



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

Registro: 2023.0000010534

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Inominado Cível nº 1011469-23.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é _____, é recorrido

_____.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Turma Cível - Santos do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Juizes RENATA SANCHEZ GUIDUGLI GUSMÃO (Presidente) E FREDERICO DOS SANTOS MESSIAS.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2023

Orlando Gonçalves de Castro Neto

Juiz Relator

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

1011469-23.2022.8.26.0562 - Fórum de Santos

Recorrente _____

Recorrido _____

Voto nº 05-2023

EMENTA: RECURSO INOMINADO. Interposição pela parte autora. Recurso inominado interposto para o fim de que seja reformada a sentença e julgado procedente o pedido de indenização por danos morais. Recurso inominado. Cabimento. Artigo 41 da Lei nº 9.099/95. Presença dos requisitos legais. Aplicam-se as regras consumeristas, pois se trata de relação de consumo. Inegável falha na prestação dos serviços. Indenização por danos morais pela prática de transfobia. A compreensão biológica da sexualidade humana a partir da genitália das pessoas é uma forma de invisibilizar pessoas trans. As pessoas trans, como sujeito de direitos que são, estão amparadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e são titulares dos direitos da personalidade (direito à intimidade e ao próprio corpo). A identidade de gênero é uma escolha pessoal. À sociedade, resta a função de romper com o paradigma da patologia estruturada sob a doutrina binária e transmutar-se para o plano de construções de identidade de gênero por meio da cultura e do meio social com o fito de permitir ao sujeito expor o seu ser, externar suas escolhas e desejos, sem o receio de ser excluído, discriminado ou violentado. O E. STF já assentou que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente, deve ser respeitado por todos, o que implica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

a necessária coibição de qualquer ato de transfobia, violência ou discriminação. A orientação sexual e a identidade de gênero constituem elementos essenciais da personalidade humana e devem ser consideradas como manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação. A identidade de gênero é um dos atributos da pessoa humana. Ninguém deve ser criticado e desvalorizado por ser aquilo que é, seja cisgênero ou transgênero. No caso em tela, houve inegável prática de transfobia pelo estabelecimento comercial ao negar à consumidora, mulher transgênero, o direito de uso do banheiro feminino. Dano moral, portanto, configurado pela ofensa aos direitos da personalidade da parte recorrente (art. 5º, X, CF/88), especialmente os direitos à honra e à privacidade. Ademais, dano moral praticado ao comparar a parte recorrente a um ladrão em mídia de expressão local. Nova lesão aos direitos da personalidade da vítima, notadamente à imagem. Danos morais arbitrados em R\$ 30.000,00 com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sentença reformada para julgar procedente o pedido. Sem condenação nas verbas de sucumbência. RECURSO PROVIDO.

Vistos.

Trata-se de recurso inominado interposto pela parte autora contra a r. sentença de improcedência.

Na origem, a parte autora, ora recorrente, relatou que, em 16/01/2022, foi



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

ao estabelecimento da parte ré, ora recorrida, juntamente com familiares e amigos, quando, necessitando dirigir-se ao banheiro, indagou funcionário do estabelecimento onde se encontrava o banheiro feminino. No entanto, segundo relatou, o funcionário lhe negou o uso do banheiro feminino porque, de acordo com a concepção do empregado, _____ era homem e não poderia usar o banheiro feminino. Ainda nesse contexto, por ser mulher transgênero, buscou junto à gerência do comércio solução ao imbróglio, mas foi novamente surpreendida pelo gerente, que afirmou que ela deveria usar o banheiro masculino porque era homem, proibindo-a de utilizar o banheiro feminino. A parte autora sustentou, então, que sofreu abalo moral em seus direitos da personalidade, tendo sido colocada em situação constrangedora e humilhante diante de seus amigos e familiares, bem como de todos os inúmeros clientes que ali se encontravam. Relatou ainda que os fatos foram registrados em Delegacia de Polícia, bem como que o caso foi amplamente noticiado na mídia, inclusive de expressão local. Numa das notícias, conforme consta ainda da petição inicial, o dono do estabelecimento, ao ser indagado pela mídia, comparou _____ a "ladrão". Além disso, relatou que, em depoimento na Polícia Civil, o dono do estabelecimento caracterizou _____ como "pessoa com trejeitos homossexuais", sempre a ela se referindo com pronome masculino. Por todo o ocorrido, pleiteando a aplicação das normas que regem as relações de consumo, a parte recorrente requereu a condenação da parte recorrida em indenização por danos morais sustentando, em síntese, ofensa aos seus direitos da personalidade e discriminação.

Ainda na origem, a parte ré, ora recorrida, ofertou contestação minimizando os fatos e sustentando, em síntese, que a parte autora jamais foi impedida de utilizar o banheiro feminino, tanto que assim o fez, razão pela qual pleiteou a improcedência ante a ausência de dano moral indenizável.

A sentença julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que tudo não passou de um grande mal-entendido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

A parte autora, então, interpôs recurso inominado no qual, em suma, reitera os relatos e pedidos de sua petição inicial.

O recurso foi devidamente contrarrazoado.

Breve relato.

Fundamento e decido.

O recurso deve ser recebido, pois presentes os requisitos legais.

No mérito, pelo meu voto, **o recurso comporta provimento.**

De início, em que pese desnecessária fosse a inversão do ônus da prova no caso em tela, destaco que se aplicam as regras consumeristas, pois se trata de relação de consumo na medida em que a parte autora, ora recorrente, é consumidora (art. 2º, CDC) e a parte ré, ora recorrida, é fornecedora de serviços (art. 3º, CDC), razão por que procedo à inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC).

Entendo que há inegável falha na prestação dos serviços no caso em tela, a qual gerou indiscutíveis danos à imagem, à moral e à honra de _____.

Explico.

Antes, porém, a fim de afastar qualquer alegação de ilegitimidade do estabelecimento comercial por atos de seu gerente e de seus empregados, faço claro que é **objetiva** a responsabilidade do estabelecimento comercial por seus empregados conforme previsto no artigo 932, III, do Código Civil (CC/02), *in verbis*:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...); III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (...).

Ainda na seara da responsabilidade civil e da necessidade ou não de análise de culpa, faço também claro que é **objetiva** a responsabilidade do fornecedor de serviços no âmbito das relações consumeristas conforme previsto no artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), *in verbis*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Pois bem, configurado o panorama normativo no sentido de que o estabelecimento comercial responde objetivamente pelos atos praticados pelos seus funcionários e, ainda, que responde objetivamente pelos danos (materiais e/ou morais) causados aos consumidores, passo à análise do contexto fático da lide.

Ora, não há discussão com relação à dinâmica dos fatos que, respeitado o entendimento do magistrado de piso, a mim se mostra muito mais complexa do que um grande mal-entendido, perpassando pela análise da consumação de **transfobia**.

E assim o é porque não há controvérsia no sentido de que _____ indagou o funcionário do estabelecimento acerca de onde estava o banheiro feminino e lhe foi indicado o banheiro masculino, que o gerente não prestou o atendimento suficiente e adequado à consumidora e, mais grave, que o dono do estabelecimento comparou _____, enquanto mulher transgênero, a um “ladrão” em entrevista à mídia.

E isso bastaria para logo se concluir pela radical ofensa aos direitos da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

personalidade de _____, humilhada em sua honra e imagem diante de amigos, familiares, consumidores e leitores das publicações jornalísticas. Parece-me óbvio que os direitos da personalidade, sagradamente protegidos pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal, restaram maculados no caso concreto.

No entanto, a conduta do estabelecimento comercial, capitaneada por seu dono, infelizmente, é muito mais comum do que a vinda de casos ao Poder Judiciário, razão pela qual entendo necessária breve digressão sobre o assunto (**transfobia**).

Em estudo científico sobre responsabilidade civil por danos morais e transfobia, Fabrício Veiga Costa, Bárbara Campolina Paulino e Luana de Castro Lacerda elucidam o assunto de forma simples e contundente¹.

Reproduzo (com grifos meus):

“A sociedade ocidental é alinhada pela cultura da binariedade e da heteronormatividade compulsória, a qual acredita que apenas os relacionamentos entre pessoas de sexos opostos são reconhecidos socialmente. Como consequência desta afirmação, **marginalizam-se orientações sexuais e identidades de gênero que destoam da heterossexualidade compulsória**, transformando-a em uma norma simbolicamente universal para a sociedade civil. A própria cultura força o ligamento entre o sexo biológico de nascimento com o gênero e a orientação sexual, na direção da procriação da espécie humana, situações e premissas essas que geram, muitas vezes, exclusão, segregação e marginalidade sexual, suportada especialmente por aquelas pessoas que não são moldadas dentro desse contexto aqui apresentado.

¹ COSTA, Fabrício Veiga; PAULINO, Bárbara Campolina; e LACERDA, Luana de Castro. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS DECORRENTE DA TRANSFOBIA NO AMBIENTE DE TRABALHO: UM ESTUDO CRÍTICO DOS CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO in Revista de Gênero, Sexualidade e Direito | e-ISSN: 2525-9849 | Encontro Virtual | v. 7 | n. 2 | p. 01 – 22 | Jul/Dez. 2021.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

Para Judith Butler (2002), o sexo é uma construção ideal forçosamente materializada através do tempo, não sendo um simples fato ou uma condição estática, definida biologicamente (BUTLER 2002). Logo, sexo e sexualidade não são um padrão aprioristicamente definido, tendo em vista que as influências do tempo, do social, da política geram reflexos diretos na vida das pessoas, especialmente no que diz respeito à construção da subjetividade e, também, da orientação sexual e da identidade de gênero. Um dos maiores teóricos da sexualidade, Foucault (2020), diz que o sexo é o resultado de experiências individuais e não uma imposição pronta aplicável aleatoriamente sobre todos. É muito chato ser sempre a mesma pessoa, diz Foucault (2020).

A Resolução nº. 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, em suas considerações, definiu o paciente transexual como portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio. Como uma maneira de corrigir terapeuticamente os casos de transexualidade, admitiu-se a realização das cirurgias de transgenitalização.

Em contraposição ao modelo biomédico, centrado em doenças e relacionado a fatores biológicos, destaca-se o fenômeno biopsicossocial, no qual **o gênero não está adstrito às questões biológicas da pessoa**, mas engloba, também, a construção de aspectos psicológicos e sociais, conforme explica Luiz Edson Fachin (2014, p. 14):

O conceito de gênero, por sua vez, visa a suplantiar as limitações do sexo biológico, levando em consideração que não apenas características biológicas e anatômicas determinam a identidade de cada sujeito. Trata-se de um conceito deveras complexo. O conceito de gênero é formulado, numa certa perspectiva, a partir de discussões dos movimentos feministas, justamente para contrapor a noção de sexo biológico. Não se trata de negar totalmente a biologia dos corpos, mas enfatizar que existe uma construção



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

social e histórica sobre as características biológicas. **Sendo assim, a categoria de homem e a categoria de mulher se dariam em decorrência de uma construção da realidade social e não meramente de uma diferenciação anatômica.**

Transgênero, portanto, é o sujeito que se autodetermina e se identifica para a comunidade na condição de homem ou de mulher, independentemente da existência de relação direta com o sexo biológico. Nesse contexto propositivo, a pessoa que nasce com aparelho genital feminino pode se identificar biopsicossocialmente tanto com o gênero feminino quanto com o masculino. Os transgêneros são pessoas que rompem com a doutrina binárioheteronormativa, haja vista que, no contexto da sua autodeterminação, conseguem construir sua identidade de gênero para além dos parâmetros sexuais ontológicos definidos aprioristicamente a partir da genitália.

A exclusão, a marginalidade e o preconceito são vivências que integram a rotina e o cotidiano de mulheres e homens trans no Brasil. A patologização da transexualidade é uma representação simbólica da utilização do conhecimento medicocientífico como ferramenta para a legitimação da exclusão e marginalidade de pessoas em razão da sua identidade de gênero. O apelo para a realização da cirurgia de redesignação sexual também é uma questão que, além de representar, muitas vezes, uma afronta ao direito fundamental de liberdade e autodeterminação das pessoas trans, não pode ser vista como condição para a construção da identidade de gênero.

É necessário desmitificar as premissas socioculturais utilizadas como parâmetros para a segregação sexual de pessoas trans. Para isso, torna-se relevante a ressignificação do padrão binário-heteronormativo, utilizado universalmente para categorizar corpos e a sexualidade humana. **A compreensão biológica da sexualidade**

||

||



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

humana a partir da genitália das pessoas é uma forma de invisibilizar pessoas trans, obscurecendo o entendimento por meio do qual o —ser homem e o —ser mulher nada mais são do que construções biopsicossociais que ocorrem no âmbito da subjetividade humana. O apoio e o acolhimento da família é o primeiro passo importante para amenizar o sentimento de exclusão e marginalidade suportado diariamente pelas pessoas trans.

A aceitação das novas formas de identidades de gênero deveria começar dentro do seio familiar, trazendo segurança para que os transexuais venham a ocupar o seu lugar na sociedade, ou seja, para que o mercado formal de trabalho seja uma realidade e não um desejo extremamente longínquo, haja vista que chega até ser, muitas vezes, uma ilusão, e acaba os confinando ao mercado informal da prostituição. Os transexuais formam um grupo de risco pela vulnerabilidade biopsicossocial em que vivem, pois, reconhecer as diferenças e aceitá-las é um desafio quando se convive com uma sociedade engessada, predominantemente conservadora e vinculada a padrões biológicos de uma sexualidade que se apresenta a partir de padrões ontológicos.

As pessoas trans, como sujeito de direitos que são, estão amparadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e são titulares dos direitos da personalidade (direito à intimidade e ao próprio corpo). A identidade de gênero é uma escolha pessoal, que se dá no âmbito da subjetividade habitada e que deriva da autonomia privada dos indivíduos, o que os tornam aptos a decidir o que de fato é melhor para cada um, função essa que não é de mais ninguém além do próprio sujeito.

Além do direito fundamental à liberdade de escolha, corolário da autodeterminação, é importante ainda ressaltar que **um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, expressamente previsto no artigo 3, inciso IV do texto da constituição brasileira de 1988, é reprimir todo tipo de discriminação,**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

especialmente aquelas advindas da origem, raça, sexo, cor e idade. É a partir da interpretação desse dispositivo constitucional que temos o princípio da não discriminação, corolário da dignidade humana, igualdade e liberdade.

À sociedade, por sua vez, resta a função de romper com o paradigma da patologia, estruturada sob a doutrina binária, e transmutar-se para o plano de construções de identidade de gênero por meio da cultura e do meio social, com o fito de permitir ao sujeito expor o seu ser, externar suas escolhas, desejos, sem o receio de ser excluído, discriminado ou violentado.

Além do assédio, violência e opressão vividos cotidianamente, o transexual, mormente quando inicia mudanças corporais, enfrenta dificuldades em conseguir um emprego, o que abala sua autoconfiança na luta por uma sociedade que o compreenda e o acolha. Nesse sentido, com vistas ao reconhecimento social, o Supremo Tribunal Federal decidiu na ADI 4.275/DF que transexuais e transgêneros poderão solicitar a mudança de prenome e gênero em registro civil, sem a necessidade de cirurgia de mudança de sexo. Também não serão necessários decisão judicial autorizando o ato ou laudos médicos e psicológicos. Vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. **A identidade de gênero**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

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

3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao **direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade**. 4. Ação direta julgada procedente (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente, deve ser respeitado por todos, o que implica a necessária coibição de qualquer ato de transfobia, violência ou discriminação, ostensiva ou velada, desde o seio familiar até o ambiente de trabalho. A norma jurídica por si só é insuficiente para romper com as amarras da violência moral, psicológica, discriminação e marginalidade vivenciada pelas pessoas trans. É necessário ressemantizar as estruturas sociais, o modo de pensar as diversas manifestações de gênero e sexualidade. A ruptura com o modelo binário-sexista, que institucionalizou a ditadura de corpos a partir da genitália das pessoas, é o primeiro passo a ser dado para garantir a igualdade, dignidade, inclusão e reconhecimento das pessoas trans.”

A literatura mencionada é clara e suficiente para que se entenda o contexto fático em que _____ está inserida: de discriminação, marginalização, preconceito, descaso, desrespeito, desumanização e ausência de proteção.

Do contexto fático explorado nos autos, o que se vê é justamente a situação narrada de forma abstrata pelos estudiosos acima mencionados, onde uma mulher transgênero é tratada _ ou melhor, destrutada, mal tratada _ como se homem fosse



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

apenas e tão somente por sua genitália; é discriminada por sua orientação subjetiva; é impedida, *prima facie*, de se utilizar do banheiro destinado ao gênero de sua psique e conforme sua autodeterminação; é desrespeitada pelo gerente do comércio ao lhe pedir ajuda no resguardo de seus direitos humanos fundamentais; e, por fim, é comparada na mídia a um “ladrão”, ou seja, a um criminoso.

Não há, a meu ver, exemplo mais claro de violação aos direitos da personalidade previstos no artigo 5º, X, da Constituição Federal, a saber, honra, imagem, privacidade e intimidade, fazendo-se de rigor a indenização moral da vítima.

Antes, contudo, faço questão de explorar o tema na jurisprudência, a qual, embora escassa, vem se construindo no sentido da defesa dos direitos humanos das pessoas transgêneros e do respeito à sua dignidade constitucional.

Em recente julgado do E. Supremo Tribunal Federal (STF), na ADO nº 26/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a Suprema Corte fixou, dentre outras, a seguinte tese: “Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”)”.

No curso do julgamento histórico que equiparou os crimes de homofobia



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

e transfobia ao crime de racismo, o Ministro Gilmar Mendes pontuou de forma precisa, em seu voto, o âmbito de proteção Constitucional a que estão sujeitas a identidade de gênero e orientação sexual enquanto elementos essenciais da personalidade humana.

Reproduzo parcialmente (com grifos meus):

“A orientação sexual e a identidade de gênero constituem elementos essenciais da personalidade humana. Não há maiores dificuldades em se entender que as escolhas tomadas nesses campos concretizam a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Em essência, cuida-se de decisões tomadas pelos indivíduos no exercício da liberdade de projetar sua própria vida e de aspirar à busca da felicidade.

A doutrina nacional não se tem ocupado _ como deveria _ de um dispositivo que consta do Direito Comparado _ talvez sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn _, que fala sobre o **direito de autodesenvolvimento** (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento da personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG - *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*).

É claro que isso não nos impede de identificar esse direito em nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais. Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios adotados ou incorporados mediante tratados internacionais (art. 5º, §2º).

A orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas como manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação.

A proteção constitucional da autodeterminação de gênero deve ser concebida dentro do quadro de significados de uma Constituição Democrática Pluralista, que, nas palavras de Peter Häberle, assume um *“Compromisso de Possibilidade”*, isto é, assume uma proposta de soluções e de coexistências possíveis sem se curvar à imposição da força política de cima para baixo (HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Königstein: Athenäum, 1980, p. 5*). Nesse contexto, como observa ainda Haberle, os direitos fundamentais acabam por representar importante meio de alternativas e de opções, fazendo que, com eles, seja possível um pluralismo democrático (HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Königstein: Athenäum, 1980, p. 6*).”

Ora, é nesse contexto em que se insere a discriminação e a violação dos direitos de autodeterminação e à honra e à imagem de _____. É dele que se extrai a falta de compromisso e comprometimento do estabelecimento comercial para com sua consumidora, mulher transgênero cujos direitos foram violados.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

Analisando a jurisprudência no âmbito do E. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), da mesma forma, encontra-se o julgado a seguir ementado:

OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - INSURGÊNCIA DA RÉ - CABIMENTO - O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NÃO PODE ATINGIR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUAL GRANDEZA, MAS QUE SE AUTO-LIMITAM - MANIFESTAÇÃO PÚBLICA DE PENSAMENTO QUE HÁ DE RESPEITAR A **IDENTIDADE DE GÊNERO COMO VALOR QUE COMPÕEM DIREITO INALIENÁVEL DA PERSONALIDADE** - AUSÊNCIA DE ANIMUS INJURIANDI QUE NÃO AFASTA O **DEVER DE INDENIZAR SE CONFIGURADA A LESÃO - INDENIZAÇÃO DEVIDA** - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1003829-74.2020.8.26.0291; Relator (a): Hertha Helena de Oliveira; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaboticabal - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/05/2022; Data de Registro: 11/05/2022) [grifos meus]

No referido acórdão, a Excelentíssima Desembargadora Relatora destacou, dentre tantas considerações importantes (grifos meus), que: **“A identidade de gênero é um dos atributos da pessoa humana. Ninguém deve ser criticado e desvalorizado por ser aquilo que é, seja cisgênero ou transgênero. (...). Não resta dúvida que o autor ultrapassou a liberdade de expressão na medida em que discriminou e depreciou a autora por sua identidade de gênero, atingindo a esfera íntima de sua personalidade e dignidade humana. Assim agindo causou dano moral indenizável. Indisputável, portanto, o dever de indenizar.** O dano moral está perfeitamente caracterizado pela simples conduta ilícita do réu, que ofendeu a autora publicamente.”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

Por todo o exposto, é incabível a alegação defensiva de exercício de liberdade de expressão no que tange à comparação criminosa divulgada pelo jornal A Tribuna ou ainda a minimização do sofrimento da vítima porque, ao fim e ao cabo, utilizou-se do banheiro feminino, não sem antes peregrinar na busca por direito que jamais deveria ter sido violado, em ambiente de constrangimento e humilhação.

Assim, realizando juízo de ponderação que se deve aplicar em casos tais, observado o princípio da proporcionalidade em suas três vertentes – subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, conforme ensina o Professor Virgílio Afonso da Silva em seu texto "*O Proporcional e o Razoável*"¹, entendo que prevalecem os direitos à honra, imagem, privacidade e intimidade da parte autora, ora recorrente, previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal.

Nesse sentido, menciono precedente desta E. 3ª Turma Cível do Colégio Recursal de Santos (TJ-SP), de minha relatoria, em caso de xenofobia:

RECURSO DE APELAÇÃO E RECURSO INOMINADO. Interposição de recurso de apelação pelo Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza (FATEC) e recurso inominado interposto por Jamir Mendes Monteiro para o fim de que seja reformada a sentença e julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais. (A) (...) (B) Recurso Inominado. Não há discussão com relação às expressões utilizados por Jamir para se referir à aluna, notadamente "grosseira" e "nordestina", ambas em tom pejorativo, consoante se provou pelo áudio da aula constante do link posto nos autos (fls. 02), bem assim pelas testemunhas em audiência de instrução (fls. 195/199). É incabível alegar liberdade de cátedra para ofender seus alunos, como pretende o professor

¹ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio, *O Proporcional e o Razoável* in "A Expansão do Direito: Estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito", Ed. Lumen Juris, 2004, pp. 83-120.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

em suas razões recursais, notadamente quando se utilizou do termo "nordestina" a fim de ofender a aluna, discriminando-a, em claro ato de xenofobia, que, além de ilícito civil, pode desbordar para a esfera penal no âmbito dos crimes contra honra. A liberdade de expressão e manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, CF/88) constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática. No caso, verificam-se excessos na fala do professor que violam os direitos da personalidade da aluna (artigo 5º, X, CF/88). Realizando juízo de ponderação que se deve aplicar em casos tais, observado o princípio da proporcionalidade em suas três vertentes _ subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito _, conforme ensina o Professor Virgílio Afonso da Silva em seu texto "O Proporcional e o Razoável", entendo que **prevalecem os direitos à honra, imagem,**

privacidade e intimidade da parte autora, ora previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal. Indenização por danos morais que foi fixada pelo juízo de piso de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Danos morais configurados. Situação que ultrapassou o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano. Existência de lesão a direito da personalidade. Montante indenizatório arbitrado em valor razoável e proporcional ao caso concreto. Sentença de procedência mantida nos termos do artigo 487, I, do CPC. Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do recurso de apelação e NEGO provimento ao recurso inominado, bem como, em razão da sucumbência, condeno a parte recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios da parte contrária, ora fixados em 20% sobre o valor da condenação, ressalvada eventual gratuidade processual concedida. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO E RECURSO INOMINADO IMPROVIDO. (TJSP; Recurso Inominado Cível 1012934-04.2021.8.26.0562; Relator (a): Orlando Gonçalves de Castro Neto; Órgão Julgador: 3ª Turma Cível -



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

Santos; Foro de Santos - Vara de Acidentes do Trabalho e do Juizado Especial da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/10/2022; Data de Registro: 19/10/2022) [grifos meus]

Nesse contexto, a parte recorrida deve mesmo pagar indenização à parte recorrente por danos morais, os quais, no caso em tela, configuram-se *in re ipsa*, até porque houve violação direta aos direitos da personalidade protegidos pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal (intimidade, privacidade, imagem e honra).

A indenização por danos morais deve ser fixada pelo juízo sempre de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, observando-se ainda a jurisprudência análoga ao caso concreto, sem descuidar tanto da extensão do dano quanto do caráter preventivo e punitivo da condenação.

Dessa forma, comprovado o prejuízo imaterial sofrido pela vítima, impõe-se a fixação de indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que deverá ser atualizado desde o arbitramento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso (súmula nº 362 do STJ e art. 398 do CC/02), montante que se mostra adequado, proporcional e razoável para o fim a que se destina, isto é, compensar os prejuízos suportados pela parte lesada, bem como punir o causador do dano pelo ato ilícito e pela negligência na condução de seus negócios.

Diante do exposto, no mérito, pelo meu voto, **dou PROVIMENTO ao recurso** para julgar **PROCEDENTE** o pedido e, por conseguinte, **CONDENAR** a parte recorrida ao pagamento à parte recorrente de indenização por danos morais no montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), valor a ser corrigido monetariamente de acordo com a tabela prática do TJ-SP a partir do arbitramento (súmula nº 362/STJ) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso (art. 398, CC/02).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1011469-23.2022.8.26.0562

Sem condenação nas verbas de sucumbência em razão do disposto no artigo 55, *caput*, da Lei nº 9.099/95.

É como voto.

ORLANDO GONÇALVES DE CASTRO NETO
JUIZ RELATOR