

13/11/2014

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : ANDRÉ DOS SANTOS FIALHO
ADV.(A/S) : ISABELA PINHEIRO MEDEIROS GONÇALVES DA SILVA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : BEIRAMAR EMPRESA SHOPPING CENTER LTDA
ADV.(A/S) : LÉDIO DE NOVAES MARTINS E OUTRO(A/S)

Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 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 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

RE 845779 RG / SC

Ministro ROBERTO BARROSO

Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779 SANTA CATARINA

MANIFESTAÇÃO:

Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 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 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário, no qual se pede a reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com a seguinte ementa:

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABORDAGEM DE SEGURANÇA DE

RE 845779 RG / SC

‘SHOPPING CENTER’ EM TOALETE FEMININO. SUSTENTADO ATO DISCRIMINATÓRIO. FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE CONDUCTA CULPOSA ATRIBUÍVEL AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ABALO MORAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO. CONDUCTA EMOLDURADA COMO UM MERO DISSABOR. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADOS. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DEVER DE COMPENSAR AFASTADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO DA RÉ E PREJUDICADO O DO AUTOR.

‘O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extra-patrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura’ (doutrina).

Inaplicável a responsabilidade objetiva prevista no Código Consumerista aos fatos ocorridos no interior de shopping center que não guardam relação com defeito ou fato do serviço.

Para que se caracterize o ato ilícito, necessária se faz a conjugação de três requisitos, quais sejam, fato lesivo causado pelo agente, a ocorrência de dano moral ou patrimonial e o nexo causal entre o dano e a conduta do agente. Ausente um desses elementos, o pedido de indenização deverá ser julgado improcedente.”

2. O relatório do acórdão proferido na origem assim resumiu a narrativa dos fatos formulada pela parte ora agravante:

RE 845779 RG / SC

“André dos Santos Fialho ajuizou ação de indenização por danos morais contra Beiramar Empresa *Shopping Center* Ltda., na qual relatou que, ao passear pelo estabelecimento réu e tentar fazer uso de um banheiro, foi vítima de discriminação praticada por seguranças do local em razão de ser transexual.

Esclareceu que, ao entrar no banheiro feminino, como costumeiramente faz em locais públicos, foi abordado por uma funcionária do estabelecimento que, de modo nada sutil, forçou-o a se retirar sob o argumento de que sua presença causaria constrangimento às usuárias do local.

Mencionou que entrou em uma loja do estabelecimento na tentativa de utilizar um banheiro que não fosse de uso comum e foi informado de que as lojas do shopping não possuem banheiros privativos.

Afirmou que, impedido de utilizar o banheiro e estando demasiadamente nervoso, não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas e as fez nas suas próprias vestes, mesmo sob o olhar das pessoas que ali transitavam.

Ressaltou, por fim, que, após passar por essa situação vexatória, teve ainda de fazer uso do transporte coletivo para voltar para sua casa.

Requeru, diante desses fatos, a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais.”

3. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a ora recorrida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). No entanto, o acórdão recorrido deu provimento à apelação da ré, concluindo que “o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toalete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino”. Entendeu ainda não ter havido dano moral, mas “mero dissabor”.

4. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III,

RE 845779 RG / SC

a, da Constituição, e sustenta a ocorrência de violação aos arts. 1º, III; 5º, V, X, XXXII, LIV e LV; e 93, todos da Constituição. Ao abordar a repercussão geral da questão constitucional debatida, a parte ora agravante, representada pelo Núcleo de Prática Jurídica do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC, afirma o seguinte:

“No caso em tela, o acórdão recorrido, ao não reconhecer qualquer forma de discriminação mesmo admitindo como fato incontroverso o banimento da Recorrente do banheiro público feminino pelos funcionários da Recorrida, vai de encontro aos preceitos fundamentais da Carta Constitucional, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. (...)

(...)

E mais, o tratamento dispensado a Recorrente, **psicossocialmente identificada como mulher**, pela decisão ora recorrida, atenta contra sua honra ao tratá-la insistentemente como se homem fosse.

(...)

Dito isso, impende notar que a matéria versada no presente recurso é relativa à aplicabilidade do artigo 1º, inciso III e 5º, incisos V, X e XXXII e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, tendo em vista a **alta relevância no meio social** ao contribuir para a construção de um novo paradigma cultural, primando pelo respeito mútuo e igualdade de tratamento, objetivos da República Federativa do Brasil.

(...)

Isso significa que o julgamento do presente recurso poderá interferir diretamente na aplicação e interpretação daquelas normas constitucionais, 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.

(...)

A situação ora apresentada envolve exatamente uma integrante das reconhecidas minorias, que ao buscar guarida

RE 845779 RG / SC

no Poder Judiciário para efetivar seu direito a uma vida digna, foi novamente ofendida, desta vez por uma decisão que contraria os princípios pelos quais deveria primar.

Ao apreciar o presente recurso, abre-se a possibilidade de manifestação explícita da Corte Suprema do país sobre as efetivas proporções alcançadas pelos avanços à proteção da dignidade humana, contribuindo para a inserção e aceitação das diferenças que naturalmente existem numa sociedade multicultural, em conformidade com as políticas adotadas pelo Governo Federal conjuntamente com a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT) no combate às discriminações.

Portanto, a subsistência do acórdão recorrido – que traz interpretação flagrantemente contrária aos dispositivos supracitados –, seria uma regressão a todas as conquistas efetivadas por esta egrégia Corte, no sentido de proteger os direitos fundamentais e humanos das minorias sociais.

E, não bastasse, a manutenção da decisão recorrida abriria um arriscado precedente jurisprudencial, autorizando o Poder Judiciário a ignorar uma gama de direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional pátria, pilares básicos do Estado Social e Democrático de Direito.

Sendo assim, evidente que as matérias debatidas nas razões do recurso tomam contornos que vão além dos interesses subjetivos da causa, na medida em que a decisão desta Corte Suprema será capaz de influenciar generalizadamente demais casos análogos apresentados ao Poder Judiciário, tendentes a coibir condutas preconceituosas, e indenizar aqueles que as sofrem diretamente.” (destaques no original)

5. O recurso foi inadmitido na origem pelas seguintes razões:

- (i) “a alegação de violação aos arts. 5º, V, X, XXXII, LIV e LV, e 93 da CF/88, configura, em tese, mera ofensa reflexa ao texto constitucional, porquanto dependente do exame de legislação infraconstitucional”; e (ii) “a pretexto de violação ao art. 1º, III, da CF/1988 (referente ao princípio

RE 845779 RG / SC

da dignidade da pessoa humana), pretende rediscutir o mérito da questão posta em julgamento, com a reanálise dos elementos fático-probatórios, o que é expressamente vedado em sede de recurso extraordinário”.

6. Feita a breve descrição da hipótese, passo à manifestação.

7. O recurso não busca reexame de provas, ao contrário: parte da premissa assentada pelo acórdão recorrido, no sentido de que “o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toalete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino”. Nessas condições, afasta-se a Súmula 279/STF. A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO DO DF. INVESTIGAÇÃO SOCIAL E FUNCIONAL. SENTENÇA PENAL EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. OFENSA DIRETA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MATÉRIA INCONTROVERSA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279. AGRAVO IMPROVIDO. I – Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal a exclusão de candidato de concurso público que foi beneficiado por sentença penal extintiva de punibilidade. **II - A Súmula 279 revela-se inaplicável quando os fatos da causa são incontroversos, tendo o Tribunal a quo atribuído a eles consequências jurídicas discrepantes do entendimento desta Corte.** III - Agravo regimental improvido.” (RE 450.971 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – destaques acrescentados)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ANISTIA. ART. 8º DO ADCT/88. MILITARES PUNIDOS POR ATO DISCIPLINAR, COM BASE NA LEGISLAÇÃO COMUM. 1. Há nos autos cópia

RE 845779 RG / SC

da sentença definitiva proferida pela Justiça Militar, em que se assentou ser o delito praticado conexo a crime político. É de se reconhecer, diante de tal circunstância, a existência de coisa julgada, a inviabilizar o conhecimento do apelo extremo da União, apenas em relação ao autor Arri Lorenzetti. Precedentes. 2. A mesma sorte não assiste aos demais agravantes, cujos nomes não constam no rol da aludida sentença. **A Súmula STF nº 279, in casu, revela-se inaplicável, pois os fatos da causa são incontroversos, tendo o Tribunal a quo dado a eles definição jurídica discrepante da consagrada por esta Suprema Corte em inúmeros julgados.** 3. Agravo regimental do autor Arri Lorenzetti provido, para, apenas com relação a ele, não se conhecer do recurso extraordinário da União. Agravo regimental dos demais reclamantes improvido.” (RE 361.031 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie – destaques acrescentados)

8. Afastado o óbice da Súmula 279/STF, passa-se a analisar se o debate é natureza constitucional e se apresenta repercussão geral. A questão jurídica posta em discussão consiste em saber se a abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu configura ou não conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade, indenizável a título de dano moral.

9. Segundo definição da Organização Mundial da Saúde – OMS, o transexualismo consiste no “desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido”.

10. Esta Corte já negou repercussão geral a casos em que se buscava indenização por dano moral em situações diversas, tais como: (i) inscrição indevida em cadastros de inadimplentes (RE 602.136, tema 232); (ii) negativa de cobertura por operadora de plano de saúde (ARE 697.312, tema 611); e (iii) espera excessiva em fila de instituição financeira (ARE

RE 845779 RG / SC

687.876, tema 623). Em todos esses casos, entendeu-se que a discussão se restringia à interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais.

11. O caso em questão, no entanto, é qualitativamente distinto dos referidos precedentes, porque envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X). Constitui, portanto, 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. O tema não pode ser reduzido a uma mera questão patrimonial de responsabilidade civil.

12. Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico. *Em primeiro lugar*, diferentemente do imenso varejo de miudezas que ainda ocupam o tempo desta Corte, as teses ora discutidas inserem-se na órbita de uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas: a definição do alcance dos direitos fundamentais, especialmente daqueles referentes às minorias. A essencialidade do tema e seu impacto no tratamento social dos grupos afetados, por si sós, já justificariam a necessidade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

13. *Em segundo lugar*, o caso em questão não é isolado: para citar apenas um exemplo recente, episódio semelhante ocorreu em Brasília no dia 16.09.2014, o que foi amplamente noticiado (<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/09/transexuais-sao-expulsas-de-banheiro-feminino-de-shopping-do-df.html>). Assim, a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal poderá definir o padrão de conduta adequado em casos da espécie, orientando não só as partes diretamente envolvidas, como as demais instâncias do Judiciário. A decisão a ser tomada, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

14. Por fim, e em reforço ao que se vem de expor, esta Corte

RE 845779 RG / SC

reconheceu recentemente o caráter constitucional e a repercussão geral em hipótese também envolvendo direitos de transexuais, destacando-se a importância de esta Corte definir “o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual”. Confira-se a ementa do acórdão:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (RE 670.422 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.09.2014)

15. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de **reconhecer o caráter constitucional e a repercussão geral** do tema ora em exame.

16. É a manifestação.

Brasília, 23 de outubro de 2014

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779 SANTA CATARINA

PRONUNCIAMENTO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
REPERCUSSÃO GERAL –
INADEQUAÇÃO.

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 845.779/SC, da relatoria do ministro Roberto Barroso, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 24 de outubro de 2014.

O processo revela ação de indenização, por danos morais, ajuizada por transexual contra um *shopping center*, ao fundamento de que teria sido impedido de entrar em banheiro de uso comum destinado ao público feminino e, devido ao nervosismo acarretado pela situação, não conseguiu controlar as necessidades fisiológicas, fazendo-as nas roupas. Na sentença, julgou-se procedente o pedido formulado, condenando-se o estabelecimento comercial ao pagamento de R\$ 15.000,00 reais a título de danos morais.

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu provimento à apelação do ora recorrido, para reformar a sentença e assentar a improcedência do pleito inicial, bem como declarou o prejuízo do recurso do autor. Afastou a incidência do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e, em consequência, a responsabilidade objetiva do centro comercial, porque não estaria configurado defeito na prestação do serviço, uma vez que não ocorreu violação do dever de segurança. Segundo consignou, o único acontecimento comprovado foi a abordagem do autor no sanitário feminino por funcionária do estabelecimento, a qual haveria indicado a utilização do masculino. Assentou competir ao recorrente

RE 845779 RG / SC

demonstrar a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, o que não teria acontecido, porquanto os testemunhos colhidos não evidenciaram abordagem discriminatória ou agressiva. Asseverou não se mostrar reprovável a conduta da funcionária e concluiu descabida a indenização buscada, pois o dano indenizável seria o correspondente à lesão a direito da personalidade, com grande repercussão no psiquismo do ofendido, e não o mero incômodo ou aborrecimento.

Os embargos declaratórios interpostos foram desprovidos.

No extraordinário, protocolado com base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente argui desrespeito aos artigos 1º, inciso III, 5º, incisos V, X, XXXII, LIV e LV, e 93 do Diploma Maior. Inicialmente, sustenta a nulidade da decisão impugnada, por negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista que o Tribunal de origem não se manifestou sobre os dispositivos constitucionais evocados nos declaratórios. Aponta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, ante o fato de não ter sido reconhecido como do gênero feminino, impedindo-lhe o *shopping center* de utilizar o sanitário adequado. Diz da contradição no mencionado pronunciamento, porquanto os magistrados, apesar de entenderem ausente o dano moral, considerada a falta de provas, analisaram o grau do abalo psíquico sofrido, qualificando-o como mero dissabor do cotidiano. Aduz competir ao Supremo a proteção e a promoção dos direitos à honra e à integridade da pessoa humana, vindo a impor a reparação dos danos morais decorrentes de ato ilícito que implique ofensa àqueles. Defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, invertendo-se o ônus probatório e responsabilizando-se objetivamente a sociedade empresarial.

Sob o ângulo da repercussão geral, salienta que o tema debatido no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide, possuindo relevância social e jurídica, pois envolve reconhecer

RE 845779 RG / SC

a indivíduo integrante de uma minoria o direito a uma vida digna.

O recorrido, nas contrarrazões, articula, inicialmente, com a inviabilidade do exame de matéria infraconstitucional e fático-probatória. No mérito, ressalta o acerto do ato atacado.

O extraordinário não foi admitido na origem. Seguiu-se a interposição de agravo, o qual, em 21 de outubro de 2014, veio a ser convertido em extraordinário pelo ministro Luís Roberto Barroso.

Eis o pronunciamento do relator:

Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 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 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas , bem como por não se tratar de caso isolado.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
(RELATOR)**

1. Trata-se de agravo contra decisão que

RE 845779 RG / SC

negou seguimento a recurso extraordinário, no qual se pede a reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com a seguinte ementa:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABORDAGEM DE SEGURANÇA DE SHOPPING CENTER EM TOALETE FEMININO. SUSTENTADO ATO DISCRIMINATÓRIO. FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA ATRIBUÍVEL AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ABALO MORAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO. CONDUTA EMOLDURADA COMO UM MERO DISSABOR. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADOS. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DEVER DE COMPENSAR AFASTADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO DA RÉ E PREJUDICADO O DO AUTOR.

O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extra-patrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desgosto, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura (doutrina).

RE 845779 RG / SC

Inaplicável a responsabilidade objetiva prevista no Código Consumerista aos fatos ocorridos no interior de shopping center que não guardam relação com defeito ou fato do serviço.

Para que se caracterize o ato ilícito, necessária se faz a conjugação de três requisitos, quais sejam, fato lesivo causado pelo agente, a ocorrência de dano moral ou patrimonial e o nexo causal entre o dano e a conduta do agente. Ausente um desses elementos, o pedido de indenização deverá ser julgado improcedente.

2. O relatório do acórdão proferido na origem assim resumiu a narrativa dos fatos formulada pela parte ora agravante:

André dos Santos Fialho ajuizou ação de indenização por danos morais contra Beiramar Empresa Shopping Center Ltda., na qual relatou que, ao passear pelo estabelecimento réu e tentar fazer uso de um banheiro, foi vítima de discriminação praticada por seguranças do local em razão de ser transexual.

Esclareceu que, ao entrar no banheiro feminino, como costumeiramente faz em locais públicos, foi abordado por uma funcionária do estabelecimento que, de modo nada sutil, forçou-o a se retirar sob o argumento de que sua presença causaria constrangimento às usuárias do local.

Mencionou que entrou em uma loja do estabelecimento na tentativa de utilizar um banheiro que não fosse de uso comum e foi informado de que as lojas do shopping não possuem banheiros privativos.

Afirmou que, impedido de utilizar o banheiro e estando demasiadamente nervoso, não conseguiu

RE 845779 RG / SC

controlar suas necessidades fisiológicas e as fez nas suas próprias vestes, mesmo sob o olhar das pessoas que ali transitavam.

Ressaltou, por fim, que, após passar por essa situação vexatória, teve ainda de fazer uso do transporte coletivo para voltar para sua casa.

Requeru, diante desses fatos, a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais.

3. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a ora recorrida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). No entanto, o acórdão recorrido deu provimento à apelação da ré, concluindo que o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toalete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino. Entendeu ainda não ter havido dano moral, mas mero dissabor.

4. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição, e sustenta a ocorrência de violação aos arts. 1º, III; 5º, V, X, XXXII, LIV e LV; e 93, todos da Constituição. Ao abordar a repercussão geral da questão constitucional debatida, a parte ora agravante, representada pelo Núcleo de Prática Jurídica do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina CESUSC, afirma o seguinte:

No caso em tela, o acórdão recorrido, ao não reconhecer qualquer forma de discriminação mesmo admitindo como fato incontroverso o banimento da Recorrente do banheiro público feminino pelos funcionários da Recorrida, vai de encontro aos preceitos fundamentais da Carta Constitucional, em especial ao

RE 845779 RG / SC

princípio da dignidade da pessoa humana. (...)

(...)

E mais, o tratamento dispensado a Recorrente, psicossocialmente identificada como mulher, pela decisão ora recorrida, atenta contra sua honra ao tratá-la insistentemente como se homem fosse.

(...)

Dito isso, impende notar que a matéria versada no presente recurso é relativa à aplicabilidade do artigo 1º, inciso III e 5º, incisos V, X e XXXII e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, tendo em vista a alta relevância no meio social ao contribuir para a construção de um novo paradigma cultural, primando pelo respeito mútuo e igualdade de tratamento, objetivos da República Federativa do Brasil.

(...)

Isso significa que o julgamento do presente recurso poderá interferir diretamente na aplicação e interpretação daquelas normas constitucionais, 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.

(...)

A situação ora apresentada envolve exatamente uma integrante das reconhecidas minorias, que ao buscar guarida no Poder Judiciário para efetivar seu direito a uma vida digna, foi novamente ofendida, desta vez por uma decisão que contraria os princípios pelos quais deveria primar.

Ao apreciar o presente recurso, abre-se a possibilidade de manifestação explícita da Corte Suprema do país sobre as efetivas proporções alcançadas pelos avanços à proteção da dignidade humana, contribuindo para a inserção e aceitação das diferenças que

RE 845779 RG / SC

naturalmente existem numa sociedade multicultural, em conformidade com as políticas adotadas pelo Governo Federal conjuntamente com a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT) no combate às discriminações.

Portanto, a subsistência do acórdão recorrido que traz interpretação flagrantemente contrária aos dispositivos supracitados, seria uma regressão a todas as conquistas efetivadas por esta egrégia Corte, no sentido de proteger os direitos fundamentais e humanos das minorias sociais.

E, não bastasse, a manutenção da decisão recorrida abriria um arriscado precedente jurisprudencial, autorizando o Poder Judiciário a ignorar uma gama de direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional pátria, pilares básicos do Estado Social e Democrático de Direito.

Sendo assim, evidente que as matérias debatidas nas razões do recurso tomam contornos que vão além dos interesses subjetivos da causa, na medida em que a decisão desta Corte Suprema será capaz de influenciar generalizadamente demais casos análogos apresentados ao Poder Judiciário, tendentes a coibir condutas preconceituosas, e indenizar aqueles que as sofrem diretamente. (destaques no original)

5. O recurso foi inadmitido na origem pelas seguintes razões: (i) a alegação de violação aos arts. 5º, V, X, XXXII, LIV e LV, e 93 da CF/88, configura, em tese, mera ofensa reflexa ao texto constitucional, porquanto dependente do exame de legislação infraconstitucional; e (ii) a pretexto de violação ao art. 1º, III, da CF/1988 (referente ao princípio da dignidade da pessoa humana), pretende rediscutir o mérito da questão posta em julgamento, com a reanálise dos elementos fático-probatórios, o que é expressamente vedado em sede de

RE 845779 RG / SC

recurso extraordinário.

6. Feita a breve descrição da hipótese, passo à manifestação.

7. O recurso não busca reexame de provas, ao contrário: parte da premissa assentada pelo acórdão recorrido, no sentido de que o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toalete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino. Nessas condições, afasta-se a Súmula 279/STF. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO DO DF. INVESTIGAÇÃO SOCIAL E FUNCIONAL. SENTENÇA PENAL EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. OFENSA DIRETA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MATÉRIA INCONTROVERSA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279. AGRAVO IMPROVIDO. I Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal a exclusão de candidato de concurso público que foi beneficiado por sentença penal extintiva de punibilidade. II - A Súmula 279 revela-se inaplicável quando os fatos da causa são incontroversos, tendo o Tribunal a quo atribuído a eles consequências jurídicas discrepantes do entendimento desta Corte. III - Agravo regimental improvido. (RE 450.971 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski destaques acrescentados)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ANISTIA. ART. 8º DO ADCT/88. MILITARES PUNIDOS POR

RE 845779 RG / SC

ATO DISCIPLINAR, COM BASE NA LEGISLAÇÃO COMUM. 1. Há nos autos cópia da sentença definitiva proferida pela Justiça Militar, em que se assentou ser o delito praticado conexo a crime político. É de se reconhecer, diante de tal circunstância, a existência de coisa julgada, a inviabilizar o conhecimento do apelo extremo da União, apenas em relação ao autor Arri Lorenzetti. Precedentes. 2. A mesma sorte não assiste aos demais agravantes, cujos nomes não constam no rol da aludida sentença. A Súmula STF nº 279, in casu, revela-se inaplicável, pois os fatos da causa são incontroversos, tendo o Tribunal a quo dado a eles definição jurídica discrepante da consagrada por esta Suprema Corte em inúmeros julgados. 3. Agravo regimental do autor Arri Lorenzetti provido, para, apenas com relação a ele, não se conhecer do recurso extraordinário da União. Agravo regimental dos demais reclamantes improvido. (RE 361.031 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie destaques acrescentados)

8. Afastado o óbice da Súmula 279/STF, passa-se a analisar se o debate é natureza constitucional e se apresenta repercussão geral. A questão jurídica posta em discussão consiste em saber se a abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu configura ou não conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade, indenizável a título de dano moral.

9. Segundo definição da Organização Mundial da Saúde - OMS, o transexualismo consiste no desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente

RE 845779 RG / SC

quanto possível com o sexo preferido.

10. Esta Corte já negou repercussão geral a casos em que se buscava indenização por dano moral em situações diversas, tais como: (i) inscrição indevida em cadastros de inadimplentes (RE 602.136, tema 232); (ii) negativa de cobertura por operadora de plano de saúde (ARE 697.312, tema 611); e (iii) espera excessiva em fila de instituição financeira (ARE 687.876, tema 623). Em todos esses casos, entendeu-se que a discussão se restringia à interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais.

11. O caso em questão, no entanto, é qualitativamente distinto dos referidos precedentes, porque envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X). Constitui, portanto, 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. O tema não pode ser reduzido a uma mera questão patrimonial de responsabilidade civil.

12. Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico. Em primeiro lugar, diferentemente do imenso varejo de miudezas que ainda ocupam o tempo desta Corte, as teses ora discutidas inserem-se na órbita de uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas: a definição do alcance dos direitos fundamentais, especialmente daqueles referentes às minorias. A essencialidade do tema e seu impacto no tratamento social dos grupos afetados, por si sós, já justificariam a necessidade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

13. Em segundo lugar, o caso em questão não é isolado: para citar apenas um exemplo recente, episódio semelhante ocorreu em Brasília no dia 16.09.2014, o que

RE 845779 RG / SC

foi amplamente noticiado (<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/09/transexuais-sao-expulsas-de-banheiro-feminino-de-shopping-do-df.html>). Assim, a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal poderá definir o padrão de conduta adequado em casos da espécie, orientando não só as partes diretamente envolvidas, como as demais instâncias do Judiciário. A decisão a ser tomada, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

14. Por fim, e em reforço ao que se vem de expor, esta Corte reconheceu recentemente o caráter constitucional e a repercussão geral em hipótese também envolvendo direitos de transexuais, destacando-se a importância de esta Corte definir o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual. Confira-se a ementa do acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 670.422 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.09.2014)

15. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de reconhecer o caráter constitucional e a

RE 845779 RG / SC

repercussão geral do tema ora em exame.

16. É a manifestação.

2. De início, subentende-se que o relator proveu o agravo visando a subida do recurso extraordinário, muito embora, na decisão proferida, sob o ângulo da repercussão, nada tenha sido consignado a respeito.

O extraordinário é apreciado a partir das premissas constantes do acórdão formalizado. Eis a essência a qualificar a sede de atividade como extraordinária. No caso, os parâmetros fáticos do pronunciamento impugnado revelam que o recorrente buscou utilizar o banheiro feminino. A empregada do *shopping*, então, veio a atuar a partir da aparência física, tanto assim que, de imediato, sem maiores questionamentos, segundo consta do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pediu que se dirigisse ao banheiro masculino. Mais ainda: o Colegiado apontou a inexistência de ato que pudesse gerar indenização. Em síntese, ante as balizas do acórdão atacado, não se pode entender presente, na espécie, matéria constitucional.

Por isso mesmo, o Juízo primeiro de admissibilidade fez ver que a pretensão versada nas razões do extraordinário, para ter-se como transgredido o Documento Maior, pressupõe a reanálise dos elementos fático-probatórios, mencionando o Verbete nº 279 da Súmula do Supremo.

3. Manifesto-me no sentido da inadequação do instituto da repercussão geral.

4. Publiquem.

Brasília – residência –, 31 de outubro de 2014, às 14h40.

Ministro MARCO AURÉLIO