

PARECER CJ/SE Nº 788/2022

PROCESSO: SEDUC-EXP-2022/626836

INTERESSADO: DIRETORIA DE ENSINO - REGIÃO DE JOSÉ BONIFÁCIO

PARECER: CJ/SE n.º 788/2022

EMENTA: EDUCAÇÃO E ENSINO. DISCRIMINAÇÃO. Consulta formulada por Diretoria de Ensino sobre a possibilidade da frequência de sanitário feminino por aluno homossexual. Regramento sobre utilização de banheiros determinada por usos e costumes vigentes e reforçadas com normas decorrentes do poder disciplinar da Administração. Distinção dos banheiros por gênero, baseada em aspectos relacionados ao pudor e à prevenção de violência sexual. Possibilidade de utilização do banheiro conforme a identidade de gênero correspondente, o que não se confunde com a orientação sexual. Responsabilidade da equipe de gestão escolar em garantir ao aluno o direito ao respeito e salvaguardar seu bem-estar físico e psicossocial, por meio de outras medidas administrativas e pedagógicas. Alerta quanto à responsabilização criminal ou infracional por condutas discriminatórias, nos termos da Lei nº 7.716/89, por força da decisão do STF na ADO nº 26/DF e sobre a possibilidade de responsabilização administrativa, nos termos da Lei Estadual nº 10.948/2001. Constituição da República: art. 3º, IV; art. 206, I; art. 227. Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394/96: art. 3º, I e IV; Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90: art. 17; art. 18; art. 53; art. 103. Resolução SE nº 56/2016.

À Douta Chefia da Consultoria Jurídica,

1. Cuida-se de consulta formulada pela Diretoria de Ensino da Região de José Bonifácio, consubstanciada na seguinte manifestação (fls. 02):

“Temos um aluno homossexual que quer usar o banheiro feminino de uma escola por não se sentir à vontade para usar o banheiro masculino. Precisamos de orientação e fundamentação legal quanto ao caso supracitado.”

2. Com esses singelos elementos, vêm os autos para exame desta Consultoria Jurídica.

É o relatório. Opino.

3. Observo, preliminarmente, que a análise a ser feita por esta Consultoria Jurídica limita-se aos aspectos técnico-jurídicos da questão suscitada, não ingressando nos aspectos de conveniência, oportunidade ou adequação técnico-administrativa das medidas a ela referentes, visto que tal matéria foge à expertise e à competência legal deste órgão jurídico.

4. Ressalto, inicialmente, a precariedade dos elementos informativos e documentais da consulta, motivo pelo qual a resposta será igualmente genérica.

4.1. O questionamento vem desacompanhado da devida contextualização e de informações relevantes, tais como: qual a Unidade Escola; qual a estrutura da UE (quantas instalações sanitárias); quais as etapas educacionais atendidas; qual a idade do aluno; se a família do aluno está ciente do pleito; se houve relato de violência contra o aluno; se a direção escolar propõe alguma solução; se houve envolvimento de outros alunos e familiares na questão; se o Conselho de Escola está ciente etc.

5. Apesar da carência de informações, acima retratada, tentaremos estabelecer algumas balizas, do ponto de vista jurídico, para nortear a conduta administrativa.

6. De início, observo que é princípio da educação nacional a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (art. 206, I da CRFB/88) e o “respeito à liberdade e apreço à tolerância” (art. 3º, incisos I e IV da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – g.n.). Tais preceitos, aliás, são decorrências diretas do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV da CRFB/88 – g.n.).

7. Igualmente alinhado a tal objetivo está o dever constitucional da família, da sociedade e do Estado de “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227 da CRFB/88 – g.n.).

8. Vale lembrar também que a “criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa” e que também fazem jus ao

direito ao respeito, que consiste “na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.” Portanto, é dever de todos – inclusive das autoridades escolares – “velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (artigos 17, 18 e 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente – g.n.).

9. Estabelecido esse quadro normativo, passemos ao exame da questão submetida.

10. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que não há regra legal única que imponha, de forma taxativa, o regime de utilização de equipamentos sanitários em ambientes públicos, tais como escolas, hospitais etc.

10.1. Tais regras de utilização são decorrentes de usos e costumes sociais, por vezes reforçados por normas que a Administração emite, com base no seu poder disciplinar, quando se trata de promover a disciplina interna dos estabelecimentos estatais.

10.2. A diferenciação dos sanitários pelo gênero – masculino ou feminino – é estabelecida com base nas convenções sociais relativas ao pudor e, a depender do contexto social, à proteção de grupos vulneráveis e especialmente sujeitos à violência sexual, como as mulheres e as crianças.

10.3. Vale lembrar também que, mais recentemente, graças ao reconhecimento social e legal do direito de acesso das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, os equipamentos de uso público ou coletivo passaram a contemplar também os sanitários PCD, com acesso independente (art. 22 do Decreto nº 5.296/2004).

11. A divisão dos sanitários com base no gênero passou a ser alvo de debate relativamente recente, em razão do reconhecimento de que tal conceito – **gênero** – é uma construção de natureza sociocultural, sendo que há indivíduos cujo comportamento não corresponde àquele convencionalmente atribuído ao sexo biológico ou que com ele não se identifiquem. Dessa constatação, surgem os conceitos de “expressão de gênero” e de “identidade de gênero.”

11.1. Vale à pena, para fins de melhor compreensão, transcrever os conceitos constantes em Cartilha “Diversidade Sexual e Cidadania LGBTQUIA+”, editada pela Secretaria da Justiça e Cidadania:¹

1 Disponível em: <<https://justica.sp.gov.br/wp-content/uploads/2022/06/Cartilha-Diversidade-Sexual-1.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

1.5. EXPRESSÃO DE GÊNERO: É como a pessoa se manifesta publicamente, independente da sua orientação sexual, papel e identidade de gênero, por meio do seu nome, da vestimenta, do estilo de cabelo, dos comportamentos, da forma de falar e/ou linguagem corporal.

[...]

1.6. IDENTIDADE DE GÊNERO: É a percepção íntima que uma pessoa tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independente do sexo biológico.

A identidade traduz o entendimento que a pessoa tem sobre ela mesma, como ela se descreve, reconhece-se e deseja ser reconhecida socialmente.

Resumindo, é a identificação subjetiva da pessoa, ou seja, é a forma como ela se identifica no mundo e para o mundo.

De forma geral, podemos encontrar as seguintes identidades de gênero:

Cisgênero: pessoa cuja identidade de gênero está alinhada ao seu sexo biológico. Aquelas que são biologicamente mulheres e possuem identidade de gênero feminina ou biologicamente homens que possuem identidade de gênero masculina.

Transgênero: terminologia normalmente utilizada para descrever pessoas que transitam entre os gêneros. Contudo, há quem utilize esse termo para se referir apenas àquelas pessoas que não se identificam nem como travestis, nem como mulheres transexuais e nem como homens trans, mas que vivenciam as suas expressões de gêneros de maneira não convencional.

Mulheres Transexuais e Homens Trans: pessoa que possui uma identidade. A pessoa transexual “é aquela que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. As pessoas transexuais podem ser homens ou mulheres, que procuram se adequar à identidade de gênero.” (REIS, 2018, p.30) de gênero diferente do seu sexo biológico.

12. A questão do reconhecimento de **outras identidades** que não apenas aquelas alinhadas ao sexo biológico coloca em questão a tradicional divisão do uso de equipamentos pelo binômio masculino / feminino.

12.1. O tema passa a ter relevância jurídica quando determinado grupo se sente discriminado pelo tratamento que lhe é oferecido, sem levar em consideração a sua **identidade** – ou seja, o “entendimento que a pessoa tem sobre ela mesma, como ela se descreve, reconhece-se e deseja ser reconhecida socialmente”.

12.2. Ora, a identidade de uma pessoa refere-se à dimensão intersubjetiva, ou seja, o ponto de encontro entre sua autopercepção e a percepção de sua subjetividade pelo grupo social a que pertence.

12.3. A rejeição da autopercepção da pessoa pelo grupo social equivale à sua própria negação enquanto sujeito, com prejuízo de sua dignidade pessoal. Tal atitude pode conduzir à autodepreciação, marginalização e, em última instância, à própria aniquilação da pessoa, seja por deflagrar processos autodestrutivos, seja por sujeitá-la a atos de violência física, facilitados por sua invisibilização.

12.4. É triste o registro, mas vale lembrar que o Brasil é o país em que mais se pratica violência contra pessoas LGBTQUIA+. Em relação especificamente à população trans, o Brasil registrou de janeiro de 2008 a setembro de 2021, 1641 homicídios, o que equivale a 40% das ocorrências no planeta,² em gritante contraste com sua participação na população mundial, de apenas 2,69%.

12.5. Vale lembrar que a questão do uso de banheiros com base na identidade de gênero é objeto de julgamento ainda não concluído no Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 845.779, com repercussão geral reconhecida. Nestes autos, a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer favorável à pretensão indenizatória de vítima de discriminação, valendo a leitura de sua ementa:

1 - Tese de Repercussão Geral – Tema 778: 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 (CF).

2 - É cabível a condenação de estabelecimento comercial a pagamento por dano moral, na hipótese de abordagem de transgênero que visa constranger a pessoa a utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu, por identificação psicossocial, uma vez que viola a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade que conferem aos transgêneros os direitos referentes à sua identidade, ao reconhecimento, à igualdade, à não discriminação e à segurança, previstos nos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal (CF), caracterizando combate à discriminação racial e de gênero.

3 - Parecer pelo provimento do recurso, a fim de que seja reconhecido o direito à indenização da recorrente pelo dano moral sofrido, restabelecida a indenização fixada pela sentença de primeiro grau.

4 - No caso do Supremo Tribunal Federal (STF) entender ilíquida a indenização, opina, desde logo, pela remessa ao Tribunal a quo, com objetivo de, respeitada a premissa jurídica estabelecida, fixar o valor da indenização.

2 Dados compilados por TGEU – Transgender Europe - Disponível em: <<https://transrespect.org>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

12.6. Esclareço que, embora não haja conclusão do julgamento pela Suprema Corte, já há dois votos favoráveis à pretensão indenizatória, declarados pelo Ministro Luis Roberto Barroso (Relator) e pelo Ministro Edson Facchin, na mesma linha do parecer da Procuradoria Geral da República.

13. Assim, entendo **recomendável** que, caso haja **alunos ou alunas trans** – isto é, que se identificam com gênero distinto de seu sexo biológico – seja autorizado o uso do sanitário correspondente ao gênero com o qual se identificam, haja vista o já referido **dever de respeito** constante do ECA, que implica a preservação da imagem e da identidade da criança e do adolescente.

13.1. Evidentemente, para que tal respeito ocorra de forma **substancial** e não apenas formalmente, é importante que a medida seja acompanhada das adequadas ações pedagógicas junto aos demais membros da comunidade escolar, lembrando que cabe à Direção Escolar, “promover valores e princípios democráticos e participativos, éticos, de inclusão, de justiça e equidade” e “compreender representações sociais sobre diversidade, gênero e etnia na comunidade escolar e considerá-las nas ações da escola” (Resolução SE nº 56/2016, Anexo, itens 2.1 e 2.2).

14. Acerca do caso em questão, todavia, não há informação sobre a identidade de gênero do aluno, mas apenas em relação à sua orientação sexual (homossexualidade).

14.1. Portanto, salvo a possibilidade de reexame, com maior detalhamento dos elementos fáticos da questão, não parece possível aplicar a diretriz acima estabelecida, visto que o elemento equalizador – a identidade de gênero – não está presente. Se o aluno é cisgênero, a sua orientação sexual não é motivo por si só para autorizar o banheiro destinado às pessoas do gênero feminino.

14.2. Por outro lado, cabe à equipe de gestão escolar avaliar as medidas administrativas e pedagógicas necessárias e adequadas para garantir a esse aluno o devido respeito por parte dos seus pares e demais membros da comunidade escolar, bem como salvaguardar seu bem-estar físico e psicossocial.

14.3. Não custa lembrar que atitudes discriminatórias em relação a pessoas LGBTQUIA+ podem ser enquadradas como crime, nos termos da Lei nº 7.716/89 (Lei Caó), graças à interpretação conforme realizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26/DF. Por consequência, também podem ser consideradas ato infracional, nos termos do art. 103 do ECA, quando praticadas por adolescentes.

14.4. Além disso, condutas discriminatórias também são qualificadas como infração administrativa, nos termos da Lei Estadual nº 10.948/2001, sendo a ela sujeitos todos os cidadãos, inclusive os detentores de função pública, civil ou militar, e toda organização social ou empresa, com ou sem fins lucrativos, de caráter privado ou público, situadas no Estado, que incorrerem nas tipificações ali contidas.³

14.5. Vale lembrar, por fim, que é uma das competências da Base Nacional Curricular Comum, reiterada pelo Currículo Paulista, a ser desenvolvida no ambiente escolar:

9. Exercitar a empatia, o diálogo, a resolução de conflitos e a cooperação, fazendo-se respeitar e promovendo o respeito ao outro e aos direitos humanos, com acolhimento e valorização da diversidade de indivíduos e de grupos sociais, seus saberes, identidades, culturas e potencialidades, sem preconceitos de qualquer natureza. (g.n.)

15. São essas, portanto, as balizas que julgamos relevantes e apropriadas, em vista do caráter genérico da indagação formulada.

16. Proponho, pois, a devolução do expediente por intermédio da Douta Chefia de Gabinete, para ciência e providências que entender pertinentes e necessárias.

É o parecer que submeto à apreciação superior.

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

CARLOS JOSE TEIXEIRA DE TOLEDO

Procurador do Estado

³ Para denúncias de condutas de intolerância, vale consultar o sítio eletrônico da Secretaria da Justiça e Cidadania: <<https://justica.sp.gov.br/index.php/coordenacoes-e-programas/coordenacao-de-politicas-para-a-diversidade-sexual/servicos/>>. Acesso em 17 nov. 2022.

PROCESSO: SEDUC-EXP-2022/626836

INTERESSADO: DIRETORIA DE ENSINO - REGIÃO DE JOSÉ BONIFÁCIO **ASSUNTO:**
USO DE BANHEIRO - HOMOSSEXUAL. Educação e ensino.
Discriminação. Consulta.

PARECER: CJ/SE n.º 788/2022

Por seus próprios e jurídicos fundamentos, aprovo o bem-lançado Parecer CJ/SE n.º 788/2022.

Devolva-se à origem, por intermédio da Chefia de Gabinete.

São Paulo, 18 de novembro de 2022.

DULCE MYRIAM CAÇAPAVA FRANÇA HIBIDE CLAVER

PROCURADORA DO ESTADO

(Chefe substituta – Respondendo pelo expediente da Consultoria Jurídica da SEDUC)