seus órgãos genitais, mas por meio de signos pelos quais ela se manifesta, como seu nome, roupa, aparência física, modo de falar e andar. Sem dúvida, na maior parte das interações que travamos cotidianamente, não temos acesso a informações sobre a genitália dos outros indivíduos, mas seguimos identificando-os como homem ou mulher com base, sim, nas expressões externas e compartilhadas de sua identidade” (CLAM; LIDIS, 2015, p. 11).

⁸² “Nenhuma pessoa deve ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, incluindo cirurgias de redesignação sexual, esterilização ou terapia hormonal, como um requisito para o reconhecimento jurídico de sua identidade de gênero” (ALSTON et al., 2007, p. 11-12, tradução nossa). No original: “no one shall be forced to undergo medical procedures, including sex reassignment surgery, sterilization or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity [...]” (ALSTON et al., 2007, p. 11-12).

3.3.5 Sexualidade ou identidade de gênero?

A ré, nas razões do recurso de apelação por essa interposto, parece compreender as identidades trans como integrantes de experiências homoafetivas. Nesse sentido, afirma: “a apelante [ré] considera louvável e necessárias as mudanças que estão ocorrendo em relação ao reconhecimento de relações homoafetivas no que concerne a casamento, sucessão, adoção, etc., todavia o direito a intimidade e a privacidade de terceiros deve ser preservado” (BEIRAMAR, 2010b). De modo semelhante é a manifestação do NPJ/CESUC, nos embargos de declaração opostos, ao afirmar que “a opção sexual é um direito de qualquer ser humano e o seu desrespeito não pode ser tratado como um fato cotidiano e normal. Um heterossexual, no caso dos autos, não teria sofrido problema algum. Todo o transtorno ocorreu por preconceito com a autora” (AMA, 2012a, p. 8)⁸³.

Lado outro, o parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República (2015, p. 21) articula a distinção entre “orientação sexual” e “identidade de gênero”, afirmando que o que é pertinente à discussão dos autos seria esta (identidade de gênero) e não aquela (orientação sexual). Essa compreensão também é exarada pelo parecer apresentado por CLAM e LIDIS (2015, p. 3), distinguindo ambas as questões.

Cumprido, assim, discorrer sobre a temática. Nesse sentido, Jesus (2012) igualmente separa o problema da identidade de gênero, daquele afeto à sexualidade⁸⁴. Desse modo, enquanto o “gênero se refere a formas de se identificar e ser identificada como homem ou mulher”, a “orientação sexual se refere à atração afetivossexual por alguém de algum/ns gênero/s” (JESUS, 2012, p. 12). Em virtude disso, uma dimensão não dependeria, necessariamente, da outra, de modo que uma pessoa trans poderia expressar as mais diversas orientações sexuais: bissexual, heterossexual ou homossexual, etc. (JESUS, 2012, p. 12). Tal fato seria comprovado pelas experiências relatadas por Bento (2014) em sua pesquisa de campo, em que chega a ter contato, dentre outras, com transexuais femininas lésbicas, ou seja, mulheres transexuais que se sentem sexualmente atraídas por mulheres (indivíduos do gênero feminino). Assim, defende a “necessidade de se interpretar a identidade de gênero, a

⁸³ Nas razões ao recurso especial interposto, o NPJ/CESUSC reconhece que a identidade trans independe da condição sexual, que poderia ser homossexual ou heterossexual (AMA, 2012b, p. 11), orientação repetida nas razões do agravo contra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário aviado (AMA, 2013).

⁸⁴ A mesma postura é adotada por Campos (2016, p. 480): “identidade de gênero e orientação sexual são conceitos distintos. O primeiro diz respeito à identificação da própria pessoa: como se sente, com que gênero se identifica (e, nesse sentido, pode ser também não-binário, isto é, não se identificar como homem, nem como mulher). O segundo conceito diz respeito à atração afetivo-sexual”.

sexualidade, a subjetividade e o corpo como modalidades relativamente independentes no processo de construção das identidades” (BENTO, 2014, p. 26).

Desse modo, uma advertência a ser realizada é a de que, caso uma mulher transexual tenha atração afetiva e sexual por homens, a distinção preconizada entre identidade de gênero e orientação sexual permite concluir que se trata de uma mulher heterossexual, e não homossexual. Entender de modo contrário seria negar a importância do destaque singular recentemente dado às questões afetas à identidade de gênero como um tema distinto da orientação sexual. Tal compreensão é necessária, para melhor trabalhar a atual situação social excludente das identidades trans, visto que permite identificar que o problema se situa nas normas de gênero.

Entretanto, referida separação não pode ser estabelecida de forma rígida. Primeiro porque, de acordo com Bento (2014), amparada em Butler, a patologização das identidades trans, de acordo com o dispositivo da transexualidade⁸⁵, pressuporia uma heterossexualidade obrigatória (ou seja, se aproxima do debate sobre a sexualidade).

Assim, pensar a existência de uma diferença sexual natural (corpos-homem e corpos-mulher, complementares) seria, para Butler, adotar um pressuposto heterossexista para a descrição dos gêneros⁸⁶ (BENTO, 2014, p. 90-91), de forma que a heterossexualidade constituiria a matriz que confere sentido às distinções entre os sexos (BENTO, 2014, p. 105). Nesse sentido, sendo o próprio corpo uma construção histórica, a diferenciação entre corpos-homem e corpos-mulher é fruto dessa matriz heterossexual atuante (BENTO, 2014, p. 105). E, como a compreensão das identidades trans como algo anormal, desviante, depende desse dimorfismo sexual, conforme já apontado, a questão da identidade de gênero passa a se relacionar, indiretamente, à heterossexualidade pressuposta por essa distinção. Ademais, poder-se-ia imaginar a própria intervenção médica nos/nas transexuais como uma forma de “restabelecer a heterossexualidade supostamente perdida ou ameaçada”, de modo que “a equipe médica opera [...] efetuando a manutenção do dimorfismo dos gêneros, considerado como natural, sempre na busca de afastar as ambigüidades” (PEREIRA, 2006, p. 471).

⁸⁵ O dispositivo da transexualidade seria “o conjunto de práticas e discursos que atuam sobre os corpos e almas dos transexuais, regulando-os” (PEREIRA, 2006, p. 471).

⁸⁶ De modo semelhante, Ventura (2010, p. 13) destaca a atuação da matriz heterossexual na construção do dimorfismo sexual, que permite o surgimento das identidades trans: “esse sistema sexo-gênero, que se fundamenta em uma base biológica e na diferença sexual, estabelece, ainda, combinações entre seus elementos a partir de uma matriz binária heterossexual que determina a complementaridade ‘natural’ dos sexos opostos e se converte em um sistema regulador da sexualidade dos sujeitos”.

Portanto, a exigência de uma linearidade entre sexo genital, gênero, desejo e práticas sexuais decorreria desse pressuposto heteronormativo (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 572).

Lado outro, por outra razão não se poderia tomar os domínios da identidade de gênero e da orientação sexual, no âmbito das experiências trans, como algo absolutamente apartado. Desse modo, embora não sem tensões e embates – conforme demonstram Bento (2014) e Carvalho (2011) –, politicamente os movimentos trans se unem a lutas de seguimentos de gays, lésbicas e bissexuais, não obstante a dificuldade na construção de uma identidade coletiva⁸⁷ e pautas comuns ao grupo.

3.3.6 A autonomia privada do estabelecimento

Segundo a ré, a conduta adotada por seus funcionários seria lícita, posto que essa estaria resguardada por sua autonomia privada. Nos termos das alegações finais apresentada, “trata-se o Beiramar Shopping de um empreendimento privado, de forma que a (sic) sua administração cabe disciplinar a utilização de suas dependências, respeitados os ditames legais” (BEIRAMAR, 2010a).

Caso se trabalhe com uma concepção ampla de autonomia privada, como a adotada por Sarmiento (2010, p. 142), segundo a qual essa não se resumiria à autonomia negocial, o poder de gerência e administração da ré, na ocasião, seria capaz, a princípio, de se circunscrever no âmbito desse direito fundamental. Entretanto, cabe cogitar da possibilidade de a atuação, na espécie, constituir abuso de direito (art. 187, CC/02), resultando no dever de indenizar (art. 927, CC/02).

Desse modo, percebe-se, na hipótese, uma tensão entre a autonomia privada da ré e direitos fundamentais da autora (dentre outros, o direito à igualdade – art. 5º, *caput*, CRFB/88). Conforme anteriormente, essa problemática está na base das discussões sobre a possibilidade do reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como o equacionamento dessa constitui a indagação central para aplicação prática de tais direitos entre particulares.

Assim, cumpre refletir sobre o modo de se tentar solucionar a tensão, acima verificada, a partir das teses doutrinárias expostas no segundo capítulo do presente trabalho. Para tanto, urge retomar, de forma breve, as digressões dos juristas então mencionados.

⁸⁷ Bento (2014, p. 97-98) expõe, indo um pouco mais além, os problemas de se falar em identidades coletivas no marco de uma perspectiva *queer*, pautada na multiplicidade e fluidez das identidades; entretanto, parece aceitar sua utilização como recurso tático-operacional.

Nesse sentido, para Sarlet (2000), considerando a não homogeneidade das normas de direitos fundamentais, as soluções adotadas no âmbito dessas tensões com a autonomia não deveriam ser uniformes, necessitando-se de uma análise tópico-sistemática, em que se verificariam os dados do caso concreto e as espécies de direitos em conflito. Ao final, portanto, o problema seria resolvido sempre na forma de uma ponderação de valores, semelhante às situações de colisão entre direitos fundamentais de titulares diversos (SARLET, 2000).

Dito isso, percebe-se que, embora Sarlet se refira à ponderação como método para a solução dessas tensões, considerando, inclusive, as peculiaridades de cada situação posta, as reflexões em questão não são suficientes, por si só, para a resolução do problema identificado no caso do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, posto não oferecer critérios materiais para a realização dessa ponderação. Entretanto, há algo de positivo a se extrair dessas reflexões, em relação ao feito analisado: a decisão adotada, para as hipóteses de vinculação dos particulares a direitos fundamentais, não pode ser uniforme, dada a multiplicidade das espécies de direitos. Isso permitiria, assim, a construção de uma solução diferenciada quando do trato do direito à igualdade.

Demais disso, cumpre discorrer a respeito das digressões realizadas por Sarmento (2010). Para esse jurista, a tensão entre a autonomia privada e os direitos fundamentais também seria resolvida mediante a realização de uma ponderação (SARMENTO, 2010). Ocorre que, para tentar transformar esse procedimento em algo racionalmente controlável, Sarmento (2010) elabora alguns *standards*.

Dentre esses, menciona-se as situações de desigualdade fática entre os indivíduos: nessas, por se pressupor um óbice ao real exercício da liberdade por parte do sujeito considerado hipossuficiente, tal fator seria inserido no processo de ponderação, de modo a que o peso relativo da autonomia privada seria menor na espécie – o que significaria a valorização desta, e não o seu abandono (SARMENTO, 2000). Ademais, Sarmento (2000) distingue as liberdades de cunho existencial das de caráter econômico-patrimonial, concluindo que o peso relativo da autonomia privada seria maior (posição preferencial) quando se trata de liberdades existenciais, se comparadas às liberdades de cunho econômico-patrimonial, visto que aquelas possuem uma estreita conexão com a ideia de vida digna.

Igualmente, os ensinamentos apontados por Sarmento não fornecem o critério material para a realização da ponderação determinada, embora ofereça um parâmetro (em suas palavras, um *standard*) que se aproxime disso: a diferença entre as liberdades existenciais e as de cunho econômico-patrimonial, aceitando-se uma restrição maior da autonomia privada

quando aquelas são afetadas⁸⁸. Isso porque, conforme será trabalhado ao longo do presente trabalho, não apenas a igualdade de Ama é afetada por tal prática discriminatória, mas também a sua identidade de gênero, direito da personalidade relacionado à sua autonomia privada⁸⁹ (GONÇALVES, 2014) – contraposta à autonomia gerencial do estabelecimento, de natureza econômico-patrimonial.

Para Steinmetz (2004), a seu turno, o princípio da proporcionalidade seria a ferramenta adequada para a realização da ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, em determinada controvérsia envolvendo a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Para auxiliar na aplicação desse instrumento, referido jurista acresce a figura das precedências *prima facie* (STEINMETZ, 2004).

Num plano normativo, aduz que os direitos fundamentais seriam dotados de uma posição preferencial na ordem constitucional brasileira, constituindo especificações dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade (STEINMETZ, 2004). Ademais, em um plano analítico, distingue os direitos fundamentais de conteúdo pessoal dos de conteúdo patrimonial, de modo que aqueles, por possuírem uma importância ampla para a definição – bem como o desenvolvimento – do indivíduo, como pessoa livre e autônoma, teriam um peso maior do que estes (STEINMETZ, 2004). Do ponto de vista empírico, afirma que é necessário avaliar a qualidade da manifestação de vontade efetivada pelo sujeito que se submetera a uma restrição a direito fundamental, análise essa que não se resume a aspectos econômicos, reportando-se à ideia ampla de relações de poderes capazes de influir no relacionamento entre particulares (STEINMETZ, 2004).

Dito isso, Steinmetz (2004) formula tais precedências *prima facie* embora se reporte a relações contratuais. Em resumo, apenas nas situações de igualdade fática, envolvendo direitos fundamentais de conteúdo patrimonial, a autonomia privada seria dotada de uma precedência *prima facie*; nos casos em que está presente um direito fundamental individual de conteúdo pessoal, esse seria dotado dessa primazia (STEINMETZ, 2004).

⁸⁸ Ressalte-se que Gonçalves (2014, p. 130-131) anota uma tendência, no âmbito do sistema jurídico, a paulatinamente se restringir a autonomia patrimonial, enquanto se amplia a autonomia existencial.

⁸⁹ A articulação do argumento da igualdade com o da liberdade, em prol da proteção das pessoas trans, é importante não só porque ambas não podem ser compreendidas como algo apartado – reitere-se, por exemplo, que, segundo Honneth (2014), a igualdade seria um ideal valorizado em razão da liberdade, de forma a garantir a todos as mesmas possibilidades de autorrealização individual –, mas, também, porque utilizar a ideia de autonomia privada desses indivíduos permite evitar estratégias pautadas na leitura das experiências trans como uma patologia (SUIAMA, 2011, p. 191). Sobre como a ideia de autonomia é aplicada à vivência das identidades trans, ver 3.8.2, do presente trabalho.

Apesar disso, ressalta que essa tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais, quando compreende o princípio da igualdade – como é a hipótese do caso sob análise –, necessita de algumas considerações dogmáticas específicas (STEINMETZ, 2004). Sendo ilícito um tratamento discriminatório, o trato diferenciado exige uma justificativa racional, o que atrairia, novamente, a aplicação do princípio da proporcionalidade (STEINMETZ, 2004). Caso a finalidade perseguida com a conduta respectiva seja inconstitucional, de plano se resolve a questão; posteriormente, verifica-se se a diferenciação é adequada ao fim almejado; se o meio adotado é exigível; e a proporcionalidade em sentido estrito entre o grau de afetação e realização dos direitos e bens constitucionais respectivos (STEINMETZ, 2004). Na hipótese de uma falha em alguma etapa desse teste, tal tratamento deve ser reputado contrário à CRFB/88.

Apesar das considerações realizadas, tal jurista afirma que a isonomia incidiria, no âmbito privado, de modo distinto de como o faz quando se trata de situação envolvendo o Estado, visto que não se poderia exigir, sempre, o oferecimento de justificações racionais para todas as condutas dos indivíduos, sob pena de ruptura com a autonomia privada, o que importaria a ponderação – mediante a utilização do já ressaltado princípio da proporcionalidade – da igualdade com a autonomia privada, reconhecendo-se, contudo, uma precedência *prima facie* àquela (STEINMETZ, 2004). Ademais, destaca-se que, para Steinmetz (2004), a ausência de lei disciplinando a proibição da discriminação, exceto no que tange à matéria penal, não constitui óbice à aplicação do princípio da igualdade nas relações particulares.

Aqui, também se julga que são insuficientes as considerações de Steinmetz, posto que ausente uma compreensão mais profunda sobre a forma de se atribuir pesos relativos à igualdade, quando diante de uma conduta privada que trata indivíduos de formas distintas, para realização da ponderação sugerida pelo jurista. Apesar disso, ressalta-se, como pontos positivos nas construções de Steinmetz, para a situação em análise, a distinção efetivada entre liberdades de conteúdo pessoal e as de conteúdo patrimonial; o reconhecimento de que é necessário realizar digressões dogmáticas específicas para o princípio da igualdade; a desnecessidade da existência de leis específicas para a aplicação do princípio da igualdade, na coibição de práticas discriminatórias; bem como a adoção de uma concepção ampla de “igualdade fática”, que não a restringe apenas a questões econômico-patrimoniais, mas a estende a quaisquer outros tipos de relações de poder.

De acordo com Silva (2005), por sua vez, a autonomia privada seria um princípio formal, que atribuiria um espectro de competência decisória aos indivíduos, ressaltando que a tensão já referida não poderia ser resolvida mediante um sopesamento, por ausência de

critérios de ponderação. Apesar disso, a compreensão dos direitos fundamentais como princípios, em sua maioria, permitiria perceber que as normas de direito privado (e, nesse âmbito, a autonomia privada) seriam condicionantes jurídicas à máxima efetividade daqueles (SILVA, 2005). Enquanto os direitos fundamentais, em casos tais, pressionariam a tensão em questão em prol da intervenção estatal, a autonomia privada, enquanto princípio formal, tenderia a ter o efeito oposto, validando a atuação interindividual (SILVA, 2005). Não sendo possível a realização de uma ponderação, na espécie, o que se faz é verificar em quais casos a autonomia privada deve ser dotada de maior respeito, buscando a valoração da importância dessa a cada situação concreta (SILVA, 2005).

Para que essa avaliação seja efetivada, Silva (2005) destaca o critério de observação do grau real da autonomia dos sujeitos, analisado em cada caso específico, ante a possibilidade de se estar diante de uma relação assimétrica (em casos de simetria, deve-se reconhecer uma precedência *prima facie* à autonomia privada). Por fim, ressalte-se que tal jurista reconhece a possibilidade de uma colisão de direitos fundamentais, entre sujeitos privados, que não envolva o princípio da autonomia privada, nem sequer uma relação contratual (SILVA, 2005).

De forma semelhante à análise empreendida a partir das demais teses encontradas na doutrina nacional, a respeito da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, as considerações de Silva não permitem, por si só, resolver de forma adequada o caso versado no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, posto que não bastantes para a avaliação de uma valoração da autonomia privada na situação. Contudo, as construções teóricas desse jurista são precisas ao reconhecer a possibilidade de uma tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais não apenas no âmbito contratual – como é a hipótese ora debatida –, bem como a colisão de direitos fundamentais de particulares, não incluída a figura da autonomia privada.

Na doutrina de Duque (2013), por sua vez, afirma-se que parcela dos direitos fundamentais estaria relacionada à proteção da personalidade humana, de um modo geral – enquanto outros não, como a liberdade de concorrência –, o que culminaria na impossibilidade de se encontrar uma fórmula geral para a aplicação desses direitos entre particulares. Embora em referências às relações contratuais, notadamente às relações de consumo, aduz a necessidade de se perquirir sobre a existência das condições da liberdade ao contratar, ou seja, as garantias para que se possa falar numa vinculação verdadeiramente livre por parte dos sujeitos (DUQUE, 2013). Não se tratando de uma atuação em liberdade, nesse sentido, possível seria cogitar de uma intervenção estatal em prol dos direitos fundamentais, para garantir o livre desenvolvimento da personalidade (DUQUE, 2013).

Como regra geral, entretanto, para resolver as hipóteses de tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais, compreende que uma intermediação legislativa seria necessária, reconhecendo um dever ao poder público de resguardar os indivíduos de violações a direitos de tal tipo, ainda quando avindas de outros atores privados (DUQUE, 2013). Ao legislador caberia, precipuamente, um espaço de conformação, para o exercício dessa função de proteção (DUQUE, 2013).

A partir dessas considerações, nota-se que não é possível perceber, nessa perspectiva, de que forma o livre desenvolvimento da personalidade poderia ser afetado pelas práticas discriminatórias, não servindo essas construções teóricas, portanto, para, *per se*, resolver, de modo adequado, o caso dos autos analisados. Apesar disso, crê-se na importância do critério básico mencionado por Duque para se avaliar a legitimidade da intervenção estatal nas relações privadas: a preservação do livre desenvolvimento da personalidade dos particulares⁹⁰. Isso porque, conforme Gonçalves (2014), a identidade de gênero consubstanciaria um bem que comporia a personalidade individual.

Desse modo, observa-se que as teses da doutrina nacional, abordadas no segundo capítulo do presente trabalho, embora possam contribuir, de algum modo, para ressaltar aspectos relevantes para a solução do caso versado no Recurso Extraordinário nº 845-779-SC, são insuficientes para, de forma autônoma, oferecer uma resposta adequada à situação. Nesse sentido, a referência à utilização da ponderação – por exemplo –, por si só, não possibilita perceber que a negativa de acesso ao banheiro é uma intervenção intensa na identidade de gênero e na autonomia das pessoas trans.

Poder-se-ia objetar, à constatação aqui efetivada, que, em se tratando de qualquer direito fundamental, no âmbito da tensão com a autonomia privada – e não apenas quando a hipótese versar sobre o princípio da igualdade –, as teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais entre particulares necessitariam de um complemento, relativo à dogmática específica do direito respectivo. Contudo, acredita-se, que, quando se trata de condutas discriminatórias reiteradas, não apenas considerações peculiares sobre a isonomia são imprescindíveis, mas também uma análise de teoria social sobre os efeitos que essas práticas possuem nos indivíduos prejudicados.

Assim, a doutrina nacional exposta no presente trabalho seria insuficiente para lidar com o caso do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, não apenas porque não prescindem de

⁹⁰ Destaque-se, contudo, que a conexão entre o livre desenvolvimento da personalidade e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais fora efetivada, por Duque (2013), no tocante às relações contratuais, notadamente as de consumo.

considerações dogmáticas adicionais sobre o princípio da igualdade, mas também porque podem implicar o encobrimento do que é mais importante na ocasião – o efeito perverso que a conduta da ré, principalmente se compreendida como algo reiterado no âmbito da sociedade, possui ao procedimento de formação da identidade individual de Ama. Esses danos, contudo, são visualizados de modo adequado a partir das reflexões empreendidas por Axel Honneth, sobre a categoria do reconhecimento, ressaltadas no presente estudo.

3.4 O Tribunal de Justiça de Santa Catarina

3.4.1 A sentença – juízo de primeiro grau

Em primeira instância, quanto àquilo pertinente a este trabalho, afirmou o juiz singular que o fato de a autora ostentar a condição de transexual não seria motivo para ser alvo de atos discriminatórios, como os que teriam sido perpetrados por funcionários da ré. Assim, caracteriza as condutas mencionadas e provadas nos autos como uma situação com tal conteúdo (discriminatório).

Rejeitando o argumento formulado pela ré, no sentido de que a autora não poderia utilizar o banheiro feminino, posto que isso ocasionaria constrangimento para as mulheres ali presentes, afirmou que os lavabos presentes no banheiro feminino seriam individuais e fechados. Destacou que, em verdade, o que geraria constrangimentos seria Ama utilizar o banheiro masculino. Ressaltou, ademais, que a situação humilhante acarretara, inclusive, o fato de ter Ama defecado nas próprias vestes.

Discorrendo sobre o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88), bem como o princípio da igualdade, que caracterizou como uma das manifestações daquele, afirmou, com apoio em Maria Celina Bondin de Moraes⁹¹, que os tratamentos discriminatórios – diferenciações sem fundamentação jurídica – seriam uma violação à igualdade, dando ensejo a dano moral. Assim, por reconhecer que a conduta dos funcionários da ré teria caracterizado um tratamento discriminatório a Ama, condenou aquela ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) (SANTA CATARINA, 2010).

⁹¹ “A forma de violação por excelência do direito à igualdade, ensejadora de dano moral, traduz-se na prática de tratamentos discriminatórios, isto é, em proceder a diferenciações sem fundamentação jurídica (*ratio*), sejam elas baseadas em sexo, raça, credo, orientação sexual, nacionalidade, classe social, idade, doença, dentre outras” (MORAES, [20-?], p. 90 apud SANTA CATARINA, 2010).

3.4.2 O acórdão na apelação – Terceira Câmara de Direito Civil do TJSC

O TJSC, por intermédio de sua Terceira Câmara de Direito Civil, afirmou que, embora o caso tratasse de relação de consumo, esse simples fato não implicaria que a situação descrita, quanto à negativa de uso do banheiro feminino, se enquadra na figura do defeito ou fato do serviço, prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque o serviço apenas poderia ser considerado defeituoso caso houvesse ofensa ao dever de segurança, o que não era a hipótese. Em razão disso, os magistrados afastaram a aplicação da modalidade objetiva de responsabilidade civil na espécie, aplicando a subjetiva.

Desse modo, seria ônus da autora provar os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva. Na ocasião, julgou-se não haver prova contundente de conduta reprovável praticada pelos funcionários da ré, posto que nos autos não restaria provado que a abordagem realizada teria sido fruto de discriminação em razão da identidade transexual de Ama, tampouco de que essa teria se dado de forma rude ou agressiva. Assim, afastou-se a caracterização de qualquer conduta culposa do agente.

Ademais, além de negar a presença de um dos pressupostos da responsabilidade civil em sua matriz subjetiva, a Terceira Câmara de Direito Civil do TJSC ainda consignou que o fato, embora lamentável, não corresponderia a uma lesão a direito da personalidade, mas mero incômodo ou aborrecimento, não extrapolando os limites do razoável. Ante tais fundamentos, dera provimento ao apelo da ré, reformando a sentença, a fim de julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais, considerando prejudicado o recurso de Ama, no sentido de pleitear a majoração do valor da condenação fixado em primeira instância (SANTA CATARINA, 2012a).

3.5 O reconhecimento da repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC

3.5.1 Percurso processual anterior

Após o acórdão proferido pelo TJSC em sede de recurso de apelação, a parte autora opôs embargos de declaração, rejeitados pela Terceira Câmara de Direito Civil desse tribunal (SANTA CATARINA, 2012b). Contra essa decisão, Ama interpôs recurso especial e recurso

extraordinário⁹², simultaneamente. Rejeitados ambos os recursos pela 3ª Vice-Presidência do TJSC, em juízo prévio de admissibilidade (SANTA CATARINA, 2013a, 2013b), fora necessária a interposição de agravo nos próprios autos para que a admissibilidade fosse submetida à apreciação do STJ e do STF, respectivamente.

No âmbito do STJ, decisão monocrática do relator, na Terceira Turma, negara seguimento ao recurso (BRASIL, 2013a). Interposto agravo contra essa decisão, o colegiado respectivo mantivera tal decisão (BRASIL, 2014a). Assim, os autos seguiram para o STF, para a apreciação do agravo interposto contra a decisão do TJSC que negara seguimento ao recurso extraordinário.

3.5.2 A existência de repercussão geral

Dado provimento ao agravo anteriormente mencionado, pelo Min. Relator Barroso, e, desse modo, determinado o processamento do recurso extraordinário (BRASIL, 2014d), o STF, por maioria, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional, vencidos os Min. Marco Aurélio e Teori Zavascki, não tendo se manifestado, na ocasião, os Min. Gilmar Mendes e Cármen Lúcia (BRASIL, 2014c). Nos termos da ementa do acórdão, a questão posta para debate restou assim consignada:

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 (BRASIL, 2014c).

No voto condutor do acórdão, o Min. Relator Barroso salienta que a questão jurídica em questão “consiste em saber se a abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu se configura ou não conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade, indenizável a título de dano moral” (BRASIL, 2014c, p. 7). Ressaltou que, não obstante o STF já ter negado o reconhecimento de repercussão geral a outros casos versando sobre danos morais, na situação específica em comento haveria algo qualitativamente distinto, qual seja, o caso envolveria “a projeção social da identidade sexual

⁹² Nas razões ao recurso extraordinário interposto, o NPI/CESUSC alegou, como argumentação principal, que o acórdão do TJSC violou os arts. 1º, III e 5º, V, X, XXXII, CRFB/88; em razão do princípio da eventualidade, aduziu, de modo subsidiário, a violação aos arts. 5º, LIV e LV e 93, CRFB/88 (AMA, 2012c).

do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade (CRFB/88, arts. 1º, III, e 5º, V e X)” (BRASIL, 2014c, p. 8).

Assim, do ponto de vista social e jurídico, a repercussão geral se faria presente pelos seguintes argumentos: a essencialidade do tema, por versar sobre a definição do alcance de direitos fundamentais, notadamente dos que se referem a minorias; não se tratar de um caso isolado, por ser uma situação que ocorreria corriqueiramente, motivo pelo qual seria uma oportunidade para o STF definir o padrão de conduta adequado nessas ocasiões, ultrapassando os interesses subjetivos da causa; haveria necessidade de o STF definir o “conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual”, notadamente em se considerando a também repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 670.422, versando sobre a retificação do nome e do gênero sexual no registro civil de indivíduos transexuais (BRASIL, 2014c, p.8-9).

3.6 O parecer da Procuradoria-Geral da República

3.6.1 Teses do parecer apresentado

De acordo com o parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República, como modo geral, constitui um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, em decorrência do que prevê o art. 3º, IV, CRFB/88, bem como estaria estabelecido constitucionalmente a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I, CRFB/88). Embora a identidade de gênero e a orientação sexual não estejam dispostas expressamente no texto constitucional como fatores de discriminação, o Brasil teria aderido à Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, documentos internacionais que trariam previsões nesse sentido⁹³.

Inserida no âmbito das medidas adotadas no sentido de cumprir com tais obrigações jurídicas, e que constituiriam avanços em relação à população LGBTT, o parecer cita a edição, em 16 de janeiro de 2015, da Resolução 12, do Conselho Nacional de Combate à

⁹³ O parecer também menciona a aprovação, com a participação do Brasil, da Resolução 17/19, em 2011, durante a 17ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, que abordaria a questão da identidade de gênero. Igualmente, em 2013, no âmbito da 43ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, o Brasil teria assinado a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, embora ainda não teria sido ratificada, à data do parecer. Destacou-se, também, alguns avanços em termos de direitos à população LGBTT, em território nacional, notadamente pela via judicial ou mediante normas administrativas (PGR, 2015, p. 10-15).

Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais, que teria por objetivo garantir o acesso e permanência das travestis e dos/das transexuais em diferentes espaços sociais. Dentre as recomendações constantes na mencionada resolução, o art. 6º prevê a garantia do uso do banheiro conforme a identidade de gênero de cada um.

Amparado em Axel Honneth, afirma-se que essas práticas cotidianas que feririam as pretensões individuais dos indivíduos LGBTTT não implicariam apenas em uma violação à autonomia pessoal, mas, também, o surgimento de um sentimento de exclusão dos convívios social, jurídico e moral, incentivando à mobilização, na busca tanto pela reparação judicial, quando pelo reconhecimento de seu direito. Não obstante isso, as pessoas trans passariam frequentemente por situações de tal tipo, em espaços coletivos, comumente em virtude do argumento de que ocasionariam constrangimento aos demais sujeitos.

Na visão expressa pela Procuradoria-Geral da República, contudo, o constrangimento deveria ser analisado a partir da perspectiva dos sujeitos trans, comumente contrariados no que se refere ao reconhecimento do gênero autoidentificado. Restando a atuação do Poder Judiciário, muitas vezes, como a única possibilidade para buscar a reparação em situações como a sob análise, o parecer caracteriza a prestação jurisdicional, na espécie, como uma forma de ação afirmativa⁹⁴, em prol de uma minoria.

Ressaltando tal necessidade de atuação judicial, compreende a negativa de acesso ao banheiro conforme ao gênero que a autora se identifica como uma prática que gera dano moral. Nos dizeres da peça apresentada, “impedir o uso do banheiro feminino é o mesmo que negar, individual e socialmente, a identidade feminina da recorrente [Ama], violando-se, assim, o seu direito a uma vida digna” (PGR, 2015, p. 23).

Desse modo, a autodefinição da identidade de gênero consistiria uma parte essencial da personalidade dos sujeitos, sendo aspecto básico de sua autodeterminação, liberdade e dignidade. Aqui, percebe-se a incidência de um direito à identidade.

Lado outro, o caso também envolveria o direito ao reconhecimento, definido no parecer como o “direito à manutenção da identidade pessoal e ao reconhecimento dos direitos a ela inerentes” (PGR, 2015, p. 25), presente nos Princípios de Yogyakarta⁹⁵. Assim, tal direito prescreveria a necessidade de se respeitar (reconhecer) a escolha do banheiro a ser utilizado, por uma questão de identidade do sujeito trans.

⁹⁴ O parecer caracteriza as ações afirmativas como “o conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais” (PGR, 2015, p. 19).

⁹⁵ Tratar-se-á dos Princípios de Yogyakarta mais adiante.

Apesar disso, entendeu-se razoável a exigência de um mínimo de expressão do gênero assimilado, de modo a permitir a verificação da presença dessa vontade de identificação individual e social, não se presumindo a ocorrência de dano em caso contrário. Igualmente, a pretensão jurídica de utilizar o banheiro do gênero de acordo com o qual se está travestido deveria ser reconhecida apenas aos que possuem uma vivência de gênero por identidade, não aos por funcionalidade⁹⁶ – visto que, nesta hipótese, não há demanda por reconhecimento, por não incluir a busca pela identidade. No caso em apreço, a parte autora, de fato, possuiria uma vivência de gênero por identidade.

Ademais, o respeito à identidade de gênero seria uma parte especial do direito à igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, CRFB/88), bem como do direito a não discriminação. Sob outro viés, o uso do banheiro, na hipótese, também decorreria do direito à segurança pessoal da autora, visto que usar o banheiro do gênero distinto ao qual se expressa socialmente acarreta riscos à própria incolumidade física e moral. A nível constitucional, afirma-se que a segurança está prevista como valor supremo no preâmbulo desse documento normativo, bem como na forma de um direito social (art. 6º, CRFB/88) e como dever do Estado (art. 144, CRFB/88).

Sob outro ângulo, a pretensão da autora também estaria amparada no direito a recursos jurídicos e medidas corretivas, no tocante à situação. Referido direito estaria previsto nos princípios 28 e 29 de Yogyakarta.

Assim, a Procuradoria-Geral da República conclui o parecer pela necessidade de dar provimento ao recurso extraordinário, reformando-se o acórdão atacado, a fim de reconhecer o direito à indenização pelo dano moral sofrido por Ama. Quanto à tese geral a ser fixada, visto que se trata de recurso submetido ao regime da repercussão geral, propôs-se a seguinte:

não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal (PGR, 2015, p. 50).

Ressaltado isso, cumpre passar a maiores considerações a respeito do parecer em comento.

⁹⁶ Sobre a distinção entre essas duas possibilidades, tal será visto adiante.

3.6.2 Igualdade e discriminação

De acordo com o parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República (2015, p. 34), a faculdade de uma pessoa de utilizar o banheiro feminino estaria relacionada ao conteúdo essencial do direito de igualdade, bem como com a proibição à discriminação direta e indireta por motivo de identidade de gênero. O argumento da igualdade também é articulado pelo NPI/CESUSC, na petição inicial (distinguindo as concepções formal e material da igualdade) (AMA, 2009b, p. 11) e nas razões do recurso inominado interposto (referenciando o art. 5º, *caput*, da CRFB/88, bem como o art. 3º, I e IV, CRFB/88) (AMA, 2010b, p. 4), dentre outras manifestações.

O parecer apresentado conjuntamente por CLAM e LIDIS, por sua vez, também se ampara no direito à igualdade, para concluir pela necessidade de indenizar a autora, na ocasião. Nesse sentido, a partir de uma concepção material de igualdade, aduz que a desigualdade estrutural entre os sujeitos e grupos pode se revelar tanto sob o aspecto socioeconômico quanto sob a ótica do reconhecimento⁹⁷, esta última adotada pelos *amici curiae* para a análise da situação (CLAM; LIDIS, 2015, p. 18).

Ao seu turno, o voto proferido pelo Min. Barroso afirma que a igualdade, no mundo contemporâneo, se expressaria em três dimensões: a igualdade formal, a igualdade material e a igualdade como reconhecimento (BRASIL, 2015e). Esta significaria o respeito que se deve às minorias, sua identidade e diferenças, sendo que a injustiça a ela relacionada seria de caráter cultural ou simbólico⁹⁸ (BRASIL, 2015e).

O uso do argumento da igualdade também é reproduzido nos memoriais apresentados pela ABGLT e pelo GADvS (2015, p. 4), salientando sua perspectiva material – na acepção de igualdade como reconhecimento (direito à diferença) –, amparados em Boaventura de Sousa Santos, de modo a afirmar que “as pessoas têm o direito à igualdade quando a diferença as inferioriza e – naquilo que é relevante ao caso – o direito à diferença quando a igualdade as descaracteriza”. Assim, concluem que

descaracteriza a identidade de gênero das pessoas trans tratá-las com “igualdade” relativamente a pessoas de seu “sexo biológico”, pois elas se caracterizam

⁹⁷ Maiores considerações sobre a ideia de reconhecimento serão efetuadas posteriormente. Por ora, ressalte-se que o parecer do CLAM e do LIDIS (2015) discute a questão notadamente a partir da perspectiva do direito à igual consideração e respeito por parte do Estado, formulada por Ronald Dworkin, não obstante algumas referências a autores como Charles Taylor, Iris Marion Young e Axel Honneth em notas de rodapé na petição.

⁹⁸ No voto apresentado, as principais referências teóricas utilizadas pelo Min. Barroso são Nancy Fraser e Boaventura de Sousa Santos.

justamente por transgredirem as normas de gênero socialmente impostas para se adequar ao seu íntimo (ABGLT; GADVS, 2015, p. 4).

Do exposto, percebe-se que parcela considerável dos atores no processo judicial em comento compreende que o caso *sub judice* envolve os contornos do direito à igualdade, o que se entende aqui adequado. Comumente realizam uma distinção entre concepções – ou acepções – da igualdade, ora distinguindo uma concepção formal de uma material, ora acrescentando uma concepção de igualdade enquanto reconhecimento e direito à diferença, como uma noção autônoma ou não da acepção material da igualdade.

Doutrinariamente, afirma-se que há um direito geral de igualdade (no caso brasileiro, previsto no art. 5º, *caput*, CRFB/88), bem como direitos de igualdade específicos (como o que veda a diferença de salários, exercício de funções e critérios de admissão em virtude de razões ligadas ao sexo, idade, cor ou estado civil – art. 7º, XXX, CRFB/88) (GONÇALVES, 2014, p. 139; STEINMETZ, 2004, p. 235). No tocante a não discriminação, ressaltam Bamforth, Malik e O’Cinneide (2008) que é comum aduzir uma conexão entre o combate a tais práticas e o direito à igualdade. No âmbito da CRFB/88, a regra geral que veda a discriminação, dentre outros dispositivos, está expressa no objetivo fundamental do Estado brasileiro de promover o bem de todos, sem preconceitos discriminatórios (art. 3º, IV), bem como na determinação do estabelecimento de leis para sua punição (art. 5º, XLI).

Assim, quanto às diferentes acepções do direito à igualdade, Piovesan (2014, p. 311) afirma que a igualdade formal se resumiria à fórmula da igualdade de todos perante a lei, enquanto a igualdade material (substantiva), por sua vez, rompendo com uma visão universal e abstrata dos sujeitos, visaria observar as especificidades e diferenças entre os indivíduos (PIOVESAN, 2014, p. 313)⁹⁹. Desse modo, destaca que a concepção material de igualdade decorreria de um processo de especificação dos sujeitos, em que se observa o “sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações” (PIOVESAN, 2014, p. 313), ou seja, historicamente situado, considerando suas caracterizações no que tange a gênero, idade, etnia, raça, entre outras.

Tal procedimento teria permitido, assim, ao lado de um sistema geral de proteção dos indivíduos, ante violações da igualdade, a adoção de sistemas especiais, tendo por objeto as peculiaridades de alguns sujeitos vulneráveis (PIOVESAN, 2014, p. 314). No âmbito da CRFB/88, essa tendência poderia ser percebida pela destinação de capítulos específicos

⁹⁹ Sobre a construção histórica das concepções formal e material da igualdade, ver Cruz (2005, cap. 1).

voltados à proteção da criança, do adolescente, do idoso, dos índios, dentre outros (PIOVESAN, 2014, p. 314).

Desse modo, tal concepção reconstruída de igualdade requer, conforme Piovesan (2014, p. 315), duas estratégias para sua implementação, que devem ser cumpridas de modo articulado: o combate à discriminação e, ademais, a promoção da igualdade. No tocante a essa última estratégia, trata-se de políticas compensatórias, com o objetivo de acelerar a consecução da igualdade enquanto processo, de modo a estimular a inserção e inclusão de grupos vulneráveis no âmbito dos espaços sociais (PIOVESAN, 2014, p. 317).

Segundo Piovesan (2014, p. 317), o mero combate à discriminação seria insuficiente para a realização da igualdade, porque esse apenas implica na proibição à exclusão, não acarretando, inexoravelmente, a inclusão, requerida por tal princípio constitucional. Assim, “não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um persistente padrão de violência e discriminação” (PIOVESAN, 2014, p. 317), constituindo as ações afirmativas um instrumento poderoso nesse sentido.

Ocorre que, para tal jurista, a igualdade teria adquirido, contemporaneamente, uma nova vertente, relativa ao direito à diversidade, também denominada de “igualdade material”. Assim, Piovensan (2014, p. 430) resume do seguinte modo as três vertentes da concepção de igualdade:

a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Enquanto na vertente formal a igualdade seria compreendida como um pressuposto, já dado, as concepções materiais da igualdade a tomam como um resultado a que se objetiva chegar, a partir da visibilidade das diferenças (PIOVESAN, 2014, p. 431). Na opinião de Gonçalves (2014, p. 140), essa terceira concepção de igualdade, formulada por Piovesan, versaria sobre as políticas de direitos humanos voltadas a vítimas preferenciais de exclusão. Ademais, estaria em consonância com uma dupla vocação que seria da essência desses direitos, qual seja, a de proteger a dignidade e realizar a prevenção do sofrimento (GONÇALVES, 2014, p. 140). E, em sua opinião, “é essa igualdade, baseada no

reconhecimento, e não na abstração da diferença, que se pretende assegurar ao transexual” (GONÇALVES, 2014, p. 140).

Sarmiento (2006), por sua vez, também se reporta, de modo similar, a uma perspectiva renovada da concepção material de igualdade. Na opinião desse jurista, o problema com a compreensão de uma acepção da igualdade centrada em aspectos econômicos – portanto, referente unicamente à primeira concepção material de igualdade, no escrito de Piovesan (2014) –, é que essa culminaria por dar uma importância secundária às reivindicações pelo reconhecimento de identidades próprias, desprezando a necessidade de se afirmar as diferenças culturais, principalmente no que se refere a grupos sociais ou étnicos mais vulneráveis (SARMENTO, 2006, p. 145-146). Ciente dessa crítica é que, apenas ao término do século XX, a dimensão do direito à diferença seria incorporada à compreensão do direito à igualdade, amparando pretensões por respeito, preservação e promoção das manifestações culturais de grupos minoritários (SARMENTO, 2006, p. 146).

Cruz (2005), por seu turno, em obra específica sobre igualdade e diferença, também trabalha com uma nova concepção de igualdade que transpõe a distinção já consolidada entre as acepções formal e material (esta em sua concepção tradicional). Apesar disso, a elabora com um teor procedimental – instrumental, portanto, aos processos de tomada de decisões estatais, amparado prioritariamente nas digressões de Jürgen Habermas.

Desse modo, afirma que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, acresce-se uma noção de igualdade que possui como objeto central a verificação do cumprimento de certos pressupostos no âmbito dos discursos de produção do direito (CRUZ, 2005, p. 11). Assim, perceber-se-ia uma alteração na concepção de igualdade, derivada do direito à participação em decisões políticas – de cunho legislativo (discursos de justificação das normas jurídicas), administrativo ou judicial (discursos de aplicação das normas jurídicas) (CRUZ, 2005, p. 2005, p. 12).

Nos dizeres de Cruz (2005, p. 12), a igualdade procedimental deve ser compreendida como “uma igualdade aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade”. No presente trabalho, não se considera como incompatíveis as concepções material renovada de Piovesan e Sarmiento com essa perspectiva procedimental adotada por Cruz, servindo esta abordagem para analisar a qualidade da legitimidade do Estado, no sentido de permitir a participação de todos no âmbito da vida pública.

Entretanto, uma ressalva é necessária, a respeito da ideia do “direito à diferença” presente em diversas manifestações processuais e nas doutrinas aqui analisadas. Trabalhar a

ótica do reconhecimento pela perspectiva única do reconhecimento de identidades coletivas particulares – como parece ser aquela implícita na ideia de um direito desse tipo – é restringir a categoria do reconhecimento às políticas identitárias e ao fenômeno do multiculturalismo, o que não se coaduna com o marco teórico aqui adotado, pautado na teoria social crítica de Axel Honneth.

Nesse sentido, conforme destaca Zurn (2015, p. 9), há um equívoco, comum, no sentido de associar a teoria do reconhecimento aos movimentos sociais que têm por objeto as hipóteses de injustiça social baseadas na ideia de identidade¹⁰⁰ – que decorreriam, assim, daquilo que os indivíduos são (mulher, imigrante, etc.). Entretanto, Honneth adota uma concepção ampla de reconhecimento, que estaria relacionada igualmente a outras formas de injustiça (ZURN, 2015, p. 9).

Portanto, apesar de compartilhar, com os estudos sobre multiculturalismo e políticas identitárias, a preocupação com a marginalização e a denigração cultural, bem como a compreensão de que o autorrespeito e a autoconfiança dependem de relações sociais de reconhecimento, a perspectiva de trabalho deste filósofo é mais ampla (ZURN, 2015, p. 21). Nesse sentido, os estudos de Honneth se centrariam na gramática moral que perpassaria as instituições centrais nas sociedades ocidentais modernas, e não apenas em tais políticas (ZURN, 2015, p. 21).

Ademais, a atenção de Honneth não se detém na imagem ou no conceito (estima) de determinado grupo enquanto tal, mas nos efeitos que esses padrões de humilhação e degradação acarretam nos indivíduos que o integra (ZURN, 2015, p. 72). Assim, não se formula um princípio de reconhecimento relacionado às demandas “coletivas” de políticas identitárias, pelo que não poderiam as minorias éticas legitimamente reivindicar, do ponto de vista normativo, um aumento na estima social reconhecida à forma de vida de cada um de seus grupos específicos, mas apenas a garantia das possibilidades de lutar para que esse padrão valorativo seja alterado (HONNETH, 2003a, p. 168).

Em virtude disso, legítimos são os pleitos pela garantia das condições para que essa busca por estima social ocorra, evitando-se que os indivíduos sejam *a priori* excluídos do processo de comunicação intercultural (HONNETH, 2003a, p. 168). Portanto, no marco das construções teóricas de Honneth (2003a, p. 168), as demandas “coletivas” – que, na verdade, têm por objetivo a melhora da situação individual dos membros dos grupos –

¹⁰⁰ Essa associação decorreria, em parte, do fato de que diversos autores que trabalham com a ideia de reconhecimento o fazem nessa acepção restrita, vinculada a políticas identitárias, como Charles Taylor e Iris Young (ZURN, 2015, p. 128).

corresponderiam à luta pela reinterpretação do princípio da igualdade de tratamento jurídico, visando a eliminação dos obstáculos ao desenvolvimento da autonomia individual enfrentados pelas pessoas que integram essas coletividades.

Dito isso, retoma-se aqui a conexão entre o princípio da igualdade e a vedação à discriminação. Parcela da doutrina, adotando um sentido amplo ao termo “discriminação”, distingue as que seriam lícitas (e, portanto, não violariam a isonomia) das ilícitas, que implicariam em distinções arbitrárias, vedadas pelo ordenamento jurídico¹⁰¹.

Desse modo, poder-se-ia conceituar a discriminação deste tipo (ilícita) como “uma conduta humana (ação ou omissão) que viola os direitos das pessoas com base em critérios injustificados e injustos, tais como a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros” (CRUZ, 2005, p. 29). Assim, esses critérios injustificados, de modo geral, decorreriam de preconceitos, oriundos de tradições, mas que manifestariam um julgamento prévio negativo que acarretam o estigma de pessoas ou coletividades, através de estereótipos (CRUZ, 2005, p. 29).

Cruz (2005, p. 30) menciona duas espécies de discriminações ilícitas, a discriminação direta (ou intencional) e a discriminação de fato. Quanto à primeira, destaca que essa se ampara em uma conduta do indivíduo da qual se depreende o ânimo de discriminar, sendo, portanto, de identificação mais fácil (CRUZ, 2005, p. 30). No tocante à discriminação de fato, essa pode se dar tanto no âmbito da autonomia privada (em que o discriminador atua sem ter a consciência de que age de modo discriminatório), quanto da autonomia pública, caracterizada, nesta hipótese, por uma atuação neutra e indiferente do Estado em relação às vítimas da discriminação (CRUZ, 2005, p. 30-31). Aqui, portanto, “as minorias não conseguem fazer com que recebam um tratamento diferenciado em razão de suas peculiaridades étnicas, culturais e sociais” (CRUZ, 2005, p. 31).

Sarmiento (2006), a seu turno, se refere a duas formas não explícitas de violação à igualdade: a discriminação *de facto* e a discriminação indireta, que envolveria a aplicação da teoria do impacto desproporcional. Segundo mencionado jurista, a primeira hipótese se reporta à igualdade perante a lei, de modo que, embora certa norma jurídica seja válida, a aplicação concreta dessa, por parte das autoridades públicas, é feita, sistematicamente, de modo desigual a determinado grupo¹⁰² (SARMENTO, 2006, p. 147). Nessas hipóteses, o

¹⁰¹ Nesse sentido, por exemplo, Cruz (2005).

¹⁰² De acordo com tal jurista, a discriminação *de facto* teria sido adotada em precedente importante da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1886, no caso *Yick Wo vs. Hopkins*, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da aplicação concreta dada a certa lei pelas autoridades administrativas municipais, em

recurso à estatística permitiria a identificação da violação à igualdade¹⁰³ (SARMENTO, 2006, p. 147).

Quanto à discriminação indireta, estaria atrelada à teoria do impacto desproporcional¹⁰⁴. Segundo esta, algumas medidas, sejam elas públicas ou privadas, apesar de, aparentemente, serem neutras, em sua implementação concreta acarretam prejuízo considerável a minorias estigmatizadas, de modo intencional ou não (SARMENTO, 2006, p. 146). Ressalte-se, portanto, que tal teoria não distingue a natureza da ação – se pública ou privada –, nem o elemento subjetivo dos agentes – se a discriminação fora intencional ou não. O que diferenciaria a discriminação indireta da discriminação *de facto*, conforme Sarmento (2006, p. 146-147), seria que, neste caso, há possibilidades de se aplicar a norma de modo isonômico, o que não pode ocorrer naquela hipótese, visto que a medida invariavelmente desfavoreceria um grupo vulnerável.

Expostas, assim, algumas considerações doutrinárias a respeito das modalidades de discriminação, cumpre destacar um debate que permeia a discriminação baseada na identidade de gênero, que possui relevância quando se trata do tema das violações à igualdade envolvendo pessoas trans. Nesse sentido, o questionamento por vezes posto é se a discriminação por identidade de gênero pode ser compreendida como uma espécie de discriminação por motivo de sexo¹⁰⁵.

prejuízo à população chinesa que residia em São Francisco (SARMENTO, 2006, p. 148). No caso em questão, uma lei municipal proibia o funcionamento de lavanderias – ramo explorado amplamente pelos chineses locais – em edificações de madeira, porém permitia a solicitação às autoridades de uma isenção no tocante a tal restrição (SARMENTO, 2006, p. 148). Observara referida Corte que, reiteradamente, negava-se administrativamente o pleito de isenção aos chineses, enquanto esse era deferido aos demais solicitantes (SARMENTO, 2006, p. 148).

¹⁰³ Assim, percebe-se que a discriminação de fato, mencionada por Cruz (2005), não se confunde com a discriminação *de facto*, aduzida por Sarmento (2006). Naquela hipótese, os indivíduos não percebem que atuam de modo discriminatório – não possuem tal ânimo. Aqui, contudo, o que se salienta com a expressão “*de facto*” é que a discriminação não está na norma em si (previsão abstrata), mas na sua aplicação concreta pelas autoridades competentes.

¹⁰⁴ Destaque-se, conforme Sarmento (2006, p. 149), que a teoria do impacto desproporcional teria surgido nos Estados Unidos da América, no início da década de 1970. Nesse âmbito, o *leading case* seria o caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*U. S. Supreme Court*) no ano de 1970 (SARMENTO, 2006, p. 149-150). Na hipótese, tendo em vista a verificação do impacto desproporcional, que manteria determinado *status quo*, reputou-se inválida a prática de determinada empresa de submeter os seus funcionários a supostos testes de inteligência. Considerando o histórico norte-americano, a prática mantinha os empregados negros nas posições subalternas dentro da estrutura empresarial, visto, regra geral, possuírem, em relação aos demais empregados, desempenho menor nesses testes, em virtude da frequência anterior a escolas segregadas, de qualidade inferior de ensino (SARMENTO, 2006, p. 150).

¹⁰⁵ Aqui, cumpre realizar uma ressalva. Embora o presente texto trabalhe a discriminação sob a ótica da identidade de gênero, unicamente, insta salientar que diversos estudos no tocante à discriminação sustentam o argumento de que, quando fatores distintos de discriminação se sobrepõem (raça, gênero, etc.), há uma relação complexa que pode culminar numa mudança não apenas quantitativa, mas, também, qualitativa nessa discriminação, dando origem à discriminação interseccional (BAMFORTH; MALIK; O’CINNEIDE, 2008,

De acordo com Bamforth, Malik e O’Cinneide (2008, p. 748), a resolução da questão não é importante apenas sob o ponto de vista de estratégia argumentativa, quando se busca combater práticas discriminatórias por motivo de identidade de gênero. Assim, discorrer sobre o tema possibilitaria perceber qual a correta compreensão a ser dada a respeito da discriminação baseada no sexo (BAMFORTH; MALIK; O’CINNEIDE, 2008, p. 748-749).

Na opinião de Gonçalves (2014, p. 134), a amplitude dos direitos sexuais permitiria englobar a questão da transexualidade sob sua proteção. Segundo tal jurista, Roger Raupp Rios concluiria no mesmo sentido, a partir da compreensão de que o sexo não estaria relacionado unicamente a características físicas das mulheres, mas também à imagem e ao papel social que lhes são atribuídos (GONÇALVES, 2014, p. 135). Desse modo, ainda em referência aos ensinamentos de Rios,

percebido que muito da origem da discriminação por motivo de sexo não está fundada nas características físicas e sexuais das pessoas, mas, sim, no papel social por ela desempenhado, não há por que deixar de incluir a discriminação por identidade de gênero entre a discriminação em razão do sexo (GONÇALVES, 2014, p. 135).

Assim, Rios entende que sexo e gênero são realidades que devem ser analisadas de modo conjunto e indissociável, de forma que a verificação da ocorrência ou não de discriminação deve considerar tanto “o aspecto do sexo, quanto do gênero, incluindo neste último a sexualidade e os papéis e representações sociais que lhe são próprios” (GONÇALVES, 2014, p. 136). Dito isso, ressalte-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia (*European Court of Justice*) compreenderia a discriminação por identidade de gênero como uma espécie de discriminação por sexo (BAMFORTH; MALIK; O’CINNEIDE, 2008, p. 753), opinião que estaria presente em casos como *P v. S and Cornwall CC* (1996), *Grant v. South-West Trains* (1998) e *D and Sweden v. Council* (2001) (BAMFORTH; MALIK; O’CINNEIDE, 2008, p. 681).

p. 531). Nesse sentido, os Princípios de Yogyakarta reconhecem que as violações por identidade de gênero (e, também, por orientação sexual) são, corriqueiramente, agravadas por outras formas de violência (ALSTON et al., 2007). Ademais, tal conjuntura também é notada por Gonçalves (2014, p. 34), ao afirmar que, “de fato, a experiência mostra que a intensidade da discriminação do transexual varia de acordo com outros fatores de exclusão, como a pobreza, a cor da pele, comportamento e idade”.

3.6.3 Reconhecimento

Para a construção do parecer apresentado, a Procuradoria-Geral da República (2015) se baseou em alguns ensinamentos advindos da teoria do reconhecimento, tal como formulada por Axel Honneth. Dentre outros atores, também agregam perspectivas de reconhecimento¹⁰⁶ ao debate o CLAM e o LIDIS (2015), o ANIS (2015) e o voto proferido oralmente pelo Min. Barroso (BRASIL, 2015e).

Para Honneth (2003a, p. 133), a importância da ideia de reconhecimento, no mundo hodierno, derivaria do fato de que essa seria uma ferramenta apropriada para lidar com as experiências de injustiça social de uma forma geral. No âmbito da teoria social crítica desse filósofo, a categoria do “reconhecimento” se reportaria às experiências vivenciadas (intersubjetivamente) pelos indivíduos, no campo das relações sociais, mediante as quais esses aprenderiam a ter uma autorrelação prática positiva, o que lhes permitiria a autorrealização pessoal por meio da construção e afirmação sadias da própria identidade – esta que, de acordo com Zurn (2015, p. 6), se refere a um sentido de si mesmo como ser moral que possui características únicas e ocupa uma posição distintiva no mundo social.

Assim, amparado em digressões filosóficas de G. W. F. Hegel, articuladas com estudos empíricos de psicologia social desenvolvidos por G. H. Mead e com a teoria psicanalítica de Donald W. Winnicott¹⁰⁷, Honneth pôde afirmar que o processo de construção da identidade – e, portanto, o florescimento da autonomia – depende de interações sociais nas quais os indivíduos, ao reconhecerem e serem reconhecidos, se permitem adquirir atitudes positivas em relação a si próprio, indispensáveis para tal formação da personalidade. Desse

¹⁰⁶ A expressão “perspectivas de reconhecimento”, no plural, fora adotada porque nem todos utilizam a matriz teórica do Axel Honneth. Segundo Mendonça (2013, p. 117), o termo em questão (reconhecimento) seria recorrente em diversas teorias contemporâneas da justiça, adquirindo sentidos múltiplos e aplicado a situações variadas – não se equivalendo, necessariamente, às digressões desse filósofo, aqui trabalhadas. Assim, o Min. Barroso alude à ideia de reconhecimento, embora de modo breve, a partir dos estudos de Nancy Fraser (BRASIL, 2015e); CLAM e LIDIS (2015), por sua vez, além de mencionar autores tradicionalmente relacionados à ideia de reconhecimento (Nancy Fraser, Charles Taylor e o próprio Axel Honneth), se reportam a teóricos normalmente não inseridos nesse debate, o que se pode objetar pelo fato de estes partirem de uma tradição liberal que adota concepções de liberdade e de autonomia criticadas pelas perspectivas de teoria do reconhecimento, como John Rawls (para afirmar a autoestima como um bem importante) e Ronald Dworkin (expondo a ideia de igual respeito e consideração) – para tais críticas, ver, sobretudo, Honneth (2009a). O ANIS (2015), a seu turno, na petição de em que requereu o ingresso nos autos na qualidade de *amicus curiae*, reportou-se à temática do reconhecimento, sem maiores considerações teóricas.

¹⁰⁷ A realização dessa interseção entre as teorias de Mead e Winnicott permitiria a Honneth uma confirmação empírica das especulações de Hegel a respeito da ideia de reconhecimento (ZURN, 2015, p. 28). Todos esses autores, para Honneth, se ateriam, de certo modo, à ideia de que os sujeitos se tornam agentes morais, éticos e parceiros de interação social quando empreendem lutas para a obtenção de um reconhecimento positivo de suas características e habilidades (ZURN, 2015, p. 25).

modo, mencionado filósofo se reporta a três espécies de relações sociais, historicamente construídas, enquanto âmbitos de interação dos sujeitos no convívio em comum, cada qual vinculada a uma forma distinta de reconhecimento¹⁰⁸ (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 89): as relações primárias referentes ao amor (amizade, relações sexuais íntimas e família); as relações jurídicas (campo do direito) e as relações de solidariedade. Em cada uma dessas relações prevaleceria um princípio de reconhecimento diverso – na forma de um princípio normativo interno (HONNETH, 2003a, p. 143) – e, sendo bem sucedido o processo de reconhecimento intersubjetivo nesses âmbitos, um tipo específico de autorrelação prática positiva seria possibilitada aos sujeitos.

Desse modo, as relações íntimas (primárias) seriam imbuídas pelo princípio do amor (*love*), marcadas por práticas de afeto e preocupação mútuos (HONNETH, 2003a, p. 142). As relações jurídicas modernas, a seu turno, estariam submetidas ao princípio da igualdade, que visa assegurar a todos os mesmos direitos (e obrigações) atribuídos a todos os demais e, assim, transparecem um respeito cognitivo pelos sujeitos (HONNETH, 2003a, p. 142). No tocante às relações de solidariedade, essas estariam vinculadas ao princípio da estima social ou do mérito (HONNETH, 2003a, p. 143), revelando-se na valoração dada pela comunidade às particularidades de cada um (capacidades, habilidades e realizações¹⁰⁹). De acordo com mencionado filósofo, esses princípios funcionam como perspectivas normativas a partir das quais os indivíduos podem, de modo razoável, argumentar que determinadas formas de reconhecimento existentes são, na realidade, inadequadas ou insuficientes (HONNETH, 2003a) – realizando, portanto, a já referida crítica de modo imanente.

¹⁰⁸ Ressalte-se que, conforme Zurn (2015, p. 43), Honneth se reportaria ainda a uma quarta forma de reconhecimento – que, na realidade, constituiria um requisito prévio para que se pudesse discorrer a respeito das outras formas de interação social. Trata-se, portanto, do reconhecimento antecipado, vinculado à noção de que se reconhece que os demais parceiros de interação constituem pessoas (ZURN, 2015, p. 43). Aqui, o tipo de autorrelação possibilitada seria a percepção de que se é alguém existente e dotado de humanidade, com desejos, objetivos e projetos próprios (ZURN, 2015, p. 44), embora, nessa etapa prévia, não se derive qualquer expectativa normativa a respeito da legitimidade dessas necessidades e intenções próprias (ZURN, 2015, p. 45). “O reconhecimento antecipado, assim, é uma precondição necessária do amor, dos direitos e da solidariedade – cada qual pressupõe que nós estamos envolvidos com outros humanos, ao invés de coisas –, mas não está, em si, normativamente imbuído” (ZURN, 2015, p. 45, tradução nossa). No original: “antecedent recognition, then, is a necessary precondition of love, rights, and solidarity – each presupposes that we are involved with other humans rather than things – but is not itself normatively imbued” (ZURN, 2015, p. 45).

¹⁰⁹ Aqui, é importante ressaltar que, nesse ponto, o desenvolvimento das construções teóricas de Honneth culminou numa certa alteração daquilo que esse entendia como o objeto apropriado do reconhecimento no âmbito das relações de solidariedade e estima (ZURN, 2015, p. 216). Nesse sentido, enquanto inicialmente se reportava às capacidades e habilidades pessoais, posteriormente passou a dar destaque maior às realizações pessoais (ZURN, 2015, p. 216). Conforme Zurn (2015, p. 216), essa mudança se deve, primordialmente, à atenção mais enfática dada posteriormente à relação entre estima social, os modelos de divisão social do trabalho e a economia capitalista.

No tocante às autorrelações práticas positivas, permitidas por tais relações de reconhecimento recíproco¹¹⁰, afirma-se que as relações primárias possibilitariam aos indivíduos adquirir a autoconfiança, mediante a qual podem perceber que possuem necessidades, carências e desejos próprios (HONNETH, 2003a, p. 142, 2009b, p. 177). Quanto às relações jurídicas, a observância do ideal moderno de igualdade jurídica¹¹¹ habilitaria os sujeitos a adquirir o autorrespeito, por meio do qual estariam aptos a se compreender como alguém moralmente imputável, capaz de efetuar juízos morais (HONNETH, 2009b, p. 197). No que se refere às relações de solidariedade¹¹², essas possibilitariam aos indivíduos a aquisição da autoestima (HONNETH, 2009b, p. 210), de modo a sentir-se como alguém dotado de valor, cujas propriedades, capacidades e realizações particulares podem contribuir para a efetivação dos objetivos da sociedade (HONNETH, 2009b, p. 206).

Desse modo, tais princípios inscritos nessas relações sociais criariam nos indivíduos uma expectativa normativa legítima de reconhecimento recíproco (HONNETH, 2003a, p. 175). Em caso de frustração dessa, surge nesses sujeitos prejudicados sentimentos negativos como a vergonha, o sofrimento e o descontentamento (HONNETH, 2003a, p. 120). Demais

¹¹⁰ É importante destacar que as autorrelações práticas descritas (autoconfiança, autorrespeito e autoestima) não constituem meras crenças que os indivíduos possuem de si, ou simples estados emocionais, “mas propriedades que emergem de um processo dinâmico no qual indivíduos passam a experienciar a si mesmos como possuidores de um certo status, seja como um objeto de preocupação, como um agente responsável, como um contribuinte valorizado de projetos compartilhados ou como o que quer que seja” (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 88). Desse modo, “a autorrelação de alguém não é, então, uma questão de um ego solitário refletindo sobre si mesmo, mas o resultado de um processo intersubjetivo contínuo, no qual sua atitude frente a si mesmo emerge em seu encontro com a atitude do outro frente a ele” (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 88).

¹¹¹ Ressalte-se que esse ideal de igualdade jurídica apenas se tornou possível mediante o processo de transformação do conceito pré-moderno de honra em dois outros conceitos, o qual corresponde ao desacoplamento das relações jurídicas e de estima. Desse modo, a honra, que antes estaria relacionada a um sistema hierárquico, oriundo do nascimento, democratizou-se, alcançando o conceito de dignidade (HONNETH, 2009b, p. 206), significando a universalização do igual respeito às pessoas de direito (HONNETH, 2003a, p. 140-141). Paralelamente, também se nota um procedimento de privatização da honra, em que essa assume a forma de reputação ou prestígio social (HONNETH, 2009b, p. 206), e a estima social passa a depender das particularidades pessoais (HONNETH, 2009b, p. 206), no tocante à parcela de contribuição que o indivíduo pode oferecer à sociedade enquanto sujeito produtivo (meritocracia) (HONNETH, 2003a, p. 141).

¹¹² No âmbito da construção desenvolvida em *Luta por reconhecimento*, Honneth afirma que essas relações de solidariedade – que envolvem a estima social – estariam inseridas no âmbito das “comunidades de valor”, ou seja, dentre indivíduos que compartilham valores éticos semelhantes, no tocante àquilo que é dotado de valor social (ZURN, 2015, p. 40). Isso porque a estima social, na hipótese, se refere à percepção, com base nesse padrão cultural, da medida segundo a qual as características e habilidades particulares contribuem para a realização de objetivos sociais compartilhados (ZURN, 2015, p. 42). Entretanto, aparentemente, a noção de “comunidade de valores”, para Honneth, poderia se dar de modo diferenciado, capaz variar de pequenas subculturas inseridas em determinado contexto – com uma ordem de estima distinta daquela que predomina no âmbito da sociedade – como também a uma comunidade ampla de valores compartilhados pelas democracias ocidentais contemporâneas (ZURN, 2015, p. 42).

disso, essas falhas no reconhecimento recíproco – que constituiriam as hipóteses de *misrecognition* – são consideradas, por Honneth (2009b, p. 214), como experiências de desrespeito¹¹³, das quais decorreriam possíveis efeitos destrutivos em relação ao processo de formação da identidade pessoal.

Assim, em cada esfera distinta, a frustração do reconhecimento recíproco, em contradição ao princípio respectivo, é manifestada na forma de práticas diferentes de desrespeito, com consequências igualmente peculiares. De acordo com Honneth (2009b, p. 157), tais modos de desrespeitos podem ser distinguidos a partir de qual nível de autorrelação, intersubjetivamente adquirido, é destruído ou lesado.

Nesse sentido, nas relações primárias, as experiências de desrespeito comumente assumem a forma de violências e abusos físicos (tortura, estupro, dentre outros), em que o sujeito perde a capacidade de autodeterminação sobre o próprio corpo e experimenta o sentimento de se sujeitar à vontade de outrem, sofrendo uma humilhação (HONNETH, 2009b, p. 215)¹¹⁴. Em tais casos, o indivíduo perde a confiança, em si e no mundo, anteriormente conquistada nas relações íntimas (HONNETH, 2009b, p. 215).

No tocante às relações jurídicas, salienta Honneth (2009b, p. 186) que o direito moderno possui pretensões universalistas, de aplicação isonômica a todas as pessoas. Desse modo, referida esfera está intimamente conectada ao princípio jurídico da igualdade, que prescreveria iguais direitos a todos os indivíduos, em razão de ostentarem aquelas características universais¹¹⁵, compartilhadas com os demais, que os erigem à condição de seres humanos. Portanto, as formas comuns de desrespeito, nesse âmbito, se referem à privação de direitos – recusa, a determinada pessoa, de alguns ou todos os direitos atribuídos aos demais – e à exclusão social – espécie de ostracismo jurídico, em que se negaria aos indivíduos a ocupação de qualquer tipo de posição no âmbito jurídico (ZURN, 2015, p. 38).

¹¹³ Em virtude de o desrespeito consistir naquelas experiências de negação do reconhecimento devido (ZURN, 2015, p. 33), pode-se afirmar que aquele está relacionado às normas de reconhecimento historicamente desenvolvidas na sociedade (HONNETH, 2003a, p. 160). Ademais, o desrespeito não significa unicamente uma forma de se lesar alguém, do ponto de vista individual, mas, igualmente, uma descontinuidade no tocante às formas apropriadas de relacionamento interpessoal, devidas reciprocamente pelos sujeitos (ZURN, 2015, p. 33).

¹¹⁴ Assim, o problema ocasionado por essas violações, em termos de reconhecimento, reporta-se principalmente ao sentimento de estar sujeito à vontade de outrem, não à dor corporal propriamente dita (HONNETH, 2009b, p. 215).

¹¹⁵ No direito moderno, essa característica universal é atribuída à capacidade de decidir racionalmente sobre questões morais e de se responsabilizar por essas decisões (imputabilidade moral), porque a legitimação do direito passa a depender da possibilidade de um acordo (racional) entre os sujeitos, postos em pé de igualdade, e, assim, torna-se necessário pressupô-la (HONNETH, 2009b, p. 188).

Nessas hipóteses, os sujeitos prejudicados por tais experiências de *misrecognition* perdem a capacidade de se compreender como seres dotados de autonomia moral. Isso porque, de acordo com Honneth (2003b, p. 252), se, com o advento da modernidade, os direitos subjetivos são interpretados como a expressão do modo pelo qual, numa comunidade democrática, se considera os indivíduos como pessoas que merecem o desenvolvimento da autonomia individual, a negação ou a concessão de tais direitos possui um papel central no tocante ao sentimento pessoal quanto ao *status* que se ocupa no âmbito da sociedade.

Portanto, o modo de desrespeito que assume essa forma de privação de direitos ou exclusão social, além de significar uma limitação à autonomia pessoal, representa, sobretudo, a associação do indivíduo rebaixado com o sentimento de não ser dotado da mesma condição de parceiro de interação com igual valor na comunidade, incapaz de formar juízos morais (HONNETH, 2009b, p. 216). Assim, tal desrespeito acarreta a “perda de autorrespeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos” (HONNETH, 2009b, p. 217).

No tocante às relações de estima, o desrespeito respectivo se dá mediante processos sistemáticos de ofensa e degradação de certas formas de vida, que culminariam por impossibilitar os indivíduos estigmatizados de perceber que seus modos próprios de viver são capazes de adquirir um significado positivo no âmbito da coletividade (HONNETH, 2009b, p. 217-218). Desse modo, representa uma “perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características” (HONNETH, 2009b, p. 218). Tal efeito seria ocasionado, conforme Zurn (2015, p. 42), em razão de essa denigração cultural retirar dos sujeitos a condição social de desenvolvimento da autoestima.

Dito isso, afirma-se que a essas experiências de desrespeito reporta o parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República (2015, p. 29-30), parcialmente reproduzido adiante:

segundo Axel Honneth, a negativa de reconhecimento gera uma violência ou abuso físico, que consiste no impedimento de alguém estar fisicamente no mundo, e uma violência não física. Uma das formas de violência não física citada por Honneth, e aqui já abordada, é exatamente a exclusão de alguém de uma esfera de direitos, negando-lhe autonomia social e possibilidade de interação. A isso o autor denomina ostracismo social. A segunda forma de violência não física é a negativa de valor a uma forma de ser ou de viver, e é ela que está por trás das formas de tratamento degradante e insultuoso a certas pessoas e grupos, pois promove o desrespeito por maneiras individuais ou coletivas de viver, exatamente como aconteceu no caso em apreço.

Ao ser impedida de utilizar o banheiro feminino, a recorrente [Ama] sofreu as duas formas de violências citadas por Honneth. Foram-lhe negadas a autonomia social, a possibilidade de interação e a vivência da sua identidade.

Assim, percebe-se que a Procuradoria-Geral da República (2015, p. 30) caracterizou a conduta em questão como uma hipótese de desrespeito no âmbito do direito (esfera jurídica), e, igualmente, no tocante às relações de solidariedade (estima social). Concorde-se aqui, parcialmente, com a interpretação empreendida na manifestação processual em questão.

Desse modo, na qualidade de prática individual, a conduta dos funcionários da ré representa, realmente, um desrespeito no campo da esfera jurídica – enquanto hipótese de privação de direitos –, que frustra expectativas legítimas decorrentes da interpretação do princípio da igualdade, nela inscrito. Entretanto, apenas se compreendermos essa prática (negativa de acesso ao banheiro de acordo com o gênero autoidentificado) não como uma conduta individual, mas como algo reiterado no âmbito da sociedade – o que é, de fato, o quadro atual no país, conforme destacado na manifestação proferida pelo Min. Barroso, quando do reconhecimento da repercussão geral ao Recurso Extraordinário nº 845.779-SC (BRASIL, 2014c, p. 8) –, pode-se perceber a atuação dos funcionários da ré como inserida no contexto de uma experiência de desrespeito no tocante às relações de solidariedade.

Contudo, independente dessa ressalva, o instrumental conceitual e teórico apresentado por Honneth, ao formular a sua teoria do reconhecimento, permite compreender os danos que a prática em questão acarreta aos sujeitos que sofrem tal discriminação, consoante demonstrado. Portanto, contribui para a solução de controvérsias judiciais envolvendo a aplicação do princípio da igualdade nas relações privadas, na hipótese de práticas discriminatórias.

Nesse sentido, ao permitir a percepção dos danos que essas condutas acarretam aos sujeitos objetos destas, fornece critérios mais adequados para equacionar a tensão – anteriormente exposta – entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, que estaria subjacente às discussões teóricas e de aplicação prática da eficácia desses direitos nas relações entre particulares. Desse modo, afirma-se que a dogmática constitucional se aprimora, mediante a incorporação de algumas contribuições advindas dessa teoria social crítica do reconhecimento, possibilitando-se uma solução diferenciada para as hipóteses de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas quando se tratar de discriminações.

No caso ora apreciado, a conduta praticada pelos funcionários da ré, no sentido de impedir Ama de utilizar o banheiro feminino em local de acesso público, enquanto conduta singular, além de representar uma violação à igualdade jurídica pressuposta pelo direito

moderno¹¹⁶, obsta ou dificulta a obtenção de autorrespeito por parte da autora. Inserida essa prática discriminatória no contexto mais amplo de condutas reiteradas nesse sentido, no âmbito da sociedade, percebe-se que essas experiências de humilhação e reprovação impedem a aquisição de autoestima pelas pessoas trans.

Ademais, reportando-se aos critérios indicados por Honneth para se avaliar o teor moral das mudanças ocorridas na sociedade, anteriormente expostos – inclusão e individualização –, é possível afirmar que o respeito à identidade de gênero (e às manifestações dessa identidade) pode ser interpretado como um progresso social. Desse modo, compreendendo-se a individualização como um processo que permite aos sujeitos explorar de modo mais intenso a própria subjetividade, ampliando as dimensões da identidade individual, a capacidade de autodeterminação do gênero implica um acréscimo nesse sentido, possibilitando aos indivíduos romper com os pressupostos culturais das normas que impõem uma linearidade entre genitália, sexo e gênero, expostas e denunciadas pelas teorias *queer*.

Lado outro, a superação desses padrões de humilhação em relação às pessoas trans permite a inclusão desses indivíduos, em igualdade de condições com os demais, nas relações de solidariedade e estima social – expandindo, portanto, o espectro de sujeitos que participam das relações de reconhecimento recíproco. Aqui, cumpre ressaltar que Honneth não reivindica igual estima para todos (o que seria conceitualmente impossível), mas a igualdade de condições sociais necessárias para se adquirir a autoestima mediante relações intersubjetivas (ZURN, 2015, p. 90-91). E, destaque-se, padrões de denigração e humilhação acarretam dificuldades nesse sentido, visto que diminuem a riqueza do campo semântico disponível às pessoas e, conseqüentemente, as identidades possíveis¹¹⁷ (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 97-98). Ademais, ainda que, diante de tratamentos dessa natureza, alguns indivíduos consigam manter a autoestima, ainda resta presente uma questão de justiça, relativa a saber se esse fardo a ser suportado é justo (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 89).

¹¹⁶ Com o mesmo referencial teórico, Gonçalves (2014, p. 153) também chega a conclusão semelhante: “[...] o tratamento diferenciado ao transexual, pela negativa de reconhecimento de sua identidade, consiste em violação da igualdade, uma vez que é exatamente a capacidade de tomar decisões com autonomia e de ser reconhecido e respeitado por elas uma das notas comuns entre os homens, que, nessa medida, veda a distinção de tratamento”

¹¹⁷ Isso porque, de acordo com Honneth e Anderson (2011, p. 97), ninguém poderia decidir por si mesmo o que os próprios atos de fala significam, motivo pelo qual “a determinação do valor e do significado das atividades de um indivíduo é fundamentalmente moldada pelos campos semântico e simbólico nos quais aquela reflexão ocorre. [...] Dessa maneira, a própria possibilidade de ser ‘abertamente lésbica’ ou um ‘pai que fica em casa’, por exemplo, é moldada por toda uma constelação de modos de falar valorativamente carregados”.

Especificamente no tocante ao âmbito do direito¹¹⁸, pode-se dizer, ademais, que o respeito à identidade de gênero também representa um progresso no reconhecimento jurídico. Isso porque, de acordo com Honneth (2009b, p. 193-194) as lutas por reconhecimento, nessa esfera, se dão na forma de uma busca pela ampliação do rol de direitos existentes (dimensão objetiva) ou pela extensão a todos dos direitos já atribuídos a parcela da sociedade (aspecto subjetivo)¹¹⁹.

Assim, em relação à situação em comento, dependendo da forma como se interpreta a questão, é possível perceber uma reestruturação positiva dessa esfera de reconhecimento recíproco, num ou noutro sentido. Desse modo, se o direito à identidade de gênero for compreendido como um novo direito, com a possibilidade de utilização do banheiro pelo gênero autoidentificado, ter-se-ia uma ampliação objetiva do reconhecimento jurídico; caso se considere que as pessoas cisgêneras, na prática, já têm assegurado o respeito à identidade de gênero própria (e expressão desta), como nas situações de utilização dos banheiros em locais de acesso público, tratar-se-ia de uma extensão subjetiva desse direito – para abarcar as pessoas trans –, rompendo-se com uma diferença de *status* entre essas, resquício de um direito pré-moderno.

3.6.4 Os Princípios de Yogyakarta

O parecer da Procuradoria-Geral da República menciona alguns parâmetros estabelecidos em um documento internacional, denominado Princípios de Yogyakarta, no tocante à questão da identidade de gênero. Nos dizeres da manifestação em comento, assim o define:

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. Suas normas jurídicas internacionais são

¹¹⁸ A análise do progresso em dois níveis – quanto à esfera do reconhecimento jurídico e, igualmente, quanto à sociedade como um todo – é possível porque, de acordo com Zurn (2015, p. 24), o reconhecimento intersubjetivo está relacionado tanto ao desenvolvimento dos indivíduos (identidade) quanto ao desenvolvimento da sociedade (progresso moral).

¹¹⁹ Nesse sentido, a pressão por mudanças sociais, fundamentada em reinterpretações das exigências do princípio da igualdade jurídica – insculpido no direito moderno –, manifesta-se tanto num âmbito objetivo (luta pelo reconhecimento de novos pressupostos para o exercício efetivo da autonomia moral, como seria a ampliação material de direitos, como os direitos fundamentais a prestações positivas), quanto num subjetivo (extensão dos mesmos direitos antes atribuídos a parcela da sociedade aos demais, desfavorecidos ou excluídos desses – universalização das relações jurídicas) (HONNETH, 2009b, p. 193-194).

vetores interpretativos, devendo ser observadas por todos os Estados (PGR, 2015, p. 20-21, nota 14).

Quanto ao processo de constituição do documento, aduz que esse fora

elaborado a pedido de Louise Arbour, ex-alta comissária da ONU para os Direitos Humanos, em novembro de 2006, na cidade indonésia de Yogyakarta, por um grupo de 29 especialistas em Direito Internacional dos Direitos Humanos de vários países. Foi apresentado, em 26 de março de 2007, no Conselho de Direitos Humanos da ONU e posteriormente ratificado pela Comissão Internacional de Juristas (PGR, 2015, p. 21, nota 14).

Apesar do exposto, Gonçalves (2014, p. 95) afirma que o documento em questão não contou com uma aprovação que lhe conferisse força de norma propriamente dita¹²⁰. Não obstante isso, esses princípios teriam sido incorporados pela comunidade internacional e adotados como orientação para a fixação das políticas internas dos Estados membros (GONÇALVES, 2014, p. 95).

Já na introdução ao documento, afirma-se que a identidade de gênero é essencial para a dignidade e humanidade das pessoas, não podendo constituir motivo de discriminação ou abuso (ALSTON et al., 2007, p. 6). Em seu princípio 2, relativo ao direito à igualdade e a não-discriminação, dispõe-se que todos os indivíduos possuem o direito de desfrutar de seus direitos humanos, livres de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (ALSTON et al., 2007, p. 10). No mesmo dispositivo, caracteriza tal discriminação da seguinte forma:

a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero, tendo como propósito ou efeito anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou a igualdade de proteção na lei, ou o reconhecimento, a fruição ou o exercício, em bases igualitárias, de todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero pode ser, e comumente o é, combinada com a discriminação derivada de outros fatores, como gênero, raça, idade, religião, deficiência, situação de saúde e condições econômicas¹²¹ (ALSTON et al., 2007, p. 10-11, tradução nossa).

¹²⁰ Diversa é a compreensão que os autores do documento têm sobre esse, visto que, na introdução aos Princípios de Yogyakarta, afirma-se que tais princípios constituem normas jurídicas internacionais vinculantes, as quais todos os Estados devem cumprir (ALSTON et al., 2007, p. 7).

¹²¹ No original: “discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity includes any distinction, exclusion, restriction or preference based on sexual orientation or gender identity which has the purpose or effect of nullifying or impairing equality before the law or the equal protection of the law, or the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis, of all human rights and fundamental freedoms. Discrimination based on sexual orientation or gender identity may be, and commonly is, compounded by discrimination on

Dentre as recomendações atreladas a esse princípio, afirma que os Estados, além de adequar a legislação, devem adotar outras medidas para proibir e eliminar a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, igualmente nas esferas pública e privada – recomendação “c” (ALSTON et al., 2007, p. 11). Ademais, devem implementar todas as ações apropriadas para eliminar atitudes ou comportamentos que sejam preconceituosos ou discriminatórios, que estejam relacionados à ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer identidade de gênero, expressão de gênero ou orientação sexual – recomendação “f” (ALSTON et al., 2007, p. 11).

Lado outro, o princípio 3 reconhece que a orientação sexual, assim como a identidade de gênero, autodefinidas por cada um, é parte essencial de sua própria personalidade, sendo aspecto básico da autodeterminação, dignidade e liberdade individuais (ALSTON et al., 2007, p. 11). Ainda conforme esse princípio, Ninguém deve ser submetido a pressões para reprimir, negar ou esconder sua orientação sexual ou identidade de gênero (ALSTON et al., 2007, p. 12).

Já em seu princípio 10, proíbe-se a tortura, tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, inclusive quando motivados por orientação sexual ou identidade de gênero (ALSTON et al., 2007, p. 10). Dentre as recomendações atreladas ao princípio, dispõe-se sobre a obrigatoriedade de os Estados adotarem todas as medidas legislativas, administrativas ou de outra ordem para evitar essas condutas ou seu incitamento e proteger as pessoas (recomendação “a”), bem como oferecer recursos jurídicos, medidas corretivas e reparações nesses casos, além de apoio médico e psicológico, quando for apropriado (recomendação “b”) (ALSTON et al., 2007, p. 17).

A liberdade de expressão da identidade ou autonomia pessoal – seja através da fala, comportamento, características corporais, escolha de nome, vestimenta, ou qualquer outro meio –, está assegurada no princípio 19 (ALSTON et al., 2007, p. 24). Dentre as recomendações pertinentes, os Estados devem adotar todas as medidas para assegurar o pleno gozo desse direito (recomendação “c”), e assegurar que noções como ordem, moralidade, saúde e segurança públicas não sejam utilizadas para restringir, de modo discriminatório, tal prerrogativa (recomendação “d”) (ALSTON et al., 2007, p. 24). Ademais, o poder público deve garantir que o exercício da liberdade de opinião e de expressão, por terceiros, não viole

other grounds including gender, race, age, religion, disability, health and economic status” (ALSTON et al., 2007, p. 10-11).

os direitos e liberdades das pessoas de identidade de gênero e orientações sexuais diversas (recomendação “e”) (ALSTON et al., 2007, p. 24).

Ocorre que o documento em questão não se limita a dispor sobre direitos de ordem substantiva. Nesse sentido, se reporta, no princípio 28, a um direito de teor procedimental, mediante o qual toda pessoa vítima de violação de direitos humanos, inclusive por razões de orientação sexual ou identidade de gênero, tem direito a recursos jurídicos eficazes, adequados e apropriados, o que engloba as medidas que possuem como objetivo a reparação a tais indivíduos (ALSTON et al., 2007, p. 30). Nessa linha, o princípio 29, da responsabilização, assegura o direito, a quem teve seus direitos humanos violados, de responsabilizar as pessoas que deram causa, direta ou indiretamente, a tal violação, independente de estas serem ou não funcionários públicos (ALSTON et al., 2007, p. 31). Tal reparação deverá ser proporcional à seriedade da violação (ALSTON et al., 2007, p. 31).

Desse modo, percebe-se que os Princípios de Yogyakarta estabelecem parâmetros adequados, a serem seguidos pelos Estados, para a plena proteção da orientação sexual e da identidade de gênero dos sujeitos, principalmente no que se refere ao combate à discriminação. Ressalta-se, da leitura desse documento, uma preocupação com a expressão da identidade de gênero como fator indissociável da personalidade humana, bem como da autonomia individual e da dignidade de cada indivíduo.

3.6.5 A solução do “terceiro banheiro”

Embora não seja propriamente objeto do processo judicial em questão, o parecer da Procuradoria-Geral da República aborda uma eventual solução que poderia ser cogitada nessas situações, qual seja a criação de um “terceiro banheiro”, exclusivo ao público de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT) ou a transgêneros especificamente. De acordo com referida manifestação, tal medida seria segregacionista, violando o direito à igualdade. A proposta possuiria teor discriminatório, impingindo rótulos a essa parcela da população (PGR, 2015, p. 35).

Sobre o tema, o Min. Fachin se manifestou em seu voto, considerando que o “terceiro banheiro” não satisfaz o direito à identidade e à afirmação pública desta, por parte das e dos transexuais. Em realidade, a proposta enfraquece o senso de inclusão no seio comunitário, acarretando, na verdade, uma reprimenda à afirmação da própria identidade (BRASIL, 2015f, p. 11).

Interessante ressaltar, aqui, o posicionamento do memorial apresentado pela ABGLT e pelo GADvS, segundo o qual a ideia em questão ressuscitaria a doutrina do “separado, mas iguais” (*separate but equal*) – já mencionada na introdução ao presente trabalho –, porém com relação às pessoas trans. Essa teoria teria prejudicado, durante anos, a convivência entre brancos e negros, em diversas localidades do mundo. O terceiro banheiro ainda implicaria uma exposição dos e das transexuais, no sentido de prejudicar sua segurança ante pessoas transfóbicas, por evidenciar publicamente sua condição (ABGLT; GADVS, 2015, p. 19).

No âmbito doutrinário – em estudo citado, inclusive, no voto do Min. Fachin –, Rios e Resadori (2015) concordam com a perspectiva segregacionista do “terceiro banheiro”. A solução, para esses juristas, cria uma estigmatizada classe de usuários, configurando uma discriminação inconstitucional que viola a dignidade humana (RIOS; RESADORI, 2015, p. 217). Tal proposta, “ao mesmo tempo, desrespeita a identidade de gênero feminina das pessoas transexuais e anuncia uma estranha e exótica categoria, desviada da ‘normalidade’ de gênero” (RIOS; RESADORI, 2015, p. 217). Portanto, os sujeitos trans devem ser considerados como membros do gênero autoidentificado, e não como pessoas anormais, às quais a categoria do banheiro neutro seria designada (ELKIND, 2007, p. 927).

Assim, banheiros desse estilo, de acordo com Schmidt (2013, p. 185), pouco contribuiriam para combater a questão sistêmica de obstáculos à afirmação do pertencimento das pessoas trans ao gênero adequado à identidade vivida, criando, na realidade, a reiteração de uma posição de diferenciação que inferioriza tais indivíduos. Essa suposta solução, assim, não percebe que o objetivo, quando se debate a questão, não é simplesmente garantir o acesso a qualquer banheiro, mas confirmar a igualdade de direitos (SCHMIDT, 2013, p. 186).

Em sentido semelhante, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo se manifestou contrariamente à criação de um banheiro exclusivo à população LGBT, afirmando que se trata de medida de segregação, que seria incompatível com os direitos humanos (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, [20-?]). Desse modo, submeter as travestis e as e os transexuais ao constrangimento de ter que utilizar um banheiro exclusivo implica em lhes impingir um rótulo, de teor discriminatório (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, [20-?]).

Nesse ponto, não há como discordar das objeções acima expostas contra a suposta solução em questão. Primeiramente, a proposta se mostra discriminatória por si só – em relação às pessoas trans – e, por isso mesmo, inconstitucional, com base, dentre outros, nos arts. 3º, IV (proibição da discriminação) e 5º, *caput* (direito geral de igualdade), ambos da CRFB/88.

Ademais, o “terceiro banheiro” não resolve o problema, posto que mantém o desrespeito à identidade de gênero das pessoas trans. Reluta, assim, em reconhecer o gênero autoidentificado desses indivíduos, reafirmando, com isso, um caráter patológico da transexualidade, ao diferenciar os homens e mulheres “de verdade” (que respeitariam a suposta linearidade natural entre genitália/sexo/gênero) dos homens e mulheres transexuais, sujeitos que se situariam fora da normalidade. Por fim, não bastasse a suficiência desses argumentos para rejeitar a proposta, a preocupação com a segurança das e dos transexuais, manifestada pela ABGLT e pelo GADvS, é louvável, mormente em se considerando que, em termos absolutos, conforme dados expostos nos autos do recurso extraordinário sob análise, o Brasil seria o país com o maior índice de homicídios tendo como vítimas as pessoas trans.

3.6.6 *Vivências trans: entre a identidade e a funcionalidade*

Segundo Jesus (2012, p. 25), transgêneros seria uma categoria ampla, referente a todas as pessoas não-cisgêneras, ou seja, aquelas que não se identificam, em graus diferentes, com comportamentos e/ou papéis esperados conforme o gênero que lhes fora atribuído ao nascer. Desse modo, compreende que as experiências trans não se resumem à figura dos e das transexuais, sendo diversas as formas de viver o gênero dentro desse âmbito (JESUS, 2012, p. 10).

Assim, menciona as vivências dos *crossdressers*¹²², dos *drag queens* e dos *drag kings*¹²³ (transformistas), das travestis¹²⁴ e dos/as transexuais¹²⁵. Nesse sentido, a partir da

¹²² Definidos como “homens heterossexuais, comumente casados, que não buscam reconhecimento e tratamento de gênero (não são transexuais), mas, apesar de vivenciarem diferentes papéis de gênero, tendo prazer ao se vestirem como mulheres, sentem-se como pertencentes ao gênero que lhes foi atribuído ao nascimento, e não se consideram travestis” (JESUS, 2012, p. 18).

¹²³ Ambos seriam artistas que, para fins de entretenimento, fazem o uso estereotipado e exacerbado de expressões do gênero oposto, sendo *drag queens* os homens que se fantasiam como mulheres, e *drag kings* as mulheres que se caracterizam, de forma caricata, como homens (JESUS, 2012, p. 18). Nos dizeres de Jesus (2012, p. 18), “vivenciam o gênero como diversão, entretenimento e espetáculo, não como identidade”. De acordo com Bento (2014, p. 102), os *drag kings* não buscariam a reivindicação de uma identidade de gênero, “mas a legitimidade dos trânsitos, inclusive corporais, entre os gêneros”, construindo, intencionalmente, paródias de gênero. Desse modo, adotariam identidades contingentes, centrados nos ideais de transitoriedade e pluralidade, e não de uma suposta “ambiguidade” (BENTO, 2014, p. 102) – características que podem ser estendidas aos *drag queens*.

¹²⁴ A caracterização das travestis é algo não consensual nos escritos acadêmicos sobre o assunto, sendo uma categoria historicamente anterior à de “transexual” (BENTO, 2008, p. 71, JESUS, 2012, p. 16). Nas palavras de Jesus (2012, p. 17), “entende-se [...] que são travestis as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não-gênero”. Quanto à distinção entre as categorias das travestis e das transexuais, a partir da perspectiva médica, afirma Barbosa (2010, p. 113) que um ponto recorrente seria o valor atribuído à cirurgia de transgenitalização. Contudo, isso acabaria acarretando certa hierarquia no âmbito das pessoas

distinção das características típicas de cada uma dessas vivências, Jesus (2012, p. 10) diferencia as que são exercidas como identidade (travestis e transexuais) das que o são como funcionalidade (*crossdressers*, *drag queens/kings* – transformistas). Nesse último caso (vivência de gênero como funcionalidade), o exercício de papéis de gênero distintos daquele que fora atribuído no nascimento não seria constitutivo da identidade pessoal desses sujeitos, possuindo alguma finalidade diversa.

Em vista disso, o parecer da Procuradoria-Geral da República (2015, p. 27) conclui que não seria razoável estender a possibilidade de uso do banheiro referente ao gênero com o qual se está travestido (vestes/estética corporal conforme a determinado padrão de gênero) aos que adotam as vivências de gênero meramente pela funcionalidade, e não como identidade. Assim, embora a vivência de gênero como mera funcionalidade poderia até atender a alguma ordem de necessidade pessoal, não geraria uma demanda por reconhecimento, em razão de não incluir a busca pela identidade (PGR, 2015, p. 28).

Para o Min. Fachin, essa distinção proposta pela Procuradoria-Geral da República deveria ser acatada (BRASIL, 2015f, p. 10). A um só tempo, ela contribuiria para evitar tanto o abuso de direito, quanto eventuais tentativas de enriquecimento sem causa em virtude de pedidos de indenização por danos morais (BRASIL, 2015f, p. 10).

No presente trabalho, opta-se por aderir ao posicionamento firmado no parecer da Procuradoria-Geral da República – relativo às consequências jurídicas advindas de uma distinção entre vivências trans enquanto identidade e funcionalidade –, pelos argumentos expostos nessa manifestação e no voto apresentado pelo Min. Fachin. Entretanto, ressalta-se, desde já, que a solução apresentada pode constituir um modo insuficiente de lidar com a proteção às pessoas trans, motivo pelo qual está sujeita a uma crítica reconstrutiva, nos

trans, de forma a se considerar as mulheres transexuais como situadas em uma posição superior, numa suposta disputa pela feminilidade (BARBOSA, 2010, p. 113). Assim, enquanto mulheres transexuais teriam maiores traços ligados às expectativas em torno do gênero feminino, o gênero das travestis seria indefinido (BARBOSA, 2010, p. 113-114). Entretanto, apesar desses esforços distintivos, Barbosa (2010, p. 116) argumenta que diversos indivíduos transitarium entre ambas as posições. Ademais, essas categorias não seriam meramente enunciativas, mas prescritivas, de modo que estariam amparadas em convenções que, além de considerar as perspectivas de gênero e sexualidade, envolveriam elementos como classe, cor/raça e geração (BARBOSA, 2010, p. 116), havendo uma tendência à categorização da travesti como alguém pertencente às classes sociais baixas. Referido argumento fora elaborado a partir de uma pesquisa etnográfica realizada por Barbosa (2010), na qual avalia o uso, percepção e autoidentificação das categorias em questão por pessoas trans.

¹²⁵ “Indivíduos transexuais são aqueles cuja identidade de gênero é distinta do gênero que lhes fora designado no nascimento, e incluem pessoas pré-operadas, pós-operadas e não operadas” (LANGLEY, 2006, p. 104, tradução nossa). No original: “transsexual individuals are those whose gender identities are different from the gender assigned to them at birth, and include pre-operative, post-operative, and non-operative people” (LANGLEY, 2006, p. 104). Quanto à distinção entre as travestis e as mulheres transexuais, ver nota anterior.

moldes da teoria social aqui apresentada. Nesse sentido, saliente-se a opinião de Suiama (2011, p. 200-202), para quem uma estratégia jurídica que vise reguardar tais sujeitos apenas poderia ser verdadeiramente inclusiva se abarcar todas as identidades trans, bem como desnaturalizar o binarismo de gênero e demonstrar a opressão que desse deriva.

Aqui, uma última observação é importante. Na opinião de Bento (2014, p. 27), não seria adequado definir uma identidade transexual, mas apenas posições de identidade, na forma de “pontos de apego temporários que, simultaneamente, os/as fixam e os/as deslocam”. Nesse sentido, além de assumir posições de gênero ser um processo contínuo e contingente, a própria estética corporal seria fluida: próteses, cirurgias, etc., contribuem para o caráter mutável da estilização do corpo (BENTO, 2014, p. 27). Ademais, igualmente impossível é tentar resumir a complexidade transexual à figura de uma identidade coletiva transexual, dada a diversidade de configuração dessas experiências trans, conforme a pesquisa de campo efetivada pela socióloga (BENTO, 2014, p. 27-28).

3.7 A manifestação do Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM) e do Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos (LIDIS)

3.7.1 *Teses dos amicus curiae*

O argumento central do parecer apresentado, conforme o CLAM e o LIDIS (2015, p. 2) indicam na própria petição apresentada, é o de que o tratamento sofrido por Ama, ao ter negado acesso ao banheiro do gênero feminino, é incompatível com a CRFB/88, em virtude de ser a dignidade da pessoa humana o centro axiológico desta, prevista no art. 1º, III. Assim, esse princípio abrangeria o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, sendo a expressão de gênero um dos pilares desta.

Além disso, aduzem outros argumentos que corroborariam a posição apresentada. Nesse sentido, as decisões pessoais a respeito da manifestação social de gênero e da autodeterminação sexual estariam abrangidas pela autonomia, inscrita no direito geral de liberdade previsto no *caput* do art. 5º da CRFB/88.

A igualdade, por sua vez – englobando o direito ao reconhecimento –, incidiria na hipótese, vedando discriminações odiosas fundamentadas em sexo (art. 3º, IV e art. 5º, *caput*, ambos da CRFB/88). Desse modo, a ordem constitucional visaria conferir aos indivíduos igual reconhecimento, no tocante às formas diversas de vida que elegem e apresentam.

Demais disso, seriam argumentos adicionais os direitos à integridade psicofísica, à liberdade de expressão e, também, à privacidade, insculpidos no art. 5º, III, V, IX e X, CRFB/88. Destaque-se que o parecer em questão compreende o caso como uma situação que envolve direito de uma minoria¹²⁶, a requerer uma postura de proteção por parte do STF. Assim, o CLAM e o LIDIS (2015, p. 23) opinaram pelo provimento do recurso extraordinário, reconhecendo-se o direito de cada um de ser tratado socialmente pelo gênero autoidentificado e apresentado publicamente.

3.7.2 Dados sobre a situação social das pessoas trans

A manifestação do CLAM e do LIDIS expõe uma série de informações que auxiliam a compreensão da situação social vivenciada por indivíduos trans, no contexto brasileiro. Para o parecer em comento, os dados atualmente existentes sobre a situação das pessoas trans – poucos, ressalte-se – permitiriam concluir pela condição de vulnerabilidade e marginalização social dessa parcela da população (CLAM; LIDIS, 2015, p. 4).

Na petição, destaca-se que, conforme dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), cerca de 90% das transexuais e travestis do país seriam obrigadas a trabalhar com a prostituição, em virtude da ausência de alternativa profissional (CLAM; LIDIS, 2015, p. 5). De acordo com informações do Projeto de Monitoramento de Assassinatos Trans, inserido no âmbito de projeto de pesquisa mais amplo da organização *Transgender Europe*, em termos absolutos, o Brasil seria o país com o maior número de assassinatos de pessoas trans (689 homicídios), considerando-se dados do período de janeiro de 2008 a dezembro de 2014. Isso corresponderia a 51% dos casos de homicídio dessa espécie registrados na América Latina (CLAM; LIDIS, 2015, p. 6).

Em sentido semelhante, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (OEA) concluiu que, no período de janeiro de 2013 a março de 2014, o Brasil teria sido o país com o maior número de mortes violentas registradas de pessoas trans, no continente, na ordem de 140 indivíduos. A diferença para o segundo colocado, no mesmo período, seria de 100 casos (CLAM; LIDIS, 2015, p. 6).

Desse modo, concluem os *amici curiae* que

¹²⁶ De acordo com a petição, as pessoas trans constituiriam uma minoria, tanto sob o aspecto numérico (por ser parcela proporcionalmente reduzida da população, dificultando sua representação nas instâncias de tomada de decisões estatais), quanto pelo social (visto serem historicamente discriminadas, marcadas pela invisibilização e exclusão social) (CLAM; LIDIS, 2015, p. 23).

o quadro que se tem hoje é de naturalização da violência contra uma parte estigmatizada da população, sujeita a uma série de danos físicos e psíquicos nas esferas pública e privada, evidenciados em altos índices de automutilação, suicídio e depressão. Além disso, a marginalização desse grupo não raro impede seus integrantes de fruírem de diversos direitos, dentre os quais se incluem trabalho, educação e moradia, impondo barreiras intransponíveis para que consigam seguir plenamente suas aspirações na vida (CLAM; LIDIS, 2015, p. 9).

Assim, torna-se necessário considerar referido contexto social para uma solução adequada ao caso.

3.7.3 *Experiências transconstitucionais*

Segundo Neves (2009, p. 120), certos problemas constitucionais – como aqueles envolvendo direitos fundamentais ou direitos humanos – ultrapassariam as fronteiras dos Estados, de modo que o direito estatal deve ser compreendido como uma instituição limitada para enfrentá-los de modo adequado¹²⁷. Assim, um mesmo problema envolvendo tais direitos poderia se apresentar perante diversas ordens (locais, internacionais, supranacionais, transnacionais, etc.), pelo que um diálogo¹²⁸ (conversação) entre essas poderia contribuir para um aprendizado recíproco (NEVES, 2009, p. 121).

Nesse sentido, cada ordem constitucional teria uma racionalidade própria. Ao se permitir a comunicação entre ordens distintas, na solução de casos comuns a todas – como são os problemas relacionados à identidade de gênero e a situação social das pessoas trans –, possibilita-se a formulação de uma racionalidade transversal¹²⁹, em que os critérios de avaliação do lícito e do ilícito de uma ou algumas (ordens periféricas) poderiam contribuir para a compreensão da solução adequada à perspectiva interna de outra ordem constitucional (ordem central) (NEVES, 2009, p. 131) – autorreflexão de uma ordem jurídica a partir do(s)

¹²⁷ Assim, no estágio atual, o transconstitucionalismo parte da noção de que o Estado nacional deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais, sendo apenas um dos *loci* em que a solução para tais questões deve ser procurada (NEVES, 2009, p. 297, 2014, p. 19). Portanto, a proposta transconstitucional implica em levar a sério a alteridade – a perspectiva do outro – para a resolução de dificuldades comuns.

¹²⁸ Cumpre ressaltar, entretanto, que diálogo não é aqui utilizado no sentido habermasiano de discurso orientado para o entendimento ou consenso, mas sim como formas de comunicação orientadas pela absorção do dissenso (NEVES, 2014, p. 193-194). Em diálogos de tal tipo, há a possibilidade de aprendizado recíproco.

¹²⁹ Quanto à razão transversal, Neves (2009, p. 39) a formula, com base em Welsch, como “uma razão que não é outorgada aos jogos de linguagem particulares, mas, ao contrário, está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como ‘pontes de transição’ entre heterogêneos”.

parceiro(s) no diálogo, ou seja, apropriação sempre refletida da racionalidade alheia (reinterpretação e reconstrução refletida do outro à luz da ordem receptora).

Assim, o desenvolvimento de uma racionalidade transversal se daria porque a racionalidade parcial de cada ordem jurídica seria posta em diálogo com as racionalidades parciais de outras ordens jurídicas, considerando o ponto de vista do *alter* (NEVES, 2009). Nesse sentido, seria possível falar em “pontes de transição” entre as diversas racionalidades parciais, propiciando o contato entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens na solução de problemas constitucionais comuns (NEVES, 2009).

Cumprе ressaltar, contudo, que o fenômeno do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas não se reduziria ao diálogo entre Cortes, posto que também estaria ligado a relações entre administração, legislativo, organismos internacionais, supranacionais, etc. (NEVES, 2014, p. 194). A importância que se entende haver na perspectiva transconstitucional, quando se trata da solução de problemas constitucionais comuns, é a de que, ocasionalmente, uma ordem jurídica – com sua racionalidade parcial – possui “pontos cegos”, ou seja, coisas que não consegue ver a partir de sua racionalidade própria (NEVES, 2009, p. 297-298, 2014, p. 19). Assim, a ideia que perpassa a criação de “pontes de transição” entre ordens jurídicas diversas é que as demais ordens, com sua perspectiva distinta, poderiam enxergar o “ponto cego” alheio, contribuindo para o aprimoramento no trato do problema constitucional em questão (NEVES, 2009, p. 297-298, 2014, p. 19).

Dito isso, para além de demais experiências internacionais, regionais ou nacionais de ordens diversas constantes nos autos do processo judicial em comento, a respeito das questões jurídicas que envolvem identidade de gênero e as pessoas trans, cumprе ressaltar algumas específicas referentes à situação do uso do banheiro por tais indivíduos, destacadas no parecer do CLAM e do LIDIS. Nesse sentido, no ano de 2014, a Suprema Corte Judicial de Maine (*Maine Supreme Judicial Court*) teria considerado que o impedimento a uma aluna trans de utilizar o banheiro feminino, em sua escola, consistia em discriminação em virtude de sua identidade de gênero¹³⁰. Na situação, isso implicava uma violação à lei de direitos humanos do Estado de Maine (CLAM; LIDIS, 2015, p. 19).

No ano de 2015, a seu turno, em sede administrativa, a Comissão para a Igual Oportunidade de Emprego dos Estados Unidos¹³¹ teria proferido julgamento em que afirmara que a negativa de acesso de empregados e empregadas transexuais ao banheiro referente ao

¹³⁰ Trata-se do caso *John Doe et al. v. Regional School Unit 26*; para um relato, cf. Archibald (2014, p. 59-63).

¹³¹ Trata-se, segundo o parecer, de uma agência reguladora federal com a incumbência de aplicar as leis federais antidiscriminação (CLAM; LIDIS, 2015, p. 19).

gênero autoidentificado constituiria discriminação por motivo de sexo, vedada pela Lei dos Direitos Civis (*Civil Rights Act*), de 1964 (CLAM; LIDIS, 2015, p. 19). No mesmo ano, o Departamento de Justiça Americano, conjuntamente com o Departamento de Educação, teria se posicionado favoravelmente a um aluno trans, em situação que envolvia o uso de banheiro masculino em escola no Estado da Virgínia, caracterizando a discriminação baseada na identidade de gênero como uma discriminação por motivo de sexo (CLAM; LIDIS, 2015, p. 20).

Assim, percebe-se que, não obstante a situação vulnerável das pessoas trans, paulatinamente a temática da identidade de gênero tem entrado na pauta de discussão das instâncias públicas. No caso específico da utilização de banheiros em locais de acesso público em conformidade ao gênero autoidentificado, já há precedentes, nos Estados Unidos da América, assegurando o respeito à autonomia desses indivíduos.

3.7.4 Danos ocasionados às pessoas trans pelas práticas discriminatórias

Importante ressaltar que o parecer apresentado discorre sobre os efeitos danosos que as discriminações acarretam às pessoas trans. Nesse sentido, destaca que em ao menos três perspectivas tais lesões poderiam ser analisadas (CLAM; LIDIS, 2015, p. 21).

Assim, sob a ótica individual, a negação do reconhecimento, decorrente dessas práticas discriminatórias, impediria a formação do autorrespeito e da autoestima, prejudicando o desenvolvimento da identidade individual. Tal afirmação, conforme visto, está em consonância com os ensinamentos de Axel Honneth, mencionado em nota na petição (CLAM; LIDIS, 2015, p. 21).

Ademais, visto por uma perspectiva de grupo, negar o reconhecimento da capacidade de as pessoas trans tomar decisões que envolvem a própria identidade sexual, enquanto se reconhece essa capacidade aos demais grupos sociais, implica uma situação de desigualdade que se confunde com a exclusão e a invisibilidade daquele grupo vulnerável (CLAM; LIDIS, 2015, p. 21). Trata-se, desse modo, de colocá-los à margem do direito, rebaixando sua condição humana (CLAM; LIDIS, 2015, p. 22).

A terceira perspectiva, por sua vez, envolve a relação entre tal desrespeito e a qualidade da democracia, visto que, ao conferir esse *status* desigual às pessoas trans, impõe-se obstáculos externos (sociais) e, também, internos (psicológicos) à participação desses

indivíduos nos processos coletivos de tomada de decisões estatais (CLAM; LIDIS, 2015, p. 22)¹³². Ressalta-se que tal efeito se verificaria, em decorrência de práticas discriminatórias, ainda que inexistentes mecanismos formais a impedir essa participação (CLAM; LIDIS, 2015, p. 22). Embora não mencionada no parecer em comento, aqui se verifica uma violação ao princípio da igualdade em sua acepção procedimental, nos termos defendidos por Cruz (2005), exposta anteriormente.

3.7.5 *Direito ao reconhecimento?*

O parecer dos *amici curiae* em análise relaciona um aspecto da igualdade material com um suposto direito ao reconhecimento¹³³, referente à “necessidade de garantir-se que os indivíduos possam ser reconhecidos e se reconhecer enquanto membros da sociedade merecedores de igual respeito e consideração por seus pares” (CLAM; LIDIS, 2015, p. 19). Desse modo, o direito de ser tratado pelo gênero autoidentificado se confundiria com o “direito de ser reconhecido, em primeiro lugar, em sua condição de indivíduo moralmente autônomo e, em segundo lugar, no que diz respeito à legitimidade de sua decisão” (CLAM; LIDIS, 2015, p. 19).

Nesse sentido, cumpre, aqui, discorrer sobre a possibilidade, do ponto de vista das construções teóricas de Axel Honneth, da existência de um “direito ao reconhecimento”, conforme aduzido pelos *amici curiae* em questão. Para tanto, considerando a multiplicidade de acepções em que a palavra “direito” é utilizada, no cotidiano social e em esferas públicas, urge distinguir ao menos dois significados que tal termo pode adquirir: enquanto reivindicação de teor moral e político e enquanto direito subjetivo jurídico (pretensão ou faculdade jurídica que pode ser imposta coercitivamente por meio da adjudicação – processo judicial)¹³⁴.

¹³² Ressalte-se que, para Honneth (2009a), não é apenas o reconhecimento da capacidade de formação reflexiva de juízos que assegura aos indivíduos sua autonomia. É necessária, também, a existência de outras relações de reconhecimento, que permitam a esses a formulação de uma autoestima, percebendo como suas habilidades, capacidades e necessidades são importantes e aptas a serem valorizadas socialmente. Sem essa segurança pessoal, aos indivíduos é negada ou dificultada a possibilidade de participação pública nas interações sociais por meio das quais podem articular essas necessidades e habilidades (HONNETH, 2009a, p. 364).

¹³³ O parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República (2015, p. 30) também parece adotar postura semelhante, no sentido de caracterizar o reconhecimento como um direito jurídico, ao afirmar que “o direito ao reconhecimento, portanto, deve afirmar-se como um direito, em primeiro lugar [...]”.

¹³⁴ Nesse sentido, Dworkin (2011, p. 328) ressalta que, de um modo geral, as pessoas usam a palavra “direito” (*right*) em diversos sentidos. A segunda acepção da palavra “direito”, aqui trabalhada – enquanto faculdade passível de ser imposta judicialmente – corresponde à ideia de direitos jurídicos (*legal rights*) adotada por

Desse modo e, considerando as advertências já realizadas quanto às limitações do sistema jurídico – como esfera apenas potencial da liberdade social –, julga-se inadequado se referir a um “direito ao reconhecimento”, na acepção de um direito subjetivo jurídico. “Reconhecimento” é uma categoria que se reporta a experiências intersubjetivas que possibilitam os indivíduos estabelecerem autorrelações práticas positivas indispensáveis ao processo de formação e afirmação da identidade individual, que não consegue ser determinado judicialmente – mormente em se considerando a caracterização que Honneth faz da esfera jurídica enquanto um espaço da liberdade negativa, que permite às pessoas se retirar momentaneamente de suas obrigações interpessoais de justificação.

Assim, resta apenas a possibilidade de se referir a um “direito ao reconhecimento” enquanto reivindicação política e moral, no sentido de que determinados indivíduos, em certas ocasiões, possuem uma expectativa legítima de reconhecimento recíproco. De fato, as experiências de desrespeito e humilhação decorreriam das hipóteses em que os sujeitos conseguem interpretar como ilegítimas as rupturas que lhes fora imposta a tais relações, descumprindo injustamente aquilo que articulam como o adequado a partir dos princípios de reconhecimento inscritos na prática social respectiva.

Portanto, conclui-se que, em se tratando da utilização da categoria “direito” como reivindicações morais e políticas, não há problema algum em se referir à existência de um “direito ao reconhecimento”. Entretanto, caso o uso em questão se reporte a “direito subjetivo jurídico”, a expressão se torna inadequada, no marco da teoria do reconhecimento tal como formulada por Axel Honneth. Desse modo e, notadamente em se considerando o emprego do termo no âmbito de um processo judicial, a expressão “direito ao reconhecimento” possui um efeito pernicioso, no sentido de gerar incompreensões e possíveis inconsistências com o marco teórico estabelecido por Honneth.

3.8 O voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso

3.8.1 *Teses do voto*

O Min. Luís Roberto Barroso, relator no recurso extraordinário em comento, proferiu voto oral na sessão de julgamento ocorrida na data de 19 de novembro de 2015. Na ocasião, ressaltou que, no mundo contemporâneo, a igualdade se expressaria particularmente em três

esse jurista (DWORKIN, 2011, p. 406). Na primeira interpretação, entretanto, o uso dessa palavra se assemelha – embora não se confunda – com a noção de direitos ideais (*ideal rights*) mencionada por Quong e Stone (2015), relativa a reivindicações de justiça, com um teor moral.

dimensões: formal (que vedaria a hierarquização entre pessoas, bem como privilégios ilegítimos), material (envolvendo demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar no âmbito da sociedade) e como reconhecimento – esta última que importaria para a resolução do caso.

No tocante a essa última dimensão – igualdade como reconhecimento –, se reporta ao respeito que se deve às minorias, no tocante às suas diferenças, sejam étnicas, de identidade, gênero, etc. A injustiça, em casos tais, não estaria na lei, ou na distribuição de bens no âmbito da sociedade, mas em modelos culturais (simbólicos) adotados, decorrendo de uma postura de não aceitação do outro, do diferente.

Assim, certos grupos seriam vítimas de uma dominação efetivada por aqueles que ocupam estratos mais elevados no âmbito da sociedade. O remédio contra as discriminações contra as minorias em geral e, especificamente quanto aos transgêneros, seria uma mudança capaz de criar uma cultura aberta às diferenças – conclusões que o Min. Barroso efetiva a partir dos ensinamentos de Nancy Fraser.

Desse modo, a luta pelo reconhecimento teria uma ambiguidade, presente na afirmação de Boaventura de Sousa Santos, de acordo com a qual as pessoas teriam o direito de serem tratadas como iguais, quando as suas diferenças as inferiorizam, mas teriam direito a serem tratados de modo diverso, quando a igualdade as descaracterizam. A dimensão do reconhecimento estaria relacionada a quem é diferente, à aceitação dos que desviam dos padrões aceitos pela ideologia dominante. Para o Min. Barroso, os transexuais constituiriam uma das minorias mais marginalizadas e estigmatizadas na sociedade.

Dito isso, ao menos três fundamentos jurídicos embasariam o direito de as e os transexuais serem tratados socialmente de acordo com o gênero autoidentificado, dos quais dois estariam relacionados à dignidade humana, enquanto o outro à democracia. De acordo com o Min. Barroso, a dignidade humana incluiria o valor intrínseco da pessoa humana, bem como a autonomia dessa, que poderia ser limitada por outros direitos fundamentais.

Do ponto de vista desse valor intrínseco, dimensão ontológica do ser humano, todas as pessoas seriam um fim em si mesmo, não podendo ser utilizadas como meio para satisfação de vontades coletivas ou desejos alheios, no que o voto se reporta ao imperativo categórico formulado por Kant. Da perspectiva jurídica, esse valor intrínseco geraria um conjunto de direitos, dentre os quais se destacaria o direito à igualdade. Desfrutando os indivíduos de igual valor intrínseco, todos teriam o mesmo direito ao igual respeito e consideração, razão pela qual, interpretando-se a igualdade como reconhecimento, dever-se-ia combater práticas sociais arraigadas que inferiorizam grupos sociais, negando-lhes o valor mencionado. Desse

modo, o padrão cisgênero rotularia as pessoas trans como aberrações, acarretando o desrespeito diário do valor intrínseco dessas. Dito isso, tal dimensão da dignidade implica o respeito à identidade das e dos transexuais, impondo um tratamento social condizente com o gênero autoidentificado.

No tocante à dimensão da dignidade enquanto autonomia, essa se relaciona à capacidade de autodeterminação (fazer escolhas existenciais essenciais). Na situação do caso, tratar-se-ia de autonomia para viver a própria identidade (gênero autoidentificado), posto que, nos termos do voto do Min. Barroso, ser ou não transexual não seria uma escolha, mas um fato da natureza.

Ademais, embora a autonomia seja um dado importante da dignidade, ela possuiria limites, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais de outras pessoas. Determinar à sociedade que trate as pessoas trans de acordo com a identidade de gênero dessas não violaria direito algum. Portanto, não se verificaria direito fundamental contraposto ao direito das e dos transexuais ao tratamento adequado.

A título de argumentação, o Min. Barroso discorre a respeito de eventual alegação de que as mulheres cisgêneras teriam sua intimidade lesada pela presença de uma mulher transexual no banheiro feminino (direito fundamental à privacidade). Para o magistrado, uma ponderação, na hipótese, seria de fácil solução, porque o suposto constrangimento àquelas mulheres seria limitado, notadamente em razão de que o uso do banheiro para realização das necessidades fisiológicas, em banheiros femininos, ocorre em cabines privativas e, além disso, a mera presença de mulheres transexuais nas áreas comuns não seria comparável ao constrangimento que estas sofreriam ao ingressar em um banheiro masculino. Seria uma agressão à identidade das e dos transexuais obrigá-los a utilizar o banheiro conforme o gênero que lhes fora atribuído no nascimento, de modo que, considerando essas razões, o direito à liberdade de viver a própria identidade, enquanto liberdade existencial, possuiria maior peso relativo na hipótese.

Quanto ao reconhecimento relacionado à democracia, o Min. Barroso compreende que o Estado democrático tem o dever de proteger as minorias. A democracia, nesse sentido, não seria unicamente o governo da maioria, possuindo também uma dimensão substantiva relativa à proteção dos direitos fundamentais das pessoas, funcionando como pré-condições daquela. Embora seja provável que o reconhecimento do tratamento social adequado das e dos transexuais cause constrangimento e estranheza à maior parte da população brasileira, notadamente em se considerando o relativo pouco tempo em que a questão começara a ser

abertamente debatida no âmbito da sociedade, isso não seria uma razão suficiente para decidir de forma contrária à recorrente, considerando que a hipótese versa sobre direto de minorias.

Assim, as Cortes Constitucionais, como o STF, desempenhariam, normalmente, três papéis: o contramajoritário, quando invalidam leis inconstitucionais (papel típico); o representativo, quando implementam demandas sociais que não foram atendidas no tempo adequado pelo processo político majoritário; o iluminista, que não é propriamente contramajoritário – não se está invalidando uma lei – e nem representativo – porque não se busca atender à vontade da maioria da sociedade –, mas que ocorre no sentido de fazer valer a razão, materializada na Constituição, contra os preconceitos presentes nas grandes massas (papel excepcional, a ser exercido com parcimônia). Essa última postura seria a requerida do STF, na hipótese.

Dito isso, o Min. Barroso votou pelo provimento do recurso extraordinário, com o consequente reestabelecimento da condenação à indenização estabelecida na sentença. Quanto à repercussão geral, propôs a seguinte adoção 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” (BRASIL, 2015e).

3.8.2 *Transexualidade: escolha ou condição pessoal?*

De acordo com o Min. Barroso, a transexualidade seria uma condição inata, não se tratando de uma questão de escolha pessoal (BRASIL, 2015e). Em sentido semelhante, o NPJ/CESUSC afirma na petição inicial, que, “ao contrário do que muitos possam crer, a transexualidade não é uma opção, até mesmo porque ninguém optaria por ser transexual e passar a vida sujeito a discriminações” (AMA, 2009b, p. 12).

Lado outro, o seguinte excerto do parecer apresentado conjuntamente por CLAM e LIDIS (2015, p. 14-15) pode sugerir outra interpretação das experiências trans¹³⁵, como se derivassem de uma escolha (liberdade) individual:

47. Sem dúvida, a decisão de como expressar e desenvolver sua identidade de gênero é um desdobramento da capacidade de autodeterminação do indivíduo.

¹³⁵ Sem dúvida, outra interpretação do excerto apresentado pode indicar que os *amici curiae* em questão quiseram se referir à autonomia unicamente quanto à conduta de se expressar publicamente conforme o gênero autoidentificado, e não ao processo de identificação com o gênero oposto àquele designado no nascimento. Entretanto, para fins do presente trabalho, interessa menos a correta compreensão da fala apresentada por CLAM e LIDIS – no sentido de qual significado pretendiam os *amici curiae* impingir à afirmação – do que o debate que essa contraposição pode suscitar.

Eleger como portar-se, vestir-se e apresentar-se aos olhos dos outros compõe o rol das escolhas mais fundamentais e determinantes que uma pessoa pode fazer em sua vida.

48. Ser livre para decidir sobre o seu corpo, sua aparência e expressão inclui poder exercitar essa liberdade no espaço público. E, sem dúvida, a vedação dessa possibilidade por meio de óbices impostos pelo Estado ou por particulares constitui uma restrição ilegítima a essa liberdade tão basilar.

Portanto, a seguinte questão poderia ser colocada: a identificação com o gênero oposto àquele atribuído ao nascer é uma condição inata ou decorre do exercício da liberdade individual? Entretanto, crê-se que dar relevância a essa indagação significa, implicitamente, reafirmar a interpretação patológica das identidades trans.

Nesse sentido, parte-se da premissa de que a transexualidade, por ser algo anormal, necessitaria de uma explicação – seja ela buscada em causas biológicas, psicanalíticas, sociais, ou compreendida como fruto do arbítrio individual –, enquanto a normalidade das identidades cisgêneras é afirmada. Acredita-se, contudo, que não há que se procurar uma “causa” individual para as identidades trans, posto que as únicas justificativas para a existência da transexualidade enquanto tal teriam natureza difusa: seriam a cultura, as normas e os discursos que criam uma distinção entre corpos-sexuados (dimorfismo sexual) e a relação de linearidade pressuposta entre esses corpos e o gênero, relegando as identidades trans à posição de anormalidade. Nesse sentido, retoma-se, aqui, a observação realizada por Bento (2014), segundo a qual a transexualidade não seria uma experiência universal do ponto de vista histórico.

Contudo, ressalte-se que, apesar dessa observação, o argumento da autonomia privada das pessoas trans continua a ter relevância para a resolução do caso concreto, posto que a vivência social e efetiva do gênero autoidentificado é um exercício de liberdade – ainda que numa concepção necessariamente intersubjetiva, tal como a aqui defendida. Em razão disso é que se crê que o Min. Barroso, não obstante compreender a transexualidade como uma condição inata, ressalta que a possibilidade de vivência da identidade atrai a incidência do princípio da dignidade, em sua dimensão da autonomia, relativa a ser quem se é (BRASIL, 2015e). Saliente-se que, conforme já destacado, a estratégia pautada na autonomia e no direito à liberdade, para a proteção das pessoas trans, permite evitar o recurso à caracterização dessas vivências como uma patologia (SUIAMA, 2011, p. 191).

3.9 O voto do Ministro Luiz Edson Fachin

3.9.1 *Teses do voto*

De acordo com o voto divulgado do Min. Luiz Edson Fachin, o movimento de repersonalização do Direito Privado teria acarretado a alteração do olhar, antes restrito à categoria do sujeito de direito (indivíduo formalmente igual aos demais, apto a contratar) para a pessoa – enquanto alguém real, dotado de individualidade própria –, o que atrairia a preocupação com a igualdade em sua acepção material. A vivência social, demonstrando a diversidade de modos pelos quais os seres humanos podem se apresentar, com suas particularidades, possuiria a capacidade de reformulação do Direito, de modo que se sobressai a força constitutiva dos fatos, estes também fonte de normatividade.

Dito isso, destaca que a solução da situação apresentada no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC perpassaria a compreensão da dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, III, CRFB/88, bem como a cláusula material de abertura, prevista no art. 5º, § 2º, CRFB/88. O caso versaria, portanto, sobre direitos fundamentais e a eficácia horizontal desses, bem como sobre os direitos da personalidade.

Referindo-se a dados citados por CLAM e LIDIS, bem como no parecer da Procuradoria-Geral da República, considera que o deslinde da controvérsia possuiria aptidão para refletir na segurança e integridade das pessoas trans, uma minoria estigmatizada. Imprescindível seria adotar uma postura de alteridade e empatia, à luz da solidariedade, um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, I, CRFB/88).

Assim, ressalta que a CRFB/88 albergaria a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), bem como a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), a inviolabilidade da intimidade, honra, vida privada e imagem das pessoas, garantindo o direito à indenização em caso de dano moral ou material por sua violação (art. 5º, X). Tais dispositivos, para serem corretamente compreendidos, dependeriam de uma interpretação à luz da cláusula de tutela geral da personalidade, que estaria fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, também necessitariam de uma leitura compatível com a perspectiva da prevalência dos direitos humanos, mormente em razão da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, CRFB/88, princípio que rege as relações internacionais do Estado brasileiro (art. 4º, II, CRFB/88).

Desse modo, a igualdade entre homem e mulher, interpretada conforme o postulado da não discriminação, dialogaria com o disposto no art. 2º, 1 e no art. 26, ambos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que vedam a discriminação por motivo de sexo

ou qualquer outra condição. Tais normas abarcariam, de acordo com o magistrado, as mulheres e os homens transexuais.

Além disso, partindo do conceito de identidade de gênero previsto na Introdução aos Princípios de Yogyakarta, que ressalta o caráter interno e profundo do sentimento de pertencimento a determinado gênero, compreende que os dispositivos constitucionais que se reportam à intimidade e à vida privada possuiriam incidência no caso em julgamento. E, aqui, com base nos ensinamentos de Camilla de Jesus Mello Gonçalves, reputa que condicionar o reconhecimento da identidade de gênero à realização de cirurgia de transgenitalização seria impor uma segunda e grave violação às pessoas trans, que daria ensejo à verificação de um dano moral.

Ainda amparado nas ilações da jurista mencionada, ressalta que a identidade de gênero, a partir da perspectiva da identidade individual, possuiria uma dupla dimensão: a do resguardo, conforme referida proteção à intimidade e à vida privada (processo de autoconhecimento quanto à convicção íntima de pertencimento a determinado gênero), e uma intersubjetiva, incidente no âmbito relacional, que se reporta à expressão pública do gênero autoidentificado. Restando os órgãos sexuais (anatomia do sexo) pertencentes à dimensão privada da identidade, na cultura ocidental, importaria para o respeito à identidade de gênero apenas a segunda perspectiva, relativa à expressão pública dessa.

Contudo, como forma de evitar eventuais abusos de direito e tentativas de enriquecimento ilícito, por meio de indenizações por dano moral, tal magistrado acolhe a consideração efetivada no parecer da Procuradoria-Geral da República, mediante a qual se faria necessário um mínimo de exteriorização da vontade de se identificar com determinado gênero para o respeito a essa identidade. Essa consideração, ademais, permitiria adotar um marco distintivo entre a vivência de gênero como identidade e como funcionalidade, restringindo-se a proteção da identidade de gênero àquela situação, conforme propugna mencionado parecer.

Cumpra consignar que o voto em questão conclui pela ocorrência de dano moral, independentemente de ter sido ou não agressiva a abordagem da segurança, quando da retirada da autora do banheiro feminino. Assim, dando provimento ao recurso, aduz a necessidade de majorar o valor da condenação imposto em primeira instância, para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigidos desde a data do evento (BRASIL, 2015f).

3.9.2 “Esfera” ou “vida” privada? O caráter intersubjetivo da autonomia individual

Reportando-se a distinção efetivada por Stéfano Rodotà, o Min. Fachin destaca uma preferência pelo termo “esfera privada” ao invés de “vida privada”, ao tratar da temática da intimidade no âmbito da transexualidade, porque o aspecto privado estaria em constante interação com a esfera pública¹³⁶ – relações travadas no seio social (BRASIL, 2015f, p. 9). Trata-se, assim, a partir dos ensinamentos de Gonçalves (2014), do reconhecimento de uma dupla dimensão da identidade individual das pessoas trans: a do resguardo (convicção íntima de pertencimento ao gênero distinto àquele atribuído ao nascimento) e a da expressão pública da identidade de gênero (dimensão relacional, intersubjetiva, da identidade, exposta mediante gestos, atos ou palavras¹³⁷) (BRASIL, 2015f, p. 9).

A partir da teoria do reconhecimento, tal como formulada por Axel Honneth, pode-se não apenas confirmar essa interação entre a esfera pública e a formação da identidade individual, mas explorá-la de uma forma mais profunda. Isso porque, de acordo com mencionado filósofo, a autonomia individual é necessariamente intersubjetiva, posto que, ao contrário da interpretação dominante no seio das teorias liberais, essa é compreendida, naquele marco teórico, não como algo previamente dado aos indivíduos de modo individualista, mas como imprescindivelmente construída e adquirida no âmbito das relações sociais de reconhecimento recíproco – intersubjetivamente, portanto (HONNETH, 2003a, p. 181, 2009b, p. 353-354; HONNETH; ANDERSON, 2011).

Desse modo, apenas a partir do momento em que se tornam capazes de manter certas atitudes em relação a si próprios – notadamente, autoconfiança, autorrespeito e autoestima, mediante o reconhecimento recíproco –, os sujeitos estão aptos a compreender a autonomia pessoal (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 87-88). Portanto, essa depende, necessariamente, de condições socialmente favoráveis (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 86).

Assim, sendo a autonomia algo que apenas se adquire intersubjetivamente, está sujeita a rupturas no âmbito das interações sociais, ou seja, está vulnerável a práticas de

¹³⁶ Destaque-se que, enquanto estratégia para a proteção da identidade de gênero das pessoas trans, Langley (2006, p. 116) prefere a utilização do argumento da liberdade, se comparado à ideia de privacidade, como modo de se buscar a superação de uma falsa dicotomia entre o privado e o público.

¹³⁷ Essa dimensão relacional da identidade também é afirmada no parecer apresentado por CLAM e LIDIS (2015, p. 10-11), ao aduzir que “por vivermos em sociedade, construímos nossas identidades dialogicamente, a partir do olhar do outro e, por isso, seu reconhecimento é tão relevante na definição do que nós próprios somos”.

negativa de reconhecimento recíproco e distorção nessas relações que a assegura (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 87), o que se pôde perceber quando da análise das experiências de desrespeito, descritas por Honneth. Cumpre ressaltar, contudo, que, embora a filosofia social elaborada por tal filósofo adote uma metodologia negativa, por ter como objeto central as circunstâncias que impedem a busca individual pela realização de uma boa vida (ZURN, 2015, p. 122), no tocante ao desenvolvimento da autonomia pessoal as relações intersubjetivas também possuem um potencial positivo, visto que são condições de possibilidade para a própria existência da liberdade efetiva. Desse modo, as práticas e instituições sociais não são exteriores à liberdade individual, mas elementos constitutivos dessa (ZURN, 2015, p. 160).

Ressaltado isso, destaque-se que, se se compreende que os indivíduos são mais vulneráveis, carentes e interdependentes do que o modo pelo qual foram representados pelo modelo liberal tradicional (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 84), a dogmática constitucional, no tocante à temática da incidência do princípio da igualdade nas relações particulares, versando sobre práticas discriminatórias, deve levar em consideração esse fator, para oferecer uma solução diferenciada que seja adequada aos objetivos e princípios fundamentais adotados pela CRFB/88. Essas considerações de filosofia social, contudo, não restam presentes nas teorias da doutrina nacional sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, expostas anteriormente.

3.10 Memorial apresentado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) e pelo Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS)

3.10.1 Teses dos amici curiae

Inicialmente, a ABGLT e o GADvS anotam que o caso em questão versa sobre a defesa de direitos de minorias – na hipótese minorias de gênero –, a atrair a necessidade do exercício de uma função contramajoritária que seria imanente à jurisdição constitucional. De acordo com o memorial, a sociedade teria o dever constitucional de respeitar a identidade de gênero dos/das transexuais e das travestis. O direito à identidade de gênero seria inerente ao princípio da igualdade, bem como ao da dignidade humana.

Assim, no tocante à isonomia, para a incidência no caso, adotam a concepção material dessa, porém compreendida na forma de um direito à diferença, recorrendo-se à doutrina de Boaventura de Sousa Santos. Nesse sentido, tratar as pessoas trans com igualdade

em relação às pessoas que possuiriam o mesmo “sexo biológico” seria descaracterizar a identidade de gênero daquelas.

No que se refere à violação ao princípio da dignidade humana, o memorial se ampara na proibição da instrumentalização das pessoas em prol de outros fins, que estaria presente nas digressões de Kant. Segundo tal raciocínio, “não impor o respeito à identidade de gênero das pessoas trans implica em coisificá-las, em instrumentalizá-las a um ideal cisgênero de sociedade, no qual só teria dignidade e respeito a pessoa cisgênera” (ABGLT; GADVS, 2015, p. 4). Ademais, importaria, também, em violar o direito ao igual respeito e consideração, segundo aceção dada por Ronald Dworkin.

Assim, a dignidade humana imporia um respeito à individualidade das pessoas trans, de modo a reconhecer a autonomia moral dessas de viver as próprias vidas da forma que melhor lhes convenha, desde que não causem prejuízos a terceiros – o que não ocorreria nas vivências trans. O não respeito à identidade de gênero seria um fator que levaria diversas pessoas trans a abandonarem a escola – ou se poderia dizer melhor, sofrerem um fenômeno de expulsão¹³⁸ –, e, jogadas na marginalidade, a maioria acabaria sendo obrigada a se submeter à prostituição.

Ademais, impedir uma mulher transexual de usar o banheiro feminino é aceitar o risco de que ela seja agredida no banheiro masculino. Tal proibição implicaria presumir que elas irão fazer algo de errado naquele banheiro (feminino), o que viola a presunção de boa-fé, enquanto princípio geral de direito. Destaca-se, ainda, que a não aceitação do uso desses banheiros por parte das mulheres *cis* constitui mero preconceito transfóbico, em razão de identidade de gênero, que não poderia ser utilizada como fator de discriminação em virtude do disposto no art. 3º, IV da CRFB/88.

Além disso, os *amici curiae* em questão ainda ressaltam alguns pontos adicionais. Nesse sentido, afirmam o caráter não patológico das identidades trans, notadamente com amparo nos estudos de Berenice Bento. Apesar disso, o conceito positivo de saúde – que se baseia não no estado de ausência de doenças, mas no bem-estar físico, psíquico e social – ampararia a pretensão das pessoas trans de terem a sua identidade de gênero respeitada, independente de uma visão patológica desta.

O memorial aduz, ainda, fundamentando em lições de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite, que o direito à identidade de gênero integraria o núcleo do direito à

¹³⁸ Segundo Bento (2011, p. 555), nesse contexto a utilização do termo “expulsão”, em preferência à ideia de “evasão”, possibilitaria expor as verdadeiras causas que levam certas crianças a não frequentar o espaço escolar, relativas, muitas vezes, à intolerância presente no cotidiano desses locais.

identidade pessoal, direito fundamental implícito. Desse modo, o Direito deveria reconhecer a eficácia das decisões pessoais no tocante à expressão do gênero autoidentificado, sob pena de violação à personalidade jurídica.

Assim, a ABGLT e o GADvS opinaram pelo provimento do recurso extraordinário, concedendo-se, portanto, indenização à recorrente. No tocante à tese a ser fixada a título de repercussão geral, manifestaram adesão àquela proposta pelo Ministro Barroso (ABGLT; GADVS, 2015).

3.10.2 Notas aos questionamentos efetivados pelos Ministros Marco Aurélio, Fux e Lewandowski

Relata o memorial que o Min. Fux, na sessão oral de julgamento do recurso extraordinário em questão, ocorrida no dia 19 de novembro de 2015, teria indagado se a recorrente já se submetera à cirurgia de transgenitalização (ABGLT; GADVS, 2015, p. 15). Em relação a esse questionamento, os *amici curiae* ressaltaram que esse fato é irrelevante para a solução do caso, posto que, independente de qualquer indagação nesse sentido, Ama é mulher, de acordo com os conceitos de gênero e identidade de gênero utilizados na petição (ABGLT; GADVS, 2015, p. 15). De fato, a cirurgia em questão não é imprescindível à vivência de gênero, conforme já disposto no presente trabalho.

O Min. Marco Aurélio, por sua vez, teria questionado se Ama possuiria aparência feminina, “por considerar que seria inimaginável que, neste caso, tivesse sido expulsa do banheiro feminino” (ABGLT; GADVS, 2015, p. 16). Em resposta a tal indagação, o memorial se reporta à colocação efetivada na ocasião pelo Min. Barroso, ao aduzir que se a aparência das mulheres transexuais, em sua maioria, fosse idêntica à das mulheres cisgêneras que se adaptam aos estereótipos de gênero acerca da feminilidade, a discriminação sequer ocorreria (ABGLT; GADVS, 2015, p. 16). Assim, na aparência das mulheres trans geralmente haveria, nas palavras do Min. Barroso, um “quê de extravagância”, que não seria um critério de diferenciação válido do ponto de vista jurídico (ABGLT; GADVS, 2015, p. 16).

Ademais, o Min. Marco Aurélio teria externado uma preocupação de índole processual, a respeito da jurisprudência consolidada do STF de se negar a realizar o reexame de provas em sede de recurso extraordinário (ABGLT; GADVS, 2015, p. 16). Entretanto, demonstra o memorial que o quadro fático do acórdão recorrido seria claro, ao concluir que teria ocorrido uma exclusão da recorrente, mulher transexual, do banheiro feminino (ABGLT; GADVS, 2015, p. 16-17). O que se atacaria no recurso, e seria unicamente o objeto de

divergência em relação aos votos apresentados pelo Min. Barroso e pelo Min. Fachin, seria a tese adotada na origem, segundo a qual “não configura(ria) dano moral a expulsão de transexual de banheiro incompatível com a sua identidade de gênero (ou seja, que transexuais só poderiam usar banheiros de acordo com seu ‘sexo biológico’)” (ABGLT; GADVS, 2015, p. 16). Afirma-se, ademais, que as colocações do Min. Marco Aurélio é que se distanciariam do quadro fático do acórdão, ao indagar sobre algo não questionado na origem, qual seja, a feminilidade comportamental e a aparência da recorrente (ABGLT; GADVS, 2015, p. 17).

Quanto ao Min. Lewandowski, esse teria manifestado uma preocupação com a segurança das mulheres e meninas cisgêneras nos banheiros femininos, em virtude da situação de vulnerabilidade dessas (ABGLT; GADVS, 2015, p. 17). Anota o memorial que, por ocasião do julgamento, o Min. Barroso já teria afirmado que seria preconceito presumir que as mulheres trans fossem fazer algo de errado no banheiro feminino, concordando os *amici curiae* com tal argumento (ABGLT; GADVS, 2015, p. 17-18). Igualmente, rejeita-se uma suposta solução do terceiro banheiro, ou banheiro trans, que reavivaria a doutrina do “separados, mas iguais” (ABGLT; GADVS, 2015, p. 18).

Ainda sobre a questão, o parecer apresentado por CLAM e LIDIS teria ressaltado que “não se pode jogar nas costas de uma minoria profundamente estigmatizada o temor de abuso sexual de mulheres cisgêneras por homens cisgêneros mal intencionados que se disfarçam de mulheres trans para usar o banheiro feminino” (ABGLT; GADVS, 2015, p. 18-19). Um eventual dano hipotético a mulheres cisgêneras não poderia ser utilizado para se recusar a enfrentar um problema concreto das mulheres trans (ABGLT; GADVS, 2015, p. 19). Medidas menos gravosas – e, portanto, respeitantes do princípio da proporcionalidade – poderiam ser adotadas para combater tal temor de uma lesão futura às mulheres cisgêneras, como a determinação de proteção dessas por meio de seguranças femininas treinadas e câmeras de vigilância, dentre outras (ABGLT; GADVS, 2015, p. 19).

3.10.3 Sexo, gênero e binarismo: os estudos queer

De acordo com os *amici curiae*, “os estudos feministas do século XX já provaram cabalmente que masculinidade e feminilidade são questões puramente culturais” (ABGLT;

GADVS, 2015, p. 6). De fato, na construção histórica dos debates sobre gênero¹³⁹, uma concepção que teve bastante força no âmbito das teorias feministas seria aquela segundo a qual os gêneros seriam atributos formulados culturalmente para o masculino e o feminino, levando em consideração as diferenças sexuais, como forma de estabelecer uma estrutura hierarquizada (BENTO, 2008, p. 50). Bento (2008, p. 50) questiona essa concepção porque ela culmina por naturalizar o dimorfismo sexual, ou seja, uma estrutura binária universal de distinção entre corpos-sexuados, como se fosse algo pré-cultural, mantendo uma dicotomia entre sexo (natureza) e gênero (cultura). Ao nível teórico, a contestação dessa visão teria sido empreendida pelos estudos *queer* (BENTO, 2008, p. 51).

Enquanto movimento político, o *queer* surgiu no âmbito de movimentos sociais que buscavam desvincular a sexualidade da reprodução, destacando a importância do prazer (MISKOLCI, 2012, p. 22). Assim, compunha um esforço crítico contra a ordem sexual vigente, "possivelmente associado à contracultura e às demandas daqueles que, na década de 1960, eram chamados de novos movimentos sociais" (MISKOLCI, 2012, p. 21). Ao nível de teoria, os estudos *queer*¹⁴⁰ teriam se consolidado na década de 1980, principalmente nos Estados Unidos da América (MISKOLCI, 2012, p. 22-23; PINO, 2007, p. 160).

Dito isso, cumpre destacar que essa vertente teórica desloca o foco da explicação da constituição das identidades, do indivíduo para a genealogia dos discursos que formam as estruturas sociais que produzem identidades patologizadas, fora da categoria da humanidade (BENTO, 2008, p. 52). Assim, embora possua como objeto os sujeitos que fogem às matrizes de inteligibilidade de gênero – os sujeitos abjetos –, não se resume à análise das identidades ditas transgressoras, posto que se detém nas normas segundo as quais as identidades são produzidas, reconhecidas, naturalizadas e sustentadas (PINO, 2007, p. 161). Desse modo, a teoria *queer* visa a desnaturalização, no sentido de se pensar os processos sociais (e históricos) que acarretam a formulação e naturalização das identidades, bem como das relações de poder que as constituem (PINO, 2007, p. 162).

Portanto, questiona-se, nesse âmbito, as estruturas sociais que excluem, criando fronteiras entre o que é socialmente aceito e os sujeitos abjetos (MISKOLCI, 2012, p. 25). Em

¹³⁹ De acordo com Bento (2008, p. 51), Butler definiria gênero como “uma sofisticada tecnologia social heteronormativa, operacionalizada pelas instituições médicas, linguísticas, domésticas e escolares, e que produzem constantemente corpos-homem e corpos-mulheres”.

¹⁴⁰ Cumpre destacar que há divergências e diferenças internamente ao pensamento *queer*, não constituindo esse um todo uniforme, apesar do compartilhamento de algumas características gerais por tais perspectivas (PEREIRA, 2006, p. 469; PINO, 2007, p. 161).

virtude disso, percebe-se as diferenças entre o empreendimento *queer* e alguns esforços críticos anteriores, visto que aquele não se confunde com a mera demanda por aceitação (MISKOLCI, 2012, p. 25), envolvendo o próprio substrato das condições que permitem a criação de distinções – ou seja, ataca o poder disciplinar¹⁴¹.

Desse modo, “o queer busca tornar visíveis as injustiças e violências implicadas na disseminação e na demanda do cumprimento das normas e das conversões culturais, violências e injustiças envolvidas tanto na criação dos ‘normais’ quanto dos ‘anormais’” (MISKOLCI, 2012, p. 26). Ressaltada a questão, cumpre reportar a algo já mencionado anteriormente, qual seja, a teoria da performance formulada por Butler. Isso porque, conforme Pino (2007, p. 165), essa teria sido o passo inicial para o desenvolvimento da teoria *queer*.

Nesse sentido, o gênero seria construído, de acordo com Butler, a partir de uma repetição estilizada de atos (BENTO, 2008). Desse modo, seria mediante as práticas corriqueiras que citam os gêneros, na forma de uma interpretação em ato das normas de gênero, que aqueles existiriam (BENTO, 2008, p. 42, 2014, p. 116-117). A performatividade, aqui, resulta do fato de que esses atos não apenas recuperam determinadas presunções sobre comportamentos supostamente derivados de um referencial natural e biológico (idealizações de gênero¹⁴²), mas, nesse procedimento, reafirmam e constroem essas normas.

Desse modo, o gênero não constituiria uma essência interna, compreensão que permite pensar experiências de gênero que se desvinculam de um referente biológico (BENTO, 2008, p. 46). Assim, o simples fato de se poder imitar as normas de gênero denunciaria sua estrutura imitativa (BENTO, 2008, p. 48). O que distinguiria, em verdade, as performances dos indivíduos cisgêneros daquelas dos/das transexuais seria a legitimidade atribuída a cada uma pelas normas de gênero, de forma que umas são silenciadas e eliminadas, enquanto outras são legitimadas (BENTO, 2008, p. 48).

Ante o exposto, chega-se à conclusão de que, a partir dos estudos *queer*, tanto o gênero, quanto a própria construção dos corpos-sexuados dimórficos, possuem uma natureza

¹⁴¹ Miskolci (2012, p. 27) realiza uma distinção entre o poder opressor e o poder disciplinar, aduzindo que este seria o objeto de contestação por parte do movimento e dos estudos *queer*. Nesse sentido, “na perspectiva do poder opressor, os sujeitos lutam contra o poder por liberdade, enquanto na do poder disciplinar, a luta é por desconstruir as normas e as convenções culturais que nos constituem como sujeitos” (MISKOLCI, 2012, p. 27). Referida forma de poder estaria atrelada a uma nova concepção de poder expressa por Foucault, em que esse seria difuso, de modo a que “o poder deixa de ser algo facilmente associado a alguém ou a uma instituição, o rei ou a presidência, por exemplo, e passa a ser visto como uma situação estratégica em uma dada sociedade em certa época” (MISKOLCI, 2012, p. 28).

¹⁴² “Tanto as suposições quanto as expectativas estão estruturadas pelas idealizações dos gêneros, aquelas verdades que definem os comportamentos, os desejos e os pensamentos apropriados para homens/mulheres” (BENTO, 2008, p. 44).

cultural¹⁴³. Insta discorrer, contudo, se a perspectiva de discussão da questão, posta no presente trabalho, não seria contrária ao olhar *queer*, contestador dos processos sociais de distinção entre seres humanos e sujeitos abjetos, por manter uma diferença binária entre o masculino e o feminino.

Desse modo, a indagação em questão decorre do fato de os banheiros públicos (ou em locais de acesso ao público, como no caso judicial em análise), constituírem uma tecnologia de gênero (MISKOLCI, 2012, p. 38). Conforme Miskolci (2012, p. 38), “divisões arquitetônicas são algumas das formas que a sociedade encontra de colocar cada um no seu quadrado e, sobretudo, no caso do banheiro, no seu lugar dentro do binário masculino e feminino”. E, em se tratando de teoria *queer*, o reconhecimento da identidade de gênero poderia não ser bastante para satisfazer os anseios desse movimento teórico e político, posto que não adiantaria manter o impulso normalizador, apenas ampliando o número de identidades possíveis (MISKOLCI, 2012, p. 18).

O problema em questão adquire maior relevo a partir da compreensão de uma crítica efetivada por Zurn (2012) ao modo tradicional de as teorias contemporâneas do reconhecimento lidar com as distorções no âmbito das relações de reconhecimento (ou seja, com as experiências de *misrecognition*). De acordo com tal autor, embora essas teorias tenham fornecido uma ferramenta importante para a compreensão de diversos problemas sociais, não teriam ainda analisado de forma apropriada as soluções adequadas para essas situações (ZURN, 2012). Desse modo, em sua opinião, pareceriam pressupor que a forma correta para tratar dessas experiências seria um reconhecimento afirmativo; entretanto, para Zurn (2012, p. 63), em certas ocasiões, a postura exigida seria, na realidade, o desreconhecimento (*derecognition*), mediante a desinstitucionalização ou o desacoplamento de alguns componentes que reforçam as instituições sociais¹⁴⁴ e que, na realidade, são a causa dessas distorções de reconhecimento.

Nesse sentido, referido autor discorre a respeito das problemáticas afeta ao casamento, inclusive no tocante aos pleitos pela extensão dessa instituição jurídica às relações

¹⁴³ Desse modo, segundo Butler, o próprio binário de sexo seria uma construção cultural, por meio de um discurso científico, que atenderia a interesses sociais e políticos (OLIVEIRA; NORONHA, 2016, p. 753-754). O risco de tornar o sexo como algo dotado de uma essência seria colocá-lo em uma posição “intangível, ficando fora do alcance das relações de poder, ou do debate político sobre elas” (OLIVEIRA; NORONHA, 2016, p. 756).

¹⁴⁴ Conforme Zurn (2012, p. 68), a concepção de instituição social, utilizada na avaliação efetivada, se reporta aos padrões de comportamento repetidos pelas pessoas, no âmbito da sociedade, insculpidos em significados culturais, conhecimentos e normas sociais compartilhados, e comumente mantidos por sanções negativas impostas aos desviantes.

homoafetivas, hipótese que consubstanciaria em um reconhecimento afirmativo. Conforme Zurn (2012, p. 74-75), a escolha da análise de seu argumento a partir do casamento se dera em virtude de este consistir em uma instituição complexa, estreitamente acoplada a outras instituições sociais, decorrendo do *status* de casado uma série de obrigações e deveres no âmbito da sociedade.

Dentre os problemas relativos ao reconhecimento afirmativo do casamento homoafetivo, idêntico ao casamento heteroafetivo, salienta-se que esse, apesar de implicar uma inclusão no âmbito dessa instituição social, acarreta, inevitavelmente, a exclusão de outras relações, sejam aquelas relações de afeto desvinculadas de relações sexuais, sejam relações pautadas por normas distintas do padrão monogâmico (ZURN, 2012, p. 75). No campo específico da sexualidade, a instituição social do casamento teria um efeito normalizador de diferenciar as práticas e prazeres sexuais lícitos (normais) daqueles considerados ilícitos (patológicos), e a aprovação de um casamento homoafetivo apenas reescreveria essa distinção entre práticas discriminatórias (ZURN, 2012, p. 73) – mantendo, portanto, o processo social que acarreta em experiências distorcidas de reconhecimento.

Dito isso, reafirma-se que o reconhecimento jurídico da identidade de gênero das pessoas trans e de sua igualdade em relação às pessoas cisgêneras, especificamente no tocante à possibilidade de utilização de banheiro em local de acesso público em conformidade ao gênero autoidentificado, por manter uma estrutura binária de gênero (masculino/feminino) – que opera como uma tecnologia de gênero (PRECIADO, [20-?]) –, poderia, na realidade, constituir uma hipótese de reconhecimento afirmativo que manteria a existência, embora reformada, do arcabouço social que diferencia sujeitos e cria seres abjetos¹⁴⁵. Por tal interpretação, a solução em questão seria insuficientemente crítica, pela perspectiva dos estudos *queer*, sendo necessário se cogitar, por exemplo, de uma estratégia de desconhecimento (*derecognition*), nos termos sugeridos por Zurn (2012), visto que a distinção binária de gênero seria uma instituição social acoplada a diversas outras¹⁴⁶.

Entretanto, apesar dessas considerações, opta-se, no presente trabalho – notadamente em razão do objeto (um processo judicial) e escopo (avaliar a adequação da doutrina nacional tradicional a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para lidar com controvérsias versando sobre práticas discriminatórias) – por adotar a perspectiva do

¹⁴⁵ Nesse sentido, a manutenção de banheiros separados por gênero, ainda que incorpore o reconhecimento afirmativo do gênero autoidentificado, parece não solucionar de modo adequado as hipóteses de vivência de gênero enquanto funcionalidade, conforme distinção elaborada por Jesus (2012) e adotada no parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República (2015) e no voto do Min. Fachin (BRASIL, 2015f).

¹⁴⁶ Em defesa da supressão da distinção entre banheiros sexuados, cf. Archibald (2014) e More (2008).

reconhecimento afirmativo. Apesar da solução, na ocasião, manter um binarismo de gênero, o faz por uma perspectiva renovada, que melhor condiz com o princípio jurídico da igualdade. Nesse sentido, insta salientar a afirmação de Bento (2008, p. 46), a respeito das identidades trans, de que “ainda que o referente da binariedade esteja presente nos sujeitos transeuntes dos masculinos e femininos, essas experiências negam que os significados que atribuem aos níveis constitutivos de suas identidades sejam determinados pelas diferenças sexuais”, observação que se aplica ao caso dos banheiros que observam o padrão autodeterminativo de gênero¹⁴⁷.

Ademais, destaque-se que a discussão dessa tensão existente entre o reconhecimento afirmativo e o desreconhecimento (*derecognition*), na hipótese, constitui um problema que se considera, aqui, interno à avaliação efetivada por meio da teoria social crítica de Axel Honneth, e não uma crítica externa a essa. Desse modo, o questionamento em questão sempre pode se fazer presente, mediante a adoção de uma postura interpretativa que, procedendo de modo transcendente-imanente, demonstre o descompasso entre as práticas sociais presentes e o potencial normativo excedente dos princípios inscritos nas esferas de reconhecimento respectivas.

3.10.4 “Desacordos morais razoáveis” no âmbito da sociedade: o pedido de vista do Min.

Luiz Fux

A sessão de julgamento do dia 19 de novembro de 2015 fora suspensa em razão de pedido de vista formulado pelo Min. Luiz Fux (BRASIL, 2015c). Na ocasião, afirmara referido magistrado que, quanto à temática retratada nos autos, ocorreria um desacordo moral razoável na sociedade e, atrelado a isso, tratava-se da apreciação de um processo objetivo – posto que submetido ao regime da repercussão geral, em que seria elaborada uma tese a ser aplicada a casos semelhantes –, motivo pelo qual, na hipótese, recomendar-se-ia a adoção de uma postura minimalista por parte do STF, referindo-se à doutrina de Cass Sunstein. Em virtude disso, alegara o Min. Fux se sentir no dever de ofício de requerer a vista dos autos (BRASIL, 2015e).

¹⁴⁷ Para Langley (2006, p. 102), o reconhecimento do direito à autoidentificação do gênero desestabiliza o binário masculino e feminino, pressuposto por diversos espaços sociais e direitos jurídicos, sem necessitar, contudo, da desconstrução das categorias em questão, atuando por meio de uma transformação daquilo que a sociedade atualmente compreende a respeito dos gêneros.

Na ocasião, o Min. Barroso, mediante intervenção, aduziu que uma postura minimalista, na espécie, não configuraria uma escolha metodologicamente neutra, representando, na realidade, o favorecimento do *status quo*, em que tais práticas discriminatórias são reiteradas. Ademais, para este magistrado, o conceito de desacordo moral razoável apenas seria aplicado quando se trata de uma decisão política, em que há a possibilidade de mais de um curso de ação razoável. Tratando-se de questão relativa a direitos fundamentais, por encará-los como trunfos (perspectiva de Ronald Dworkin), o Min. Barroso rejeita a influência daquela concepção de desacordo (BRASIL, 2015e).

Na manifestação em comento, apresentada pela ABGLT e pelo GADvS, os *amici curiae* se reportam ao pedido de vista e ao debate em questão. Reforçam que o próprio Cass Sunstein, mencionado pelo Min. Fux, demandaria uma postura maximalista das Cortes, em temas de direitos fundamentais. Tal atitude teria sido expressamente adotada pelo STF no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, versando sobre a possibilidade jurídica da união homoafetiva no direito brasileiro, a despeito da discordância de muitos, no âmbito da sociedade, quanto à interpretação inclusiva realizada na ocasião (ABGLT; GADVS, 2015, p. 20).

Dito isso, cumpre analisar a utilização da estratégia minimalista no caso, proposta por referido magistrado¹⁴⁸. Inicialmente, a respeito da tensão entre as posturas judiciais maximalistas e minimalistas, presente na obra de Sunstein (2007, p. 1), insta ressaltar que esse jurista reconhece o fato do desacordo, no sentido de que as pessoas discordam sobre questões fundamentais, tais como a correta compreensão dos direitos e o que seria uma vida boa. Essa constatação se torna um problema importante no âmbito das sociedades democráticas, posto que essas desejariam o autogoverno, não obstante a heterogeneidade de visões de mundo existente na comunidade (SUNSTEIN, 2007, p. 1).

Em razão disso, referido jurista defende a necessidade de os magistrados adotarem, em suas decisões, uma postura minimalista, que consistiria na “prática de dizer não mais do que o necessário para justificar o resultado, e deixar o máximo possível não decidido” (MENDES, 2011, p. 119). Essa atitude envolveria duas dimensões da decisão judicial: tanto

¹⁴⁸ Destaque-se que, aqui, opta-se por não adentrar no debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, que parece estar implícito na polêmica sobre a aplicação do conceito de desacordos morais razoáveis apenas às hipóteses de uma escolha política (Min. Barroso) ou também no tocante à interpretação dos direitos fundamentais (Min. Fux). Sobre o assunto, para uma breve revisão de literatura, cf. Mendes (2011); para uma visão mais ampla do debate, cf. Dworkin (2006, p. 1-59, 2011, p. 379-399) e Waldron (1999, 2006).

sua extensão (preferência a decisões estreitas, ao invés de largas – decidir apenas a questão específica versada no caso), quanto sua profundidade (valorização de decisões rasas, ao invés de profundas, quanto à teorização adotada na fundamentação) (BUNCHAFT, 2011, p. 155).

No tocante à profundidade da decisão judicial, insta ressaltar que Sunstein trabalha sob a ótica dos acordos incompletamente teorizados. Nesse sentido, afirma-se que os indivíduos podem, com frequência, concordar com determinadas práticas constitucionais, apesar de discordarem com relação a teorias que supostamente as justificariam (SUNSTEIN, 2007, p. 1). Trata-se, portanto, da formulação desses acordos incompletamente teorizados¹⁴⁹ em situações concretas, para se chegar à resolução de determinada controvérsia em meio à divergência teórica (SUNSTEIN, 2007, p. 2). Para Sunstein (2007, p. 2), a postura judicial que se pauta nessa possibilidade possuiria a qualidade de poder contribuir para a estabilidade social, além de consubstanciar uma forma pela qual os sujeitos podem demonstrar um respeito mútuo (SUNSTEIN, 2007, p. 2).

Dito isso, ressalte-se que o citado autor menciona ao menos quatro argumentos favoráveis a uma postura minimalista, de não profundidade no âmbito das decisões judiciais: a estabilidade social proporcionada, que poderia ser afetada caso os desacordos fossem expostos e exercitados em cada controvérsia; a reciprocidade e o respeito mútuo permitidos por tais modalidades de acordos; a redução dos custos políticos da decisão, em face do desacordo; e a permissão a que se dê a evolução e o progresso moral da sociedade ao longo do tempo, de forma gradativa, evitando-se uma decisão profunda que encerra as possibilidades de debate (SUNSTEIN, 2007, p. 13-15).

Destacadas essas observações a respeito do minimalismo de Cass Sunstein, ressalte-se que a vertente do constitucionalismo democrático¹⁵⁰, no modo como trabalhada por Robert

¹⁴⁹ Ou seja, hipóteses nas quais, não obstante a discordância no tocante às teorias gerais e complexas que concorrem para a explicação de certa solução constitucional concreta, podem os indivíduos concordar com a prática constitucional determinada sem a necessidade de ascender àquele nível teórico em que a divergência se manifesta (SUNSTEIN, 2007, p. 3).

¹⁵⁰ Sobre o modelo do constitucionalismo democrático, nos dizeres desses juristas: “o constitucionalismo democrático afirma o papel das instâncias representativas e dos movimentos sociais no cumprimento da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de razões jurídicas para interpretá-la. [...] Diferentemente de um foco centrado nas Cortes, o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento público possui na legitimidade e na determinação dos rumos das instituições e práticas da jurisdição constitucional. [...] O constitucionalismo democrático nota que a adjudicação está inserida numa ordem constitucional que regularmente convida a intercâmbios entre as autoridades e os cidadãos a respeito de questões de interpretação constitucional” (POST; SIEGEL, 2007, p. 379, tradução nossa). No original: “democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution. [...] Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review. [...] Democratic constitutionalism observes

Post e Reva Siegel (2007), encara as consequências do fato do desacordo interpretativo de modo diverso do que o faz referido jurista. Nesse sentido, essas desavenças seriam, na realidade, uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional (POST; SIEGEL, 2007, p. 374), o que acarreta uma compreensão distinta quanto à postura judicial adequada.

Desse modo, para Post e Siegel (2007, p. 374), as Cortes teriam um papel importante no processo de garantia da legitimidade da Constituição – e, por conseguinte, de sua autoridade –, visto que contribuiriam para a mobilização popular na disputa por reivindicações daquilo que compreendem como a percepção apropriada daquele documento jurídico. Nesse sentido, a própria resistência à interpretação judicialmente adotada, a respeito do significado constitucional, constituiria uma forma de conferir legitimidade democrática à Constituição – posto que isso representa a reafirmação de uma tradição constitucional compartilhada (POST; SIEGEL, 2007, p. 375) –, bem como um modo de aumentar a integração social em uma sociedade heterogênea, ao fomentar práticas argumentativas de disputa a respeito da correta compreensão dessa tradição comum (POST; SIEGEL, 2007, p. 405).

Salientado isso, tais autores ressaltam uma possível ambiguidade existente na construção de Sunstein a respeito do minimalismo – qual seja, se essa postura significaria a recomendação às Cortes para que evitem decisões que possam causar controvérsias no âmbito da sociedade, ou se a essas seria vedado adotar decisões inconsistentes com a ideia de respeito mútuo às visões divergentes dos indivíduos na comunidade (POST; SIEGEL, 2007, p. 425).

Para Post e Siegel (2007, p. 425), a primeira interpretação mencionada não seria convincente, posto que implicaria, por exemplo, considerar a decisão adotada em *Brown vs. Board of Education of Topeka*¹⁵¹ como incorreta, visto que controversa na sociedade, à época. No que se refere à vinculação do minimalismo à ideia de consideração a visões de mundos divergentes, uma possível compreensão da ideia de respeito mútuo seria a de que as Cortes deveriam manter a neutralidade, quanto às concepções divergentes existentes (POST; SIEGEL, 2007, p. 425).

that adjudication is embedded in a constitutional order that regularly invites exchange between officials and citizens over questions of constitutional meaning” (POST; SIEGEL, 2007, p. 379).

¹⁵¹ A decisão em questão, proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, já fora mencionada na introdução ao presente trabalho. Trata-se de precedente no qual fora considerada inconstitucional a política de segregação entre estudantes baseada na cor da pele, adotadas em determinadas escolas públicas estaduais, segundo a qual algumas escolas deveriam ser frequentadas por crianças brancas e outras seriam designadas às crianças negras (UNITED STATES OF AMERICA, 1954).

Ocorre que, de acordo com esses juristas, há situações em que tal posição de neutralidade inexistente (POST; SIEGEL, 2007, p. 426). No caso dos autos analisados isso resta claro, a partir da afirmação do Min. Barroso de que a opção pelo minimalismo consistiria, na realidade, em compactuar com a manutenção de um *status quo*, no qual prevalece uma situação social de desrespeito reiterado às pessoas trans, mediante condutas discriminatórias como a ocorrida com Ama. Segundo Lopes (2011, p. 33), quando se trata de minorias estigmatizadas, a falta de ação jurídica poderia ser compreendida, então, como uma violência social e simbólica, na qual o Estado assume uma posição de cumplicidade com as agressões diuturnas perpetradas a esses indivíduos¹⁵².

Outro modo de compreender a ideia de respeito, no âmbito do minimalismo, seria interpretá-la no sentido de que seria vedado às Cortes adotar uma decisão que possa ser considerada como questionável por grupos antagônicos, o que circunscreveria as suas possibilidades de atuação ao espectro dos direitos que consubstanciaríamos valores incontrovertidos (POST; SIEGEL, 2007, p. 426). Entretanto, essa perspectiva seria, nitidamente, implausível (POST; SIEGEL, 2007, p. 426)¹⁵³.

Assim, pode-se dizer, a partir das reflexões empreendidas por Post e Siegel (2007)¹⁵⁴, que os desacordos, na realidade, possuem um papel construtivo no âmbito da legitimação das

¹⁵² Embora a afirmação do jurista tenha sido efetivada no âmbito de uma discussão dos direitos de gays e lésbicas, possui plena aplicabilidade à ocasião dos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, posto que as pessoas trans também compõem uma minoria estigmatizada.

¹⁵³ Destaque-se que Post e Siegel (2007, p. 426, tradução nossa) chegam à seguinte conclusão, sobre a noção de respeito no âmbito do minimalismo: “o apelo do minimalismo ao ‘respeito’, portanto, parece servir principalmente como uma forma de ocultar o julgamento a respeito da força dos valores constitucionais relevantes. Desse modo, uma Corte se recusar a proteger um direito constitucional por causa do ‘respeito’ devido àqueles que poderão se sentir ofendidos parece ser um modo indireto de dizer que o valor constitucional relevante é insuficientemente importante para merecer a proteção judicial. Se isso for o que a ideia de ‘respeito’ significa no contexto do minimalismo, ela parece ser um convite a trabalhar com uma perspectiva constitucional substantiva sem um engajamento em uma análise constitucional substantiva”. No original: “minimalism’s appeal to ‘respect,’ therefore, seems chiefly to serve as a covert judgment about the strength of the relevant constitutional values. For a court to refuse to enforce a constitutional right because of the ‘respect’ due to those who might be offended seems to be an indirect way of saying that the relevant constitutional value is insufficiently important to merit judicial protection. If this is what the idea of ‘respect’ means in the context of minimalism, it appears to be an invitation to do substantive constitutional work without engaging in substantive constitutional analysis” (POST; SIEGEL, 2007, p. 426).

¹⁵⁴ Utilizando o mesmo referencial teórico, Bunchaft (2011, p. 163-164) conclui que “a alegação segundo a qual o Judiciário deve se abster de julgar questões constitucionais controvertidas relativas a direitos de minorias, é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Desse modo, propugnamos que não há como manter uma neutralidade em questões que são objeto de um desacordo moral razoável relativas a direitos de minorias. Nesse ponto, uma abordagem minimalista seria incompatível com a criação de uma cultura constitucional construída a partir do próprio desacordo moral dos cidadãos em relação à interpretação da Constituição”. Ademais, “o fato de os cidadãos alegarem diferentes interpretações sobre significados constitucionais configura uma função construtiva do desacordo, sendo legítimo ao Judiciário dispor de sua autoridade para administrá-lo com base em argumentos jurídicos racionais” (BUNCHAFT, 2011, p. 164-165).

práticas constitucionais, pelo que descabe evitá-lo como procura fazer a postura minimalista sustentada por Sunstein (2007). Ademais, de acordo com mencionados juristas, nenhuma decisão judicial teria a capacidade de retirar determinada controvérsia constitucional do domínio da política – uma das preocupações centrais de Sunstein ao defender a necessidade de um minimalismo (BUNCHRAFT, 2011, p. 156) –, de modo que a decisão do caso concreto sob análise não significaria um encerramento do debate sobre a questão na sociedade (POST; SIEGEL, 2007, p. 403).

Dito isso, ressalte-se que o próprio Sunstein faz concessões ao maximalismo, em determinadas hipóteses, nas quais considera que essa postura judicial seria a mais adequada (MENDES, 2011, p. 122). Desse modo, segundo Mendes (2011, p. 122), aquele jurista teria oferecido alguns parâmetros para se avaliar quando que uma atitude maximalista seria recomendada:

quando o juiz tenha (a) “considerável confiança no mérito da solução”, quando a (b) “solução possa reduzir o custo da incerteza” para litigantes futuros, quando (c) o planejamento for importante, e quando (d) lidar com as precondições da democracia ou criar incentivos que tornam mais provável a prestação de contas das instituições eleitas.

Por outro lado, o minimalismo seria uma estratégia melhor

quando o caso envolver (a) grande incerteza factual ou moral, quando uma (b) solução tiver o risco de confundir casos futuros, quando a (c) necessidade de planejamento não for premente e quando as (d) precondições da democracia não estiverem em jogo (MENDES, 2011, p. 122).

Portanto, desde que atentas às particularidades de cada caso em questão, ambas as posturas seriam legítimas, no âmbito das considerações de Sunstein sobre a atividade judicial, apesar da presunção em favor do minimalismo (MENDES, 2011, p. 123). E, aqui, ressalte-se que o que justificaria a postura maximalista, em determinadas ocasiões, seria a proteção a um mínimo substantivo pressuposto pelo minimalismo, relacionado à capacidade deste de promover a democracia deliberativa (MENDES, 2011, p. 123).

Julga-se que, na situação em análise, poder-se-ia interpretar que os parâmetros propostos por Sunstein indicam um comportamento maximalista como o mais adequado, para proteger as precondições de uma democracia deliberativa. Acrescente-se que, na ocasião, não há que se cogitar de uma postura minimalista para permitir que a resolução do problema dessas práticas discriminatórias se dê no seio do debate político ordinário – em instituições representativas ou não –, posto que as pessoas trans sequer são reconhecidas enquanto sujeitos

verdadeiramente autônomos, capazes de participar em igualdade de condições nos espaços de interação social – o que resta claro pela estratégia de infantilização das e dos transexuais, denunciada por Bento e Pelúcio (2012) –, senão que na qualidade de identidades transtornadas e patológicas, que constituiriam uma categoria diagnóstica.

Por fim, insta ressaltar, também, a opinião de Sarmento (2016) sobre a postura judicial a ser adotada, dentre as possibilidades – não polarizadas – de adoção de uma decisão minimalista ou maximalista, no campo da interpretação jurisdicional do princípio da dignidade humana, que possui conexão com a resolução do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. Nesse sentido, referido jurista aceita uma atitude maximalista quando essa puder ser justificada pelo fortalecimento que acarretaria à dimensão simbólica daquela dignidade, tornando-se importante para o exercício de um papel pedagógico na sociedade (SARMENTO, 2016, p. 319).

Desse modo, um exemplo em que seria perceptível a legitimidade da adoção de um comportamento maximalista seria a decisão proferida pelo STF no julgamento conjunto da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, versando sobre a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva no âmbito do direito brasileiro. Para Sarmento (2016, p. 319), a postura maximalista adotada por alguns magistrados daquela Corte Suprema – que não se limitaram a acatar a viabilidade da união estável homoafetiva, mas afirmaram, igualmente, a sua plena igualdade com relação à união estável heteroafetiva – seria justificável, porque, “naquele caso, era tão importante transmitir para a sociedade brasileira, pela voz autorizada do STF, a clara mensagem da igual dignidade na seara da orientação sexual”.

No caso dos autos ora analisados, a adoção desse raciocínio expendido por Sarmento parece conduzir a conclusão oposta àquela aduzida pelo Min. Fux na ocasião, ou seja, nega-se a necessidade de uma postura minimalista na hipótese. Na realidade, entende-se que a dimensão simbólica da dignidade das pessoas trans – aplicando o princípio da igualdade jurídica – precisa ser reafirmada na situação, o que parece coadunar com a função extraindividual da indenização na espécie, referida pelo NPJ/CESUSC e no parecer da Procuradoria-Geral da República. Insta ressaltar, contudo, que a atitude maximalista, aqui, não se restringiria à dimensão da profundidade do julgado, mas tocaria na exigência de uma decisão judicial célere, censurando a prática discriminatória, em contraposição à estratégia de protelar o julgamento, adotada por referido Ministro do STF.

Ressalte-se, por fim, que, por ocasião do julgamento conjunto da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, o Min. Fux não apenas considerou a temática debatida naqueles autos como algo de intensa controvérsia no âmbito da sociedade, como reforçou que, a despeito disso, por

se tratar de situação envolvendo direitos fundamentais de uma minoria estigmatizada, a postura do Poder Judiciário deveria ser necessariamente a de afirmar o combate às discriminações odiosas, atuando de modo contramajoritário. Nesse sentido, afirmara na espécie:

mesmo que já dito antes, não é demais registrar novamente que o tema revolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira. Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais. Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos. Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas (BRASIL, 2011, p. 668-669).

Tratando-se, assim, de situação semelhante, afigura-se necessária uma postura de integridade¹⁵⁵ por parte do Min. Fux, reconhecendo que o desacordo no âmbito da sociedade não pode servir de escusa para o STF deixar de atuar em prol do combate às práticas discriminatórias, como a verificada no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, firmando posicionamento consentâneo com o respeito à identidade de gênero das pessoas trans.

3.11 Notas finais sobre o caso do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC

A situação versada no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, em que uma mulher transexual teve negado o uso de banheiro feminino em um *shopping center*, constitui uma das

¹⁵⁵ A referência, aqui, se reporta à ideia do direito como integridade, proposta por Ronald Dworkin. De um modo geral, segundo referido jurista, “a integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos” (DWORKIN, 2003, p. 202). Para Dworkin (2003, p. 203), a integridade seria um princípio que possuiria exigências tanto em relação à atividade legislativa, quanto à jurisdicional. No tocante especificamente a esta, anota que “o princípio da integridade no julgamento [...] pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente [...]. Explica porque os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante” (DWORKIN, 2003, p. 203).

diversas circunstâncias nas quais as pessoas trans têm a sua identidade de gênero questionada. A cada momento em que se pretende utilizar o banheiro, em locais de acesso coletivo, esses indivíduos são postos a enfrentar um dilema, derivado das normas sociais vigentes que distinguem os gêneros inteligíveis socialmente e os relegam à condição de sujeitos abjetos, claro nas palavras de um ativista trans:

nós vivemos sob a constante ameaça de uma violência horripilante. Nós temos que nos preocupar sobre qual banheiro utilizar quando nossas bexigas estão doloridas. Nós somos forçados a considerar se seremos arrastados para fora de um banheiro e detidos ou enfrentar uma luta corporal enquanto nossas bexigas ainda estão doendo¹⁵⁶ (FEINBERG, 1998, p. 68 apud LEVI; REDMAN, 2010, p. 137, tradução nossa).

O impasse vivenciado por tais sujeitos, quanto ao uso do banheiro em locais de acesso público, possui diversas consequências danosas a esses indivíduos, como problemas de saúde¹⁵⁷ (LEVI; REDMAN, 2010, p. 133; SCHMIDT, 2013, p. 161), violência policial (LEVI; REDMAN, 2010, p. 137-138) e efeitos psicológicos (SCHMIDT, 2013, p. 161), envolvendo questões de segurança das pessoas trans, conforto e igualdade (ELKIND, 2007, p. 921). Entretanto, não obstante a relevância desses problemas ocasionados, o importante é perceber, aqui, que a prática em questão decorre de uma recusa em se reconhecer a identidade desses sujeitos, perpetuando uma situação de constante diferenciação em relação a tais indivíduos (SCHMIDT, 2013, p. 158), os relegando a uma condição de subordinação. Tratar-se-ia, portanto, de ocasiões em que se ressaltaria, para a pessoa trans, a dissonância existente entre sua identidade pessoal e os padrões da comunidade a respeito daquilo que seria aceitável (ELKIND, 2007, p. 921).

Ordinariamente, no âmbito da sociedade, não se identifica a gravidade da situação – como transparece a afirmação feita pela representação judicial da ré na contestação, de que o fato configuraria mero aborrecimento (BEIRAMAR, 2009), argumento reiterado pela Terceira Câmara de Direito Civil do TJSC, no julgamento do recurso de apelação (SANTA CATARINA, 2012a) –, porque a pressuposta congruência entre identidade de gênero/genitália e identidade de gênero/gênero designado no nascimento é naturalizada no processo de

¹⁵⁶ No original: “we live under the constant threat of horrifying violence. We have to worry about what bathroom to use when our bladders are aching. We are forced to consider whether we’ll be dragged out of a bathroom and arrested or face a fistfight while our bladders are still aching” (FEINBERG, 1998, p. 68 apud LEVI; REDMAN, 2010, p. 137)

¹⁵⁷ Isso porque os sujeitos trans, em virtude das dificuldades enfrentadas quando da utilização de banheiros nesses locais, comumente diminuiriam o uso desse espaço para a realização das necessidades pessoais, bem como reduziriam o consumo de água para evitar tais problemas no cotidiano, o que pode refletir em um quadro de desidratação (SCHMIDT, 2013, p. 162).

socialização, e qualquer ruptura com essas suposições são interpretadas como fruto da responsabilidade individual do sujeito desviante, e não como um problema do sistema de gênero (LANGLEY, 2006, p. 127-128). Ademais, o fato de diversas pessoas não vivenciarem experiências de desconformidade com essas normas, num nível que lhes cause violência (física, emocional ou econômica), dificultaria sua percepção pessoal não apenas de que o sistema de gênero é algo construído, mas também de que ele seria defeituoso (LANGLEY, 2006, p. 128)

Dito isso, afirma-se que a teoria do reconhecimento, do modo como trabalhada por Axel Honneth, permite explorar de forma adequada os efeitos que essas condutas acarretam aos sujeitos transexuais. Necessitando os indivíduos, para o processo de construção sadia da própria personalidade, de experiências de reconhecimento recíproco, que lhes permitam adquirir a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima, a prática em questão acarreta um desrespeito no âmbito da esfera jurídica, dificultando ou impedindo a percepção de um senso de autonomia moral por parte dessas pessoas.

Assim, representa, em realidade, uma violação da igualdade jurídica, rompendo com a pretensão de universalização do direito moderno. Para Levi e Redman (2010, p. 136), a conduta em questão constitui prática discriminatória porque ignora o elemento central da identidade das pessoas trans – a identidade de gênero própria –, ao passo que, no tocante aos sujeitos cisgêneros, esse elemento é respeitado.

Lado outro, caso interpretada no seio de uma conjuntura mais ampla, de reiteração de condutas como essa no âmbito da sociedade, poder-se-ia afirmar que a negativa de acesso ao banheiro também mina as chances de aquisição da autoestima por parte das pessoas trans, visto que o desrespeito ocasionado às relações de solidariedade e estima, mediante padrões de humilhação e degradação cultural, as impede de perceber como suas vivências são formas igualmente válidas de vida, capazes de serem valorizadas pela comunidade. Desse modo, esses paradigmas interpretativos que acarretam uma leitura patológica das identidades trans, denunciados pelos estudos *queer*, excluem, de antemão, as possibilidades de se estimar essas formas de vida.

Assim, reitera-se que a autonomia individual, no âmbito das construções teóricas de Axel Honneth, não é concebida como algo dado previamente aos sujeitos, mas seria fruto dessas relações de reconhecimento recíproco que a assegura. Portanto, sendo essa algo estruturado de forma intersubjetiva, está sujeita a rupturas no âmbito do relacionamento interpessoal, o que ocorreria na situação em comento. Adquirindo-se essa compreensão, percebe-se que a qualidade das relações sociais que propiciam o reconhecimento recíproco

passa a ser um objeto importante no seio de uma concepção adequada de justiça social, caso essa seja interpretada em termos de se garantir a todos, de forma igualitária, a possibilidade de autorrealização.

Quanto aos argumentos comumente aduzidos contrariamente à pretensão dos sujeitos trans de utilizar o banheiro conforme ao gênero autoidentificado – presentes nos autos –, esses são de duas ordens: o do constrangimento ocasionado às pessoas (cisgêneras) que corriqueiramente usam esses espaços, conectado à ideia de um suposto direito à privacidade, bem como o da proteção às mulheres e meninas cisgêneras, que estariam vulneráveis nesses locais (argumento da segurança) (LEVI; REDMAN, 2010, p. 133; SCHMIDT, 2013, p. 163). De acordo com o Min. Barroso, não há que se cogitar da incidência de um direito à privacidade das mulheres cisgêneras na espécie (BRASIL, 2015e): os constrangimentos eventualmente sofridos apenas revelam um preconceito existente na sociedade, a ser combatido, o que restaria evidente a partir da constatação de que outras situações de desconforto não são compreendidas como autorizações para a negativa, a certas pessoas, do uso de banheiros em locais públicos¹⁵⁸.

Ademais, ainda que se defendesse certa concepção de privacidade, no caso, é certo que, em espaços como esses, não seria correto se reportar a uma expectativa ampla de privacidade a quem os utiliza (ELKIND, 2007, p. 925). Isso porque, conforme Schmidt (2013, p. 164), deve-se presumir, nesses locais de acesso público, que algum tipo de compartilhamento do espaço com outras pessoas ocorrerá, pelo que o ambiente seria, de forma inerente, não privado.

No que tange ao argumento da segurança, igualmente esse não merece prosperar em situações como a versada nos autos ora analisados. O que essa estratégia releva é, na realidade, uma pressuposição preconceituosa, de que as pessoas trans seriam sexualmente perigosas (LEVI; REDMAN, 2010, p. 144). Imaginar que os sujeitos trans estão utilizando um disfarce ao se expressar conforme o gênero autoidentificado é bastante implausível, visto que essa é a forma como vivem diariamente, bem como corresponde ao sentimento mais profundo que possuem quanto à própria subjetividade (LEVI; REDMAN, 2010, p. 160). De acordo com Levi e Redman (2010, p. 160), considerar que os indivíduos que vivenciam

¹⁵⁸ Nesse sentido, Rios e Resadori (2015, p. 215): “ninguém sustentaria que o constrangimento experimentado por certos homens diante de mictórios de parede onde outros homens urinam à vista dos demais, e não em cabines privadas com vasos sanitários, seja razão suficiente para a restrição da liberdade de uns em face de outros; nem se admitiria que mulheres heterossexuais, com comportamento e vestuário ajustados aos cânones de expressão de gênero, sinceramente constrangidas com a aparência ou com a vestimenta de outras usuárias heterossexuais no mesmo banheiro público, tenham direito à exclusão dessas”.

identidades trans supostamente se disfarçariam seria o mesmo que reputar como disfarce o uso de óculos por quem deles necessita para ter uma boa visão.

Além disso, não há evidências empíricas de que as pessoas trans oferecem risco maior do que qualquer outro indivíduo no âmbito da sociedade (LEVI; REDMAN, 2010, p. 161). Ademais, caso se interprete o argumento no sentido de que o risco que decorre dessa aceitação da utilização do banheiro conforme o gênero autoidentificado é o de que pessoas cisgêneras se passem por transgêneros, para a prática de abusos sexuais, pode-se afirmar que é implausível pensar que uma simples proibição desse uso impediria indivíduos mal intencionados de adentrar nesses locais (SCHIMIDT, 2013, p. 163). Ainda que alguma situação de abuso ocorresse, já existiriam leis criminais suficientes para puni-los (LEVI; REDMAN, 2010, p. 161)¹⁵⁹.

Desse modo, vedar o acesso ao banheiro, na ocasião, sem embargo de eventuais considerações a respeito de uma discriminação direta acarretada, implicaria, ainda, uma discriminação indireta, adotando-se a teoria do impacto desproporcional. Isso porque, apesar de ser aparentemente neutra, visando atingir um fim dito lícito (proteção às mulheres e crianças no banheiro feminino), importa um prejuízo diferenciado às pessoas trans, enquanto minoria estigmatizada¹⁶⁰. Destaque-se que, conforme Sarmiento (2006, p. 146), as medidas em questão, avaliadas por essa doutrina, podem ser de natureza pública ou privada, tratando-se dessa última hipótese na situação ora debatida.

Demais disso, Rios e Resadori (2015, p. 214) ressaltam a violação da igualdade, na espécie, por caracterizar tais atitudes proibitivas como superinclusivas, visto que “alcançam injustamente pessoas transexuais sem qualquer relação com aqueles a quem a medida se destina”, bem como subinclusivas, “por deixar de fora outras situações em que outros expedientes similares poderiam ser utilizados, tais como a utilização de vestimentas típicas que dificultem a identificação, como hábitos religiosos ou étnicos”. Em termos de proteção, o

¹⁵⁹ Embora os autores em questão se refiram ao contexto norte-americano, acredita-se que a mesma conclusão se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁶⁰ Rios e Resadori (2015, p. 213) também caracterizam a vedação ao uso do banheiro conforme ao gênero autoidentificado como uma espécie de discriminação indireta – além de hipótese de discriminação direta –, aplicando a teoria do impacto desproporcional, porém sem referência ao contexto do argumento da proteção. Nesse sentido, afirmam que “mesmo que se sustente a ausência de intenção discriminatória contra transexuais, ao argumento de que a distinção é de sexo biológico e nada mais, apresenta-se a discriminação indireta, não-intencional. Isso porque o binarismo de gênero sanitário, aparentemente neutro e sem propósito discriminatório, tem impacto diferenciado e prejudicial em face de transexuais femininas, que suportam o resultado de privação do acesso aos banheiros públicos femininos [...] e da desconsideração de sua identidade de gênero feminina” (RIOS; RESADORI, 2015, p. 213).

que há, pode-se dizer, é um risco real à integridade física das pessoas trans, caso as force a usar banheiro diverso do gênero com o qual se identificam (LEVI; REDMAN, 2010, p. 145).

Desse modo, o presente estudo compreende que, tendo em vista os direitos fundamentais consagrados na CRFB/88 – notadamente por uma concepção integrada de igualdade e liberdade¹⁶¹, na forma de uma autonomia¹⁶² direcionada à identificação e expressão social do próprio gênero –, é inconstitucional a conduta de se negar a utilização de banheiro, a transexual, conforme ao gênero autoidentificado, tratando-se de hipótese de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A identidade de gênero constitui bem integrante da personalidade individual e, portanto, encontra amparo no âmbito dos direitos da personalidade (GONÇALVES, 2014).

De acordo com as digressões de Axel Honneth, percebe-se que o respeito à identidade de gênero das pessoas trans, aqui inseridas as formas de expressão dessa, implica um progresso moral da sociedade, posto que satisfaz os critérios de individualização – ampliando as possibilidades de se explorar a própria subjetividade, alargando-se o espectro de dimensões da identidade individual, ainda que de modo contrário às normas de gênero vigentes –, e de inclusão desses indivíduos, de forma igualitária aos demais, nas relações de solidariedade e estima social. Aqui, verifica-se que a ruptura com padrões de humilhação desses sujeitos expande o âmbito de pessoas que participariam nas relações sociais de reconhecimento recíproco, deixando de excluir tais identidades, *a priori*, do espectro de formas de vida passíveis de valorização no seio da comunidade.

Do ponto de vista do direito, especificamente, a garantia do uso do banheiro conforme ao gênero autoidentificado, na forma proposta, também representa um progresso no campo do reconhecimento jurídico. Nesse sentido, caso o direito à identidade de gênero (e à expressão pública dessa) seja interpretado como um novo direito no rol de direitos disponíveis aos sujeitos, afirmar-se-ia, aqui, uma ampliação objetiva dessa esfera; compreendendo-se, ao revés, que as pessoas cisgêneras já possuiriam, na prática, o respeito à identidade de gênero

¹⁶¹ Destaca-se que Rios e Resadori (2015) se reportam, ademais, como forma de sustentar conclusão semelhante a aqui adotada, dentre outros, ao direito à saúde, bem como expõem que, no âmbito dos Estados Unidos da América, a questão seria debatida também sob a perspectiva da vedação à discriminação aos deficientes. Quanto a essa última possibilidade, Schmidt (2013, p. 159) anota que tal estratégia argumentativa conta com opositores, em virtude de um temor de que essa reforçaria o estigma das identidades trans, como uma patologia. Entretanto, sustenta que essa objeção compreende de modo incorreto a ideia do direito das pessoas deficientes, bem como os objetivos dos movimentos sociais por tais direitos, que não buscariam concessões em razão de um corpo defeituoso, mas o reconhecimento de que esses indivíduos possuem plena capacidade de participação no âmbito da sociedade, o que apenas seria obstado por condições normativas existentes que privilegiariam certos corpos – situação das pessoas trans (SCHMIDT, 2013, p. 160).

¹⁶² De acordo com Suiama (2011), a utilização do direito à autonomia, como argumento para a proteção das pessoas trans, seria adequada por prescindir do recurso à visão das identidades trans como uma patologia.

própria, quando da pretensão de utilização dos banheiros em locais de acesso público, a solução defendida significaria uma ampliação subjetiva desse direito, abarcando as pessoas trans, até então excluídas de seu âmbito.

Ademais, a conclusão ora relatada está adequada às recomendações adotadas por meio dos Princípios de Yogyakarta, documento jurídico sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos, no que se refere a questões atinentes a identidade de gênero e orientação sexual. Destaque-se, também, que a solução proposta prescinde de eventuais discussões sobre a realização ou não de cirurgia de transgenitalização por parte da pessoa trans. A discriminação, na ocasião, decorre da identidade de gênero, e não da genitália da vítima dos comportamentos pautados pelo preconceito, visto que, ordinariamente, sequer se tem acesso a tal dado, no relacionamento cotidiano. Além disso, conforme destacado por Bento (2014), diversas são as relações possíveis das e dos transexuais com a própria genitália, não sendo correto afirmar um desejo universal desses indivíduos de efetivar esses procedimentos cirúrgicos; e, segundo Suiama (2011), para que uma estratégia em prol da proteção desses sujeitos seja considerada verdadeiramente inclusiva, deve abarcar a totalidade das identidades trans.

Assim, considera-se que, no caso judicial analisado, merece provimento o recurso extraordinário, condenando-se a ré ao pagamento de indenização à autora, em virtude do dano moral ocasionado¹⁶³. Raciocine-se conforme o instituto do vício do serviço¹⁶⁴, da responsabilidade civil ordinária pela prática de ato ilícito¹⁶⁵, ou por ilícito decorrente do abuso do direito de gerência do estabelecimento comercial, excedendo-se os seus fins sociais¹⁶⁶, em quaisquer desses cenários a reparação é medida que se impõe. Urge, ademais, que a conclusão do julgamento, por parte do STF, se dê em prazo razoável, em prol da celeridade processual – garantia constitucional prevista no art. 5º, LXXVIII, CRFB/88 e no art. 4º da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) –, tendo-se em vista que a ausência de decisão, na hipótese, consubstancia uma opção implícita pela manutenção do *status quo*, que é um quadro de violações generalizadas à identidade das pessoas trans.

Quanto à tese geral a ser fixada, reputa-se adequada a proposta pelo Min. Barroso, segundo a qual “os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público” (BRASIL,

¹⁶³ Em decorrência do disposto no art. 12 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) e do art. 5º, X da CRFB/88.

¹⁶⁴ Constante no art. 14 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

¹⁶⁵ Segundo o disposto no art. 186, cumulado com os arts. 927 e 932, III, todos da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil).

¹⁶⁶ Conforme o art. 187, cumulado com os arts. 927 e 932, III, todos do Código Civil.

2015e). Saliente-se que, independente de uma resistência, por parte da maioria da sociedade, à solução ora sugerida, tal é a medida que se impõe, por versar o caso sobre uma minoria vulnerável.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa que dera origem a este trabalho possuiu, como indagação central, avaliar se a doutrina nacional sobre a temática da incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares – representada pelas construções teóricas apresentadas por Ingo Sarlet, Daniel Sarmiento, Wilson Steinmetz, Virgílio da Silva e Marcelo Duque – é suficiente para tratar, de modo adequado, das controvérsias judiciais privadas envolvendo a aplicação do princípio da igualdade, quando presente uma conduta discriminatória. A inquietação inicial que motivou o desenvolvimento do estudo fora a ausência de consideração dada, nessas digressões, aos efeitos acarretados às vítimas de tais práticas.

Nesse sentido, a intuição inicial fora a de que a categoria do reconhecimento, tal como exposta por Axel Honneth, inserida no âmbito de uma teoria social crítica, poderia oferecer o instrumento apropriado para compreender essas situações. Acreditou-se que, apenas após uma interpretação consistente das repercussões advindas dessas atitudes, em termos de formação da identidade individual dos sujeitos discriminados, poderia o direito lidar de modo adequado com esses casos.

Desse modo, buscou-se avaliar a indagação do estudo a partir da controvérsia posta no âmbito do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, cujo julgamento encontra-se suspenso, no STF, em virtude de pedido de vista formulado pelo Min. Fux, na sessão do dia 19 de novembro de 2015. A situação narrada naqueles autos se reporta a uma das tantas práticas discriminatórias, reiteradas na sociedade, em que as pessoas trans têm a sua identidade de gênero desrespeitada: a negativa do uso do banheiro conforme ao gênero autoidentificado, em locais de acesso público.

Na análise realizada, além de discussões sobre questões afetas à temática de gênero – com amparo preferencial nas teorias *queer* –, chegou-se à conclusão de que a doutrina nacional sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, de fato, não é suficiente para lidar de modo adequado com o caso concreto daquele processo judicial, não obstante algumas considerações pontuais julgadas úteis para o deslinde da controvérsia. Nesse sentido, de acordo com a intuição inicial, falta, a essas teorias, de um modo geral, a capacidade de compreender os efeitos danosos advindos das condutas discriminatórias. Valiosas, contudo, a observação de Sarlet, de que uma solução adotada, no campo do fenômeno da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, não pode ser uniforme, devendo considerar as peculiaridades dos direitos respectivos envolvidos; a distinção efetivada por Sarmiento entre liberdades existenciais e liberdades econômico-patrimoniais, dando prevalência à tutela

jurídica daquelas – diferenciação semelhante à realizada por Steinmetz, entre liberdades de conteúdo pessoal e de conteúdo patrimonial; a afirmação, por este jurista, da necessidade de reflexões dogmáticas peculiares para o princípio da igualdade, bem como a ressalva de ser desnecessária a existência de lei específica para a aplicação da isonomia nas relações privadas, coibindo práticas discriminatórias; a apresentação, também por Steinmetz, de uma concepção ampla sobre igualdade fática, compreendendo não apenas questões econômico-patrimoniais, mas também outras relações de poder – algo a ser analisado para se verificar a importância dada à proteção da autonomia privada; a observação de Silva, de que as tensões entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, no âmbito dos efeitos desses direitos entre particulares, não se dá apenas nos vínculos contratuais; o destaque, deste jurista, ao fato de que é possível um conflito entre direitos fundamentais de indivíduos diversos, independente da presença ou não da autonomia privada na contenda em questão.

Dito isso, afirma-se que a doutrina nacional exposta no presente trabalho, quanto ao tema da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, é insuficiente para lidar com as hipóteses de práticas discriminatórias não apenas porque seriam necessárias considerações dogmáticas específicas adicionais a respeito do princípio da igualdade, mas também porque elas podem acarretar um desvio do foco daquilo que é mais importante em tais casos (efeitos perversos à formação sadia da identidade individual das pessoas prejudicadas). Assim, a teoria do reconhecimento pode contribuir, nessas circunstâncias, para oferecer essa análise social necessária.

De acordo com Axel Honneth, os indivíduos precisam, para a formação da identidade individual, no desenvolvimento de sua autonomia, de algumas experiências que lhes permitem adquirir imagens positivas de si, traduzidas na forma de autoconfiança, autorrespeito e autoestima. Essas experiências, por sua vez, se dariam no âmbito do reconhecimento recíproco, situações nas quais se habilitam a reconhecer os demais e serem reconhecidos em determinados aspectos: no reconhecimento obtido no seio das relações primárias – íntimas (amor, amizade, família, etc.) –, as pessoas reciprocamente se reconhecem enquanto sujeitos distintos, dotados de necessidades, carências e desejo pessoais, objeto de preocupação por parte dos parceiros de interação, permitindo-lhes o florescimento da autoconfiança; no âmbito das relações jurídicas, permeadas pelo princípio da igualdade, reciprocamente se reconhecem enquanto indivíduos dotados de atributos gerais que os erigem à categoria de seres humanos, capazes de formular juízos morais, adquirindo direitos e contraindo obrigações – possibilitando o surgimento do autorrespeito; nas relações de solidariedade (estima), os sujeitos atribuem uma valoração às características e realizações

individuais, da perspectiva do quanto essas contribuiriam para a efetivação dos objetivos sociais – proporcionando a aquisição da autoestima.

Desse modo, percebendo-se, como um legado da modernidade, a elevação da liberdade à condição de um valor central, a partir do qual as concepções de justiça seriam elaboradas, a consideração da ótica do reconhecimento importa na necessária observância, para a análise da justiça de uma ordem social, se as instituições sociais possibilitam a existência de sadias relações de reconhecimento recíproco. Das condutas que ocasionam rupturas nessas relações, caracterizadas na forma de um desrespeito, é possível derivar danos ao processo supramencionado de formação da identidade individual.

Assim, se os sujeitos forem compreendidos como pessoas mais vulneráveis e interdependentes do que a interpretação reinante no âmbito do modelo liberal tradicional, a dogmática constitucional, principalmente no que se refere ao fenômeno da vinculação dos particulares ao direito fundamental à igualdade, envolvendo condutas discriminatórias, necessita dar o devido relevo a esse aspecto, ausente na doutrina nacional sobre a temática. Acredita-se que, apenas após essas considerações de filosofia social, poder-se-ia oferecer uma solução diferenciada para tais situações, adequada à ordem constitucional brasileira.

Portanto, o instrumental teórico oferecido por Honneth permite caracterizar as práticas discriminatórias, como a ocorrida na circunstância versada no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, como experiências de desrespeito, com efeitos perversos aos sujeitos discriminados. Primeiramente, um tratamento diferenciado injustificável, como tal, fere a pretensão do direito moderno de ser inclusivo e igualitário, rompendo-se com a ideia pré-moderna de distinção de *status* entre as pessoas. Assim, culmina por dificultar ou impedir a aquisição do autorrespeito, por parte das vítimas dessas atitudes.

Quando a conduta em questão é reiterada, e não meramente individual, verifica-se a presença de padrões culturais de humilhação e rebaixamento no âmbito da sociedade, em relação a determinadas formas de vida. Nessa situação, o desrespeito também afeta a possibilidade de desenvolvimento da autoestima, por parte daqueles estigmatizados, ao retirar, de antemão, as possibilidades de que esses possam compreender seus estilos e vivências como passíveis de valoração social positiva.

Nesses casos, embora o direito, enquanto esfera limitada de liberdade social, não seja suficiente para garantir o desenvolvimento da autonomia individual, pode auxiliar no combate a tais práticas, coibindo as atitudes que importam em relações distorcidas de reconhecimento. De acordo com Zurn, reportando-se à teoria social crítica de Honneth, o direito possuiria uma força expressiva, ao dizer que certa prática se situa no âmbito da ilicitude. Desse modo, além

da repreensão individual acarretada pela reparação por danos morais advindos da conduta discriminatória – como é a pretensão de tutela judicial no âmbito do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC –, essa representa, igualmente, a possibilidade de a atuação do Poder Público, na espécie, ter uma dimensão coletiva ou extraindividual, cumprindo o papel de influir numa alteração paradigmática no âmbito da sociedade, rompendo com essas posturas.

Dito isso, percebe-se que a teoria social crítica de Axel Honneth, notadamente a categoria do reconhecimento, fornece instrumentos conceituais indispensáveis para lidar, de modo adequado, com as controvérsias judiciais privadas envolvendo o princípio da igualdade e as práticas discriminatórias. E, à medida que se percebe os efeitos danosos dessas condutas, torna-se desnecessário se reportar às teses tradicionais presentes na doutrina nacional – como, por exemplo, o recurso a um procedimento de ponderação, para solucionar a tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada. Essas constatações, por si só, ofereceriam uma razão independente para equacionar, de forma propícia, o conflito acima exposto, presente na maioria dos casos versando sobre a vinculação dos particulares a tais direitos, evitando-se, além disso, o encobrimento das repercussões dessas condutas inconstitucionais, proporcionado caso o intérprete se atenha unicamente às considerações jurídicas típicas na espécie.

Ademais, as reflexões empreendidas permitiram a constatação de que, além de prover as bases conceituais para compreender os efeitos danosos já reportados, as construções teóricas do mencionado filósofo auxiliam na solução desses casos de outro modo. Nesse sentido, possibilitam articular essas práticas discriminatórias como hipóteses de injustiça social, visto representarem um rompimento com as expectativas normativas legítimas dos sujeitos prejudicados, bem como oferecem critérios para se avaliar o progresso moral da sociedade.

Ressalte-se, por fim, que a conclusão deste trabalho não se pretende restrita ao caso concreto retratado nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. Trata-se, na realidade, de uma solução diferenciada proposta a todas as situações envolvendo a aplicação do princípio da igualdade e as práticas discriminatórias, nas contendas judiciais privadas. As considerações aqui efetivadas objetivam integrar e possibilitar a expansão de uma agenda teórica que visa aproximar o direito constitucional a teorias sociais críticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Guilherme; MURTA, Daniela. Reflexões sobre a possibilidade da despatologização da transexualidade e a necessidade da assistência integral à saúde de transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, n. 14, p. 380-407, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/6979/4942>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

ALSTON, Philip et al. **The Yogyakarta Principles**: principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity. [S. l.: s. n.], 2007. Disponível em: <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.

AMA. Agravo de decisão denegatória de seguimento de Recurso Extraordinário. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2013. Não paginado. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Agravo de decisão denegatória de seguimento de Recurso Extraordinário apresentado nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

AMA. Contrarrazões à Apelação. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2010a. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Contrarrazões à Apelação apresentadas nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

AMA. Embargos de Declaração. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2012a. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Embargos de declaração opostos em face de acórdão da Terceira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, prolatado em sede de recurso de Apelação, nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

AMA. Impugnação à contestação. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2009a. Não paginado. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Impugnação à contestação apresentada nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

AMA. Petição inicial. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2009b. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Petição inicial apresentada nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

AMA. Recurso Especial. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2012b. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Recurso Especial apresentado nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

AMA. Recurso Extraordinário. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2012c. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Recurso Extraordinário apresentado nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

AMA. Recurso Inominado. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2010b. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Recurso Inominado apresentado nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

ANDERSON, Joel. Situating Axel Honneth in the Frankfurt School Tradition. In: PETHERBRIDGE, Danielle (Ed.). **Axel Honneth: Critical Essays**. Leiden: Brill, 2011. p. 31-57. Disponível em: <<http://phil.uu.nl/~joel/research/publications/Anderson-SituatingHonnethinthe3rdGen.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

ANIS – INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO. Petição de admissão como amicus curiae. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2015. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Petição de admissão como amicus curiae apresentada nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

ARCHIBALD, Catherine Jean. Transgender student in Maine may use bathroom that matches gender identity – are co-ed bathrooms next? **UMKC Law Review**, [S.l.], v. 83, n. 1, p. 57-71, fall 2014. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&ocid=83+UMKC+L.+Rev.+57&srctype=smi&srcid=3B15&key=0910b4a4fececf4ba3acdbd41ac650cc>>. Acesso em: 24 out. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS; GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO. Memorial. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2015. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Memorial apresentado nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Justiça de transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In: SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal**. Brasília, Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010. p. 258-285 apud MEYER, Emílio Peluso Neder. **Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2012. 303 f. Tese (Doutorado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

BAMFORTH, Nicholas; MALIK, Maleiha; O’CINNEIDE, Colm. **Discrimination law: theory and context**. London: Sweet & Maxwell, 2008.

BARBOSA, Bruno Cesar. **Nomes e Diferenças: uma etnografia dos usos das categorias travesti e transexual**. 2010. 121 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia)–Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BEIRAMAR EMPRESA DE SHOPPING CENTER LTDA. Alegações finais. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2010a. Não paginado. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Alegações finais apresentadas nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

BEIRAMAR EMPRESA DE SHOPPING CENTER LTDA. Apelação. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2010b. Não paginado. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Apelação apresentada nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

BEIRAMAR EMPRESA DE SHOPPING CENTER LTDA. Contestação. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2009. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Contestação apresentada nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

BEIRAMAR EMPRESA DE SHOPPING CENTER LTDA. Contrarrazões ao Recurso Inominado. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2010c. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Contrarrazões ao Recurso Inominado apresentadas nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. 2. ed. Natal: EDUFRN, 2014.

BENTO, Berenice. Na escola se aprende que a diferença faz diferença. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 549-559, maio/ago. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v19n2/v19n2a16.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 569-581, maio/ago. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000200017/22863>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT). Resolução nº 12/2015, de 16 de janeiro de 2015. Estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais – e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais – nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização. [S.l., s. n.], 16 jan. 2015. 2015a. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>>. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 405.509-SC. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, Acórdão de 06 de fev. 2014. 2014a. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial nº 669.914-DF. Recorrente: Banco Abn Amro Real S/A. Recorrido: Sérgio Augusto Santos de Moraes. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, Acórdão de 25 de abr. de 2014. 2014b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400806586&dt_publicacao=04/04/2014>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática no Agravo em Recurso Especial nº 405.509-SC. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, Decisão monocrática de 29 de nov. 2013. 2013a. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Decisão monocrática proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Presidente de República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, Acórdão de 05 de maio de 2011. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Acórdão de 13 de nov. 2014. 2014c. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 158.215-RS. Recorrente: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, Acórdão de 30 de abr. de 1996. 1996a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 161.243-DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, Acórdão de 29 de out. de 1996. 1996b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em pedido de admissão de amicus curiae no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Decisão de 16 de nov. de 2015. 2015b. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em pedido de admissão de amicus curiae no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Decisão de 03 de maio de 2016. 2016a. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em pedido de admissão de amicus curiae no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Decisão de 13 de maio de 2016. 2016b. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em pedido de vista no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Decisão de 19 de nov. 2015. 2015c. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Decisão que deferiu o pedido de vista ao Min. Luiz Fux, nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em pedidos de admissão de amici curiae no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Decisão de 08 de set. de 2015. 2015d. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática em Agravo no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Decisão de 21 de out. de 2014. 2014d. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão de julgamento do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, de 19 nov. 2015. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 2015. 2015e. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=t2nr57_Ku6c>. Acesso em: 15 jun. 2016. Vídeo da sessão de julgamento do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, divulgado no canal institucional do Supremo Tribunal Federal no sítio eletrônico do YouTube.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto proferido pelo Min. Luiz Edson Fachin no Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 2015. 2015f. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/RE-845779-%20Voto%20Min%20Edson%20Fachin.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Voto escrito do Min. Luiz Edson Fachin, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/06_Bunchaft.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CAMPOS, Ligia Fabris. Direitos de pessoas trans em perspectiva comparada: O papel do conceito de dano no Brasil e na Alemanha. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 476-495, jul./set. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25316/18209>>. Acesso em: 10 out. 2016.

CARVALHO, Mario Felipe de Lima. **Que mulher é essa?** Identidade, política e saúde no movimento de travestis e transexuais. 2011. 147 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva)–Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS; LABORATÓRIO INTEGRADO EM DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, POLÍTICAS E DIREITOS. Manifestação. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2015. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Manifestação apresentada nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

DARWALL, Stephen L. Two Kinds of Respect. **Ethics**, Chicago, v. 88, n. 1, p. 36-49, oct. 1977. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2379993>>. Acesso em: 03 out. 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Utilização de banheiros por travestis e transexuais**. [S.l.: s.n.], [20-?]. Não paginado. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Utiliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20banheiro%20por%20travestis%20e%20transexuais.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELKIND, Diana. The constitutional implications of bathroom access based on gender identity: an examination of recent developments paving the way for the next frontier of equal protection. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Philadelphia, v. 9, n. 3, p. 895-927, 2007. Disponível em: <<http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1253&context=jcl>>. Acesso em: 23 out. 2016.

FEINBERG, Leslie. **Trans Liberation: Beyond Pink or Blue**. Boston: Beacon Press, 1988 apud LEVI, Jennifer; REDMAN, Daniel. The Cross-Dressing Case for Bathroom Equality. **Seattle University Law Review**, Seattle, v. 34, n. 1, p. 133-171, fall 2010. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1962&context=sulr>>. Acesso em: 24 out. 2016.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 2 v.

HOLZLEITHNER, Elisabeth. Emancipação por meio do direito? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 889-900, jul./set. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25363/18203>>. Acesso em: 10 out. 2016.

HONNETH, Axel. A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. **Civitas**, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 345-368, set./dez. 2009a. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6896/6803>>. Acesso em: 04 set. 2016.

HONNETH, Axel. **Freedom's Right**: The Social Foundations of Democratic Life. Cambridge: Polity Press, 2014.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009b.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. **Redistribution or recognition?**: a political-philosophical exchange. New York: Verso, 2003a. p. 110-197.

HONNETH, Axel. The point of recognition: a rejoinder to the rejoinder. In: FRASER, N.; HONNETH, A. **Redistribution or recognition?**: a political-philosophical exchange. New York: Verso, 2003b. p. 237-267.

HONNETH, Axel; ANDERSON, Joel. Autonomia, Vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. **Cadernos de Filosofia Alemã**, n. 17, p. 81-112, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/64839/67456>>. Acesso em: 04 set. 2016.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. 2. ed. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em: 03 ago. 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa, 2000 apud STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

LANGLEY, Laura K. Self-Determination in a Gender Fundamentalist State. **Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights**, Austin, v. 12, n. 1/2, p. 101-131, fall 2006. Disponível em: <<https://www.questia.com/library/journal/1P3-1400926191/self-determination-in-a-gender-fundamentalist-state>>. Acesso em: 23 out. 2016.

LEITE JUNIOR, Jorge. Transitar para onde? Monstruosidade, (des)patologização, (in)segurança social e identidades transgêneras. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 559-568, maio/ago. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000200016/22862>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

LEVI, Jennifer; REDMAN, Daniel. The Cross-Dressing Case for Bathroom Equality. **Seattle University Law Review**, Seattle, v. 34, n. 1, p. 133-171, fall 2010. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1962&context=sulr>>. Acesso em: 24 out. 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Logo (Orgs.). **Homossexualidade e direitos sexuais**: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 21-58.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, v. 9, n. 29, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Reconhecimento. AVRITZER, L. et al. (Orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. P. 117-131.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985**: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2012. 303 f. Tese (Doutorado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer**: um aprendizado pelas diferenças. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, [20-?] apud SANTA CATARINA. Unidade Judiciária Avançada de Cooperação CESUSC – Comarca da Capital – Norte da Ilha, Tribunal de Justiça. Sentença nos Autos nº 090.09.8000504-0. Autor: André dos Santos Fialho. Réu: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Juiz de Direito: Vilson Fontana. Florianópolis, Sentença de 08 de jul. de 2010. 2010. Não paginado. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Sentença proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

MORE, Alex. Coming Out of the Water Closet: The Case Against Sex Segregated Bathrooms. **Texas Journal of Women and the Law**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 297-315, spring 2008. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&sr cid=3B15&doctype=cite&docid=17+Tex.+J.+Women+%26+L.+297&key=0f1e2c2ac3667ca195923b596ff2ae6b>>. Acesso em: 23 out. 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOBRE, Marcos. Luta por reconhecimento: Axel Honneth e a teoria crítica. In: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: 34, 2009. p. 7-19.

OLIVEIRA, Adriana Vidal; NORONHA, Joanna Vieira. Afinal, o que é “mulher”? E quem foi que disse? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 741-776, jul./set. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25169/18206>>. Acesso em: 10 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. [S.l.: s.n.], [2006] apud AMA. Petição inicial. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2009. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Petição inicial apresentada nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

PEREIRA, Pedro Paulo Gomes. A teoria *queer* e a reinvenção do corpo. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 27, p. 469-477, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n27/32154.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

PINO, Nádía Perez. A teoria *queer* e os intersex: experiências invisíveis de corpos des-feitos. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 28, p. 149-174, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n28/08.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, [S.l.], v. 42, n. 2, p. 373-433, summer 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers>. Acesso em: 09 out. 2016.

PRECIADO, Beatriz. **Basura y gênero: Mear/Cagar. Masculino/Femenino**. [S.l.: s.n.], [20-?]. Disponível em: <<http://www.iztacala.unam.mx/errancia/v0/PDFS/POLIETICAS%20DEL%20CUERPO%20%20BASURA%20Y%20GENERO.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Parecer nº 116706/2015 – ASJCIV/SAJ/PGR. Recurso Extraordinário nº 845.779-SC. 2015. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Parecer apresentado nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

QUONG, Jonathan; STONE, Rebecca. Rules and Rights. In: SOBEL, David; VALLENTYNE, Peter; WALL, Steven (Eds.). **Oxford Studies in Political Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 222-249. 1 v.

RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos Humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 196-227,

2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16715/14038>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Acórdão na Apelação Cível nº 2012.019304-1. Apelante: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Apelado: André dos Santos Fialho. Relator: Des. Fernando Carioni. Florianópolis, Acórdão de 15 de maio de 2012. 2012a. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Acórdão nos Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2012.019304-1. Embargante: André dos Santos Fialho. Embargado: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Des. Fernando Carioni. Florianópolis, Acórdão de 23 de jul. de 2012. 2012b. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Decisão monocrática no Recurso Especial na Apelação Cível nº 2012.019304-1. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Des.: 3º Vice-Presidente Des. Rui Fortes. Florianópolis, Decisão monocrática de 8 de abril de 2013. 2013a. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Decisão monocrática proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Decisão monocrática no Recurso Extraordinário na Apelação Cível nº 2012.019304-1. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Des.: 3º Vice-Presidente Des. Rui Fortes. Florianópolis, Decisão monocrática de 8 de abril de 2013. 2013b. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Decisão monocrática proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

SANTA CATARINA. Unidade Judiciária Avançada de Cooperação CESUSC – Comarca da Capital – Norte da Ilha, Tribunal de Justiça. Sentença nos Autos nº 090.09.8000504-0. Autor: André dos Santos Fialho. Réu: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Juiz de Direito: Wilson Fontana. Florianópolis, Sentença de 08 de jul. de 2010. 2010. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. Sentença proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 845.779-SC.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 6, n. 36, p. 54-104, out./dez. 2000.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Daniella A. Bathroom bias: making the case for trans rights under disability law. **Michigan Journal of Gender and Law**, [S.l.], v. 20, n. 1, p. 155-186, 2013. Disponível em: <<http://repository.law.umich.edu/mjgl/vol20/iss1/5/>>. Acesso em: 23 out. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Malheiros: São Paulo, 2005.

SOBOTTKA, Emil A. Liberdade, reconhecimento e emancipação – raízes da teoria da justiça de Axel Honneth. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, n. 33, p. 142-167, mai./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/sociologias/article/view/42435/26830>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano moral & punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. Em busca de um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Logo (Orgs.). **Homossexualidade e direitos sexuais**: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 166-207.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Social Research**, [s.l.], v. 74, n. 1, p. 1-24, spring 2007. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/40971887>>. Acesso em: 11 out. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). 1954. Não paginado. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). 1896. Não paginado. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

VENTURA, Miriam. **A transexualidade no tribunal**: saúde e cidadania. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, Lincoln, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/20455656>>. Acesso em: 02 out. 2016.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

ZURN, Christopher F. **Axel Honneth**: A Critical Theory of the Social. Cambridge: Polity Press, 2015.

ZURN, Christopher F. Misrecognition, Marriage, and Derecognition. O'NEILL, Shane; SMITH, Nicholas H. (Eds.). **Recognition Theory as Social Research**: Investigating the Dynamics of Social Conflict. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2012. p. 63-86.