



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. DISCRIMINAÇÃO EM CASA NOTURNA. OFENSAS E CONSTRANGIMENTOS A CONSUMIDORA TRANSGÊNERO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. DANOS MORAIS *IN RE IPSA* CONFIGURADOS.

1. Agravo retido. Não prospera o requerimento de aplicação da pena de confissão à autora, na medida em que o réu não postulou o seu depoimento pessoal e, conseqüentemente, não houve sua intimação pessoal para comparecimento à audiência. Recurso conhecido e desprovido.

2. Responsabilidade civil do fornecedor por atos discriminatórios de seus prepostos a consumidora transgênero. A responsabilidade do réu, como fornecedor de serviços, é objetiva, bastando a demonstração do dano e do nexo de causalidade. Caso dos autos em que restou demonstrada a lamentável postura do estabelecimento réu frente à cliente transgênero em festa que promovia, ofendendo-a e humilhando-a em razão de sua identidade de gênero.

3. Danos morais *in re ipsa*. Indubitavelmente o preconceito de que foi vítima a autora constitui danos morais puros, ou seja, o dano decorre da própria situação vivenciada. A repercussão econômica da odiosa discriminação se afigura, no presente caso, como a melhor forma de pôr luz na escuridão do agir preconceituoso.

AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO DESPROVIDOS.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)

COMARCA DE SÃO LEOPOLDO

CLUBE DE BAILE GIGANTE DO VALE LTDA.

APELANTE

APELADO



CER
Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em desprover o agravo retido e a apelação.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY (PRESIDENTE) E DES. EUGÊNIO FACCHINI NETO.**

Porto Alegre, 19 de abril de 2017.

DES. CARLOS EDUARDO RICHINITTI,
Relator.

RELATÓRIO

DES. CARLOS EDUARDO RICHINITTI (RELATOR)

Adoto o relatório da sentença recorrida:

*Cuida-se de ação de indenização, por danos morais, ajuizada por [REDAZIDO] [REDAZIDO] [REDAZIDO] [REDAZIDO] em face de **CLUBE BAILE GIGANTE DO VALE LTDA.***

Segundo alegado na exordial, o autor sofreu dano moral indenizável, isso porque, tendo assumido desde os 18 anos a “travestilidade”, utilizando do pseudônimo de “Roberta”, foi constrangido no interior do estabelecimento do demandado, ocasião em que ali compareceu para se divertir na companhia de amigos.

Contou que já na entrada foi compelido a comprar ingresso masculino, com valor superior ao feminino, sendo que no interior da danceteria passou a ser perseguido por seguranças, que o interpelaram na saída do banheiro das mulheres, momento em que foi ofendido com palavras de baixo calão.

Ao final, o autor e seus amigos foram “...conduzidos para um 'canto' e permaneceram sendo ofendidos, humilhados e impedidos de saírem daquele local.” (fl. 02v).



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Asseverando tratar-se de “relação de consumo”, requereu a inversão do ônus da prova, pugnando pela condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, citando doutrina e jurisprudência ao abrigo de sua tese. Postulada a concessão da gratuidade judiciária, fls. 02/10.

Juntou documentos, 11/14 e 18.

Deferida a AJG (fl. 15).

Apresentada contestação, foi negada a prática de ato ilícito pela ré. Quanto ao ingresso, foi cobrado conforme o documento de identidade apresentado pelo cliente, esclarecendo ainda ter sido atendida orientação da Brigada Militar acerca da utilização dos banheiros, asseverando que “...segundo relatos das frequentadoras, a entrada do travesti no banheiro feminino é sempre 'triumfal' e 'escandalosa', chamando atenção para a sua presença com gestos e falatórios exagerados e, como se não bastasse, não se sabe com que propósito, de deboche ou escárnio, os travestis urinavam com as portas abertas e em pé, longe do vaso sanitário, afrontando as mulheres.” (fl. 21).

Aduzindo não haver prova dos fatos alegados na petição inicial, requereu a improcedência dos pedidos, fls. 19/22.

Juntou documentação, fls. 23/26.

Réplica às fls. 27/28.

Oportunizada a dilação probatória (fl. 29), foi requerida a produção de prova testemunhal (petições de fls. 32 e 33).

Realizada audiência de instrução, compareceu tão somente o demandado, sendo encerrada a instrução, ocasião em que apresentadas razões finais remissivas (fl. 44)...”

Proferida sentença de procedência (fls. 45/57), com a condenação da parte ré ao pagamento de R\$ 8.000,00 a título de danos morais, os quais serão atualizados pelo IGP-M a contar da sua prolação e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso. Arcará o réu, ainda, com o pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios de 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Preliminarmente, requer o réu o conhecimento e provimento do agravo retido interposto em audiência. Quanto ao mérito, assevera que nenhuma prova foi feita a respeito do alegado constrangimento sofrido em seu estabelecimento, destacando que o apelado nem sequer compareceu à audiência de instrução. Ressalta que era ônus do apelado fazer prova do dano que argumenta ter sofrido, nos moldes do que dispõe o artigo 333, I, do CPC/73. Acentua que é casa de baile há mais de trinta anos, já tradicional na cidade de São Leopoldo, e que nunca teve problemas de discriminação com seus clientes, o que, necessariamente, deveria ser demonstrado a fim de amparar uma condenação.



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Colaciona jurisprudência. Pede o provimento da apelação com o julgamento de improcedência do pedido (fls. 59/66).

Houve contrarrazões (fls. 70/75).

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTOS

DES. CARLOS EDUARDO RICHINITTI (RELATOR)

Recebo o recurso porquanto atendidos seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Antes de mais nada, impõe-se desprover o agravo retido, interposto pela parte autora quando da audiência de instrução, no sentido de aplicar-se a pena de confissão ao autor, que não compareceu ao ato.

Ocorre que, como bem decidiu o juízo sentenciante, a pena de confissão somente pode ser aplicada quando há requerimento expresso da tomada de depoimento, com a intimação pessoal da parte.

Não é o caso dos autos, onde a parte ré, instada a se manifestar em relação às provas que pretendiam produzir (fl. 29), limitou-se a postular a oitiva de testemunhas, que iriam comparecer independente de intimação, nada referindo em relação ao depoimento pessoal.

Em razão disso, não houve a intimação pessoal da parte autora, pelo que inviável a decretação da penalidade processual de confissão ante o não comparecimento, impondo-se o desprovimento do agravo retido.

Em relação ao mérito, adianto que estou negando provimento ao recurso e de modo a evitar desnecessária tautologia e para valorizar o belo trabalho desenvolvido pelo juiz sentenciante – Dr. Ivan Fernando de Medeiros – transcrevo a sentença recorrida, acolhendo-a como razão de decidir:

Quanto ao mérito, tenho que o pedido PROCEDE.



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Com efeito, a prova dos autos está a indicar que, de fato, a parte autora foi submetida a constrangimento por conta de sua condição de “travesti”, tendo sua honra atingida em razão de preconceito dos prepostos da ré.

Veja-se que o réu admite que o demandante esteve em suas dependências no dia do fato, confirmando ainda a cobrança de ingresso masculino (mais caro) e bem assim o incidente ocorrido nas dependências do clube, mais precisamente no banheiro feminino do salão.

Em defesa, asseverou que os fatos não se deram da forma que narrados na exordial, sendo que “...segundo relatos das frequentadoras, a entrada do travesti no banheiro feminino é sempre ‘triumfal’ e ‘escandalosa’, chamando atenção para a sua presença com gestos e falatórios exagerados e, como se não bastasse, não se sabe com que propósito, de deboche ou escárnio, os travestis urinavam com as portas abertas e em pé, longe do vaso sanitário, afrontando as mulheres.” (fl. 21).

Ocorre, no entanto, que prova alguma veio aos autos neste sentido, resumindo-se tal narrativa a mera alegação, desmerecedora de consideração probatória, ao menos para a solução da presente lide.

E mais, tal relato acaba por corroborar os fatos narrados na exordial, dado o evidente preconceito com que descrito o comportamento do indivíduo, de maneira que evidenciado que a parte autora efetivamente teve violada a sua honra subjetiva, sendo ofendida em razão de sua condição de transexual, sendo exposto à situação vexatória, e visivelmente lesiva a sua dignidade.

Com relação à paridade de tratamento aos transexuais, merece ser observado que o tema em debate encontra-se em fase de julgamento no Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 845.779, já com dois votos proferidos dando provimento ao recurso, a fim de ser reconhecido aos transexuais o direito a tratamento em conformidade com sua identidade social.

Note-se, por oportuno, trecho das razões do voto proferida pelo E. Min. Barroso, relator do recurso:

“(...) No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar social; e a igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.

“No caso da igualdade como reconhecimento, a injustiça a ser combatida não tem natureza legal ou econômica, mas cultural ou simbólica. Ela decorre de modelos sociais que excluem o diferente, rejeitam os “outros”, produzindo a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo.

“Determinados grupos são marginalizados em razão da sua identidade, suas origens, religião, aparência física ou opção sexual como os negros, judeus, povos indígenas, ciganos, deficientes, mulheres, homossexuais e transgêneros.

“O remédio contra a discriminação e o preconceito envolve uma transformação cultural capaz de criar um mundo aberto à diferença (“a difference-friendly world”), onde a assimilação aos padrões culturais dominantes ou majoritários não seja o preço a ser pago pelo mútuo respeito. Estas são palavras de Nancy Fraser, uma das principais teóricas desse tema. A luta pelo reconhecimento não pretende dar a todos o mesmo status por meio



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

da eliminação dos fatores de distinção, mas pela superação dos estereótipos e pela valorização da diferença. Nas palavras felizes de Boaventura Souza Santos: “As pessoas têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”.

(...)

“A discussão no presente processo diz respeito ao tratamento social de transexuais. Vale dizer: ao direito de tais grupos de serem tratados, denominados e de acessarem ou conviverem em espaços sociais, conforme o gênero com o qual se identificam. Isso inclui especialmente a questão da utilização por transexuais de banheiros e vestiários situados em áreas públicas, shoppings centers, casas de espetáculo, instituições de ensino e locais de trabalho, entre outros. Porém, o debate de fundo é mais amplo do que o uso de banheiro, abrangendo questões como o uso do pronome feminino ou masculino e a identificação pelo nome social.

(...)

“Do ponto de vista jurídico, há pelo menos três fundamentos que justificam conferir aos transexuais o direito de serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público. Dois desses fundamentos são ligados à dignidade humana e o terceiro ao princípio democrático.

“V. 1. Dignidade como valor intrínseco: o direito à igualdade

“O princípio da dignidade humana se tornou um consenso ético universal após a Segunda Guerra Mundial. Na prática, porém, no Brasil e no mundo, ele é frequentemente invocado como elemento retórico ou ornamental. Em estudo doutrinário, procurei estabelecer um conteúdo jurídico específico para o princípio, que inclui (i) o valor intrínseco de todos os seres humanos, (ii) a autonomia de cada indivíduo, (iii) limitada por algumas restrições legítimas impostas em nome de valores sociais ou interesses estatais.

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

“No plano jurídico, o valor intrínseco de todas as pessoas está na origem de uma série de direitos fundamentais, que inclui, para os fins aqui relevantes, o direito à igualdade. Todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. A ótica da igualdade como reconhecimento, que se vem desenvolvendo ao longo desse voto visa, justamente, combater práticas culturais enraizadas que inferiorizam e estigmatizam certos grupos sociais e que, desse modo, diminuem ou negam, às pessoas que os integram, seu valor intrínseco como seres humanos.

“O padrão cultural heterossexual e cisgênero impõe às orientações sexuais e identidades de gênero desviantes o rótulo de aberrações naturais ou perversões sociais, a serem curadas ou combatidas. As pessoas transexuais convivem, portanto, com o preconceito e a estigmatização. São, rotineiramente, encaradas como inferiores e têm seu valor intrínseco desrespeitado.

“Portanto, deve-se interpretar a Constituição e as leis em geral de modo a neutralizar, na maior medida do possível, essa situação. Isso significa assegurar ao transexual o tratamento social adequado. A negativa de tratamento socialmente adequado a um transexual afeta tanto (i) a pessoa transexual, reimprimindo nela o rótulo de não aceita, de doente ou depravada,



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

com reforço ao profundo estigma social sofrido desde a sua primeira infância, quanto (ii) todo o grupo, ao contribuir para a perpetuação do preconceito e conduzir a outras formas desigualdades e injustiças, como discriminações graves no acesso aos serviços públicos de saúde, educação e segurança pública, e ao mercado de trabalho.

“Essa é, no entanto, uma realidade incompatível com a ordem de valores consagrada pela Constituição de 1988 e que revela a importância de esta Corte reconhecer e enfatizar que transexuais são pessoas que possuem o mesmo valor intrínseco que qualquer ser humano e que, por isso – é preciso que se diga – têm de ser tratadas pelo Estado e por todos os demais em sociedade de maneira digna e compatível com a identidade de gênero pela qual se reconhecem.

“V. 2. Dignidade como autonomia: o direito de ser quem se é.

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

“É bem de ver que, nas situações envolvendo sexualidade, gênero e orientação sexual, no geral não se trata sequer de escolhas. São designios da vida. Ninguém escolhe ser heterossexual, homossexual ou transgênero. É um destino, um fato da natureza. Não respeitar essas pessoas é não respeitar a natureza ou, para os que creem, não respeitar a criação divina. Pois bem: deixar de reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua identidade de gênero em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido à sua existência.

“Há um limite à autonomia de todas as pessoas: o dever de respeitar o espaço legítimo de liberdade e os direitos fundamentais das outras pessoas, a partir de um juízo de ponderação e proporcionalidade. Porém, a recusa ao transexual do direito de ser tratado socialmente em consonância à sua identidade de gênero não encontra fundamento legitimador em qualquer valor constitucionalmente relevante. Referir-se a um indivíduo como Senhor ou Senhora não restringe, ao menos de modo significativo, direito fundamental algum daquele que está a fazer a referência; ao passo que negar o uso do pronome feminino à pessoa que é objeto da fala e que se identifica com o gênero feminino implica rejeição ao seu próprio modo de vida, a como ela se identifica.

“Cabe por fim, dentro desse tópico, fazer a ponderação entre o direito de uso de banheiro feminino de acesso ao público por parte de transexual feminina e o direito de privacidade das mulheres (cisgênero). Note-se que o suposto constrangimento às demais mulheres seria limitado, tendo em vista que as situações mais íntimas ocorrem em cabines privativas, de acesso reservado a uma única pessoa. De todo modo, a mera presença de transexual feminina em áreas comuns de banheiro feminino, ainda que gere algum desconforto, não é comparável àquele suportado pela transexual em um banheiro masculino. Pedindo licença às pessoas por citar os seus nomes e condição, imagine-se o grau de desconforto que sentiriam, por exemplo, Roberta Close ou Rogéria se fossem obrigadas a utilizar um banheiro masculino.

“Portanto, ao se fazer esta ponderação, tem-se uma restrição leve ao direito à privacidade versus uma restrição intensa aos direitos à igualdade e à liberdade. A diferença entre os níveis de restrição aos direitos em potencial



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

conflito, somada ao maior peso a ser dado às liberdades existenciais, revela que a solução constitucionalmente adequada consiste no reconhecimento do direito dos transexuais serem socialmente tratados de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive no que se refere à utilização de banheiros de acesso público.

“Em todos os casos em que não haja restrição significativa a direitos de terceiros ou a qualquer valor coletivo merecedor de tutela jurídica, o Estado deve adotar uma postura ativa contra o preconceito e a intolerância, protegendo as escolhas existenciais das pessoas, inclusive, no presente caso, por meio da afirmação do direito de serem tratadas socialmente em consonância à sua identidade de gênero.

“V. 3. Princípio democrático e proteção às minorias

“A democracia não é apenas a circunstância formal do governo da maioria. Ela tem também uma dimensão substantiva que envolve a proteção dos direitos fundamentais de todos, inclusive e sobretudo das minorias. É por essa razão que se houver oito cristãos e dois budistas em uma sala, os cristãos não podem deliberar jogar os budistas pela janela. As majorias não podem tudo.

“Porque assim é, a solução aqui proposta se justifica à luz do princípio democrático e da necessidade de proteção das minorias. É possível, senão provável, que a aceitação social a identidades de gênero que fogem ao padrão culturalmente estabelecido gere estranheza e até constrangimento em grande parte da população brasileira. Afinal, trata-se de uma realidade que passou a ser abertamente exposta e debatida há relativamente pouco tempo.

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

“Nas palavras de Luiz Alberto David Araujo, “[c]onviver com a opção sexual do transexual, permitir a busca de sua felicidade, é também revelar o grau de democracia da sociedade, já que essa felicidade dependerá da identificação do sexo psicológico com o biológico. Os valores morais, que dominam a sociedade, permitirão o convívio com o bem-viver do indivíduo transexual? Com a resposta, chegaremos ao grau de democracia existente em nossa realidade jurídica”.

“Dentre as funções do Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, está, justamente, a de ser o guardião contra os riscos da tirania das majorias; de garantir que os segmentos alijados do processo majoritário tenham seus direitos fundamentais observados.

“VI. CONCLUSÃO

“Por tudo isso, afirmo, sob o regime da repercussão geral, a 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”.

“Em relação ao caso concreto, dou provimento do recurso extraordinário para a reforma do acórdão recorrido e conseqüente manutenção da sentença, que condenou a ré a indenizar a parte autora pelos danos morais sofridos, restabelecendo-se a indenização fixada na ocasião”.

Como se pode observar da dissertação apresentada pelo E. Min. Barroso, é direito dos transexuais e transgêneros serem reconhecidos e tratados em conformidade com sua identificação social encontra amparo



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

constitucional, em especial no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inciso III, da Constituição federal de 1988), tando porque tal fundamento constitucional é considerado um valor intrínseco ao ser humano, que corresponde ao direito à igualdade, como também por ser um direito fundamental à autonomia, correspondente ao “direito de ser como se é” e, ainda, amparado no Princípio Constitucional Democrático, no aspecto que concerne à proteção das minorias.

*Nesse mesmo trilhar, entendo que deve ser julgado procedente o pedido manejado, acolhendo a tese esposada no sentido de que **“Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público”**, acrescentando que a violação desse direito importa em lesão direta a direito da personalidade, caracterizador de lesão extrapatrimonial.*

Quanto à natureza e conceituação do dano moral, adequada se apresenta a realização de uma breve análise do panorama legislativo e doutrinário atual, de modo a viabilizar uma precisa compreensão do instituto.

O dano moral tem assento na Constituição da República. Ela a ele se refere no art. 5º, incisos V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano moral, material e a imagem”) e X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”).

Foi objeto de análise, também, pelo legislador infraconstitucional.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, VI, dispõe que “são direitos básicos do consumidor: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

O Código Civil, em seu art. 186, reza que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Apesar disso, o fato é que não existe no Direito Brasileiro o conceito legal de dano moral.

E definir o que seja dano moral é tarefa das mais difíceis, como é cediço. Em verdade, no mais das vezes, é a jurisprudência que, topicamente, em análises concretas, define as agressões de configuram o prejuízo subjetivo.

Flávio Tartuce, citando Limongi França, explica que a corrente doutrinária prevalente define dano moral como aquele decorrente da lesão a direito da personalidade, merecendo destaque a observação de que para a sua reparação não se requer a determinação de um ‘preço’ para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências dos prejuízos imateriais, o que enseja a sua classificação como dano “derivativo ou sucedâneo”. Ou seja, o dano moral decorre da dor e do sofrimento, mas com eles não se confunde. (Manual de Direito Civil, Ed. Método, 2ª edição, 2012, p. 453).

Para Carlos Roberto Gonçalves, dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não se confundindo com o prejuízo patrimonial. É lesão a bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome. O entendimento hoje, segundo o autor, é de que a indenização por dano moral não representa a medida nem o preço da dor, mas uma compensação, ainda que pequena, pela dor e a tristeza infligidas ilicitamente por outrem. (Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva, 7ª edição, 2010, p. 102).



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Já para Sérgio Cavalieri só se configura dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Malheiros, 2ª edição, 2009, p. 78).

Afora estas conceituações, há casos em que a jurisprudência reconhece a ocorrência do “Dano Moral In Re Ipsa”. Trata-se, em síntese, do dano moral presumido, ou seja, aquele que decorre do próprio ato ilícito.

Exemplificativamente, notem-se as posições já sumuladas pelo col. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que (Súmula nº 338) “A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral”; e que (Súmula nº 370) “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”.

Além disso, inúmeros são os precedentes colhidos da Jurisprudência Gaúcha nos quais há o reconhecimento da ocorrência dos Danos Morais Presumidos, sobretudo no âmbito das relações de consumo.

Veja-se, assim, em que pese não exista um conceito legal de Dano Moral, ou mesmo uma rígida delimitação dos casos em que os danos morais são presumidos, é certo que a jurisprudência nos fornece elementos suficientes para a adequada aplicação destes institutos, mormente porque alicerçados nos princípios gerais da responsabilidade civil, já consagrados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional.

Quantum Indenizatório

A exemplo do que ocorre na conceituação e definição de Dano Moral, não há critérios legais fixos para a sua quantificação.

A doutrina civilista, de sua parte, propõe alguns parâmetros básicos, com se vê nas lições do clássico Caio Mário da Silva Pereira (in Responsabilidade Civil, 4ª ed., 1993, p. 60), nos seguintes termos:

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.

Também Sergio Cavalieri Filho (na obra Programa de Responsabilidade Civil, 8ª ed., Editora Atlas S/A, 2009, p. 93), ao tratar do arbitramento do dano moral, assim se manifestou:

“Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes”.

De nossa parte, temos dito que, para a quantificação de danos morais, não havendo parâmetros legais específicos, devem ser considerados a capacidade econômica do ofensor, o caráter pedagógico da indenização (de forma a evitar que se repita seu comportamento), a condição social e econômica da parte lesada, bem como a repercussão do dano. Porém, tratando-se de recomposição de prejuízo de ordem subjetiva, há que se ter o cuidado de não importar vantagem exagerada, ou o enriquecimento imotivado do beneficiário.

*Assim sendo, considerando todos estes parâmetros, observadas ainda as peculiaridades do caso em concreto, em especial a profunda humilhação provocada à parte autora, relatada em detalhes nos presentes autos, tenho que a fixação de indenização no valor de **R\$ 8.000,00 (oito mil reais)** se afigura como medida justa, razoável, proporcional e adequada ao dano sofrido, bem como cumpre o objetivo punitivo/reparador da indenização.*

Tal valor deverá ser corrigido pelo IGP-M desde a publicação da sentença e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso (24/03/2013, fl. 19).

III – DISPOSITIVO:

Em face do exposto, na forma do art. 487, inciso I, do NCPC, e forte no art. 186 do Código Civil, julgo PROCEDENTE o pedido, para os fins de CONDENAR a demandada ao pagamento de indenização por danos morais em favor da parte autora, a qual fixo em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), valor este que deverá ser corrigido pelo IGP-M, desde a publicação da sentença, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso (24/03/2013, fl. 19).

Vencida, condeno a ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários da parte vencedora, os quais fixo em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, observadas as diretrizes do art. 85, §2º, do NCPC...”

Como se vê, a sentença aborda a difícil questão da discriminação de pessoas que fazem opção de gênero diferente da biológica, situação que sabidamente ocorre diariamente e que precisa, como refere o voto do Ministro Barroso, citado na decisão recorrida, de uma urgente mudança de abordagem por parte da sociedade.

O mundo está mudando e, nesse sentido, necessário que padrões de comportamento, em especial no que se refere às minorias, sejam modificados, evitando-se a exclusão, o preconceito, favorecendo-se a inclusão e a aceitação.



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

A questão de gênero, está mostrando a ciência, não é opção, mas destino biológico. Só essa constatação mostra o quanto nós, enquanto sociedade, erramos até hoje, impondo sofrimento, humilhação, exclusão e marginalidade àqueles que não se identificam com o gênero que lhes foi imposto ao nascimento.

O caso dos autos é emblemático.

Veja-se que a parte autora – que afirma ter assumido sua travestilidade aos 18 anos, assumindo o pseudônimo Roberta – relata ter comparecido, no dia 24/03/2013, a uma festa promovida na sede do clube demandado.

Segundo a autora, desde o primeiro momento sofreu humilhação, primeiro ao ter que comprar ingresso como homem – mais caro – e depois ao ser perseguida por seguranças toda vez que ia para a pista de dança, sendo advertida de que não poderia dançar de forma a chamar a atenção.

Ainda, segundo a demandante, ao sair do banheiro feminino, passou, junto com amigos que a acompanhavam, a ser ofendida, sendo que foram conduzidos para um canto, onde foram humilhados e impedidos de sair do local. Por essa razão, precisaram chamar uma advogada para conseguir sua liberação.

O clube requerido nega tal situação, afirmando que vendeu o ingresso masculino atendendo recomendação da Brigada Militar no sentido de que deveria ser observado o gênero constante no documento de identidade.

No que se refere ao episódio do banheiro, afirma que houve reclamação de frequentadoras em razão de *in verbis* "...a entrada do travesti no banheiro feminino é sempre 'triumfal' e 'escandalosa', chamando atenção para sua presença com gestos e falatórios exagerados e, como se não bastasse, não se sabe com que propósito, de deboche ou escárnio, os travestis urinavam com as portas abertas e em pé, longe do vaso sanitário, afrontando as mulheres" (fl. 21).

Ainda, segundo consta na contestação, em razão desse fato, foi chamada a Brigada Militar, que novamente orientou que o banheiro a ser utilizado devia ser aquele do gênero constante no documento de identidade. Nega que tenha havido qualquer procedimento de retenção da autora e de seus amigos.



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Ora, a própria contestação apresentada, por si só, já demonstra todo o preconceito e a forma inadequada de enfrentamento da situação, tudo em consonância com o agir padrão da sociedade em relação às minorias. Veja-se que se buscou o aconselhamento junto à Brigada Militar, que simplesmente mandou observar o que consta no documento de identidade.

Será essa a melhor opção? Está ela em consonância com a postura exigível de uma sociedade que não deveria ser preconceituosa?

A pessoa tem o direito de frequentar o banheiro conforme sua opção de gênero, ainda mais, como no caso dos autos, quando a identificação da transgeneralidade é manifesta.

Quando não se respeita isso, configurada está a discriminação, que não deve e não pode mais ser aceita.

Veja-se que a parte ré refere excessos por parte da autora e de seus amigos dentro do banheiro, situação que teria gerado reclamação por parte das mulheres que frequentavam o ambiente.

Sim, mas onde está a prova disso?

Nesse ponto, importante fazer uma consideração. A compra de ingresso para participar de um evento festivo explorado comercialmente configura uma relação de consumo e, portanto, regulado pelo Código do Consumidor.

Assim sendo, a inversão do ônus da prova se opera *ope legis*, de forma que caberia à parte ré demonstrar não só o que alega, mas também desconstituir a presunção de veracidade advinda das alegações da parte autora.

A autora, possivelmente por toda a instabilidade e descrença que marca vidas como a sua, não foi mais encontrada, o que inviabilizou sua oitiva. No entanto, além da questão da inversão do ônus da prova, note-se que acostou com a inicial um registro policial, demonstrando que, juntamente com uma advogada, foi até uma delegacia na noite dos fatos, onde registrou as ameaças e discriminações que sofreu de seguranças. Relatou ter sido segregada em um canto, onde ela e seus amigos foram ofendidos e só liberados mediante a intervenção da causídica.(fl. 13).



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Ora, isso tudo foi feito, como antes referido, no dia e no calor dos fatos, ainda na madrugada. Teria sido uma invenção?

Tenho que não, pelo que absolutamente correta a sentença recorrida, a qual deve ser mantida, inclusive no valor da condenação, pois, além de adequado, não houve pedido de redução.

Não tenho dúvida e não desconheço que a situação dos autos é complexa, ensejando dificuldades. Talvez tais dificuldades decorram justamente dos anos de escuridão que envolvem o assunto, onde a convivência dos ditos “normais” com os ditos “diferentes” acabou por cristalizar condutas e preconceitos inaceitáveis dentro de uma sociedade democrática e materialmente igualitária.

No entanto, a necessária mudança passa pela conscientização de que posturas devem ser modificadas, até porque, por trás da extravagância de quem vive como travesti ou assume sua transgeneralidade, existe um quadro imenso de tristeza, de clandestinidade, de diferença e, por fim, de indiferença. Isso não pode persistir: a sociedade, em nome da integração e do direito de liberdade, precisa mudar. A repercussão econômica da odiosa discriminação se afigura, no presente caso, como a melhor forma de pôr luz na escuridão do agir preconceituoso.

Assim, vai desprovida a apelação e integralmente mantida a sentença.

Por fim, sabe-se que, no sistema de persuasão racional adotado no processo civil brasileiro, o juiz não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações e disposições normativas invocadas pelas partes, bastando menção às regras e fundamentos jurídicos que levaram à decisão de uma ou outra forma. Assim, dou por devidamente prequestionados todos os dispositivos constitucionais, legais e infralegais suscitados pelas partes no curso do processo, a fim de evitar a oposição de aclaratórios com intuito prequestionador.

Registro, por entender oportuno, que eventual oposição de embargos declaratórios com propósito exclusivo de prequestionamento será considerada manifestamente protelatória, na forma do artigo 1.026, § 2º, do NCPC.



CER

Nº 70072252539 (Nº CNJ: 0435447-18.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

VOTO, assim, pelo improvimento do agravo retido e da apelação, majorando a verba honorária, em razão da sucumbência recursal, para 20% do valor da condenação, forte no artigo 85, § 11, do NCPC.

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. EUGÊNIO FACCHINI NETO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY - Presidente - Apelação Cível nº 70072252539, Comarca de São Leopoldo: "DESPROVERAM O AGRAVO RETIDO E A APELAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: IVAN FERNANDO DE MEDEIROS CHAVES