

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO NA EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

NATÁLIA SILVA TRINDADE

RIO DE JANEIRO
2013

Natália Silva Trindade

**DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO NA EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Nacional de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Guilherme Magalhães Martins

Co-Orientador: Vitor de Azevedo Almeida Junior

RIO DE JANEIRO

2013

Trindade, Natália Silva.

Discriminação por Orientação Sexual e Identidade de Gênero nas Relações de Consumo na Experiência Jurisprudencial Brasileira / Trindade, Natália Silva. – 2013.

84 f.

Orientador: Guilherme Magalhães Martins.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 70 – 74.

1. Discriminação – Monografias. 2. Homofobia. 3. Consumidor. I. Trindade, Natália Silva. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Discriminação por Orientação Sexual e Identidade de Gênero nas Relações de Consumo na Experiência Jurisprudencial Brasileira.

CDD 342.5

NATÁLIA SILVA TRINDADE

DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO NA EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins – Presidente da Banca Examinadora - Orientador

2º Examinador(a)

3º Examinador(a)

Aos meus avós, meus exemplos de vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus orientadores, Prof. Dr. Guilherme Martins e Prof. Vitor Almeida, pela atenção empreendida e por toda ajuda que lhes foram possível dar a concretização de 3 anos de pesquisa.

Agradeço ao Grupo de Pesquisa “Questões sobre Direito LGBT” pela oportunidade de conhecer novas áreas do Direito, e de militar por uma causa tão nobre.

Agradeço ao sempre glorioso Centro Acadêmico Cândido de Oliveira, sem o qual não me tornaria o ser humano que hoje sou.

Ao camarada Igor “Pinguim” por nunca ter desistido de mim. Serei sempre grata por ter me introduzido à maior Juventude Socialista do Brasil.

Aos meus amigos e colegas sempre “ousados”.

À minha família, em especial aos meus avós José e Lêda, ao meu tio Marcelo, à minha mãe Mônica e à minha irmã Gabriela, que são os pilares que me sustentam.

Por fim, agradeço ao Amor, que me fez chegar até aqui.

“Os filósofos limitam-se a interpretar o mundo de diversas maneiras; o que importa é modifica-lo.”

Karl Marx

RESUMO

TRINDADE, N. S. Discriminação por Orientação Sexual e Identidade de Gênero nas Relações de Consumo na Experiência Jurisprudencial Brasileira. 2013. 84 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Afirmando a existência de preconceito contra o grupo LGBT, problematiza-se a forma em que a descriminação sexual nas relações de consumo é encarada dentro de alguns Tribunais de Justiça (TJ's) do país pelos Magistrados e pelas partes no momento do julgamento e formulação dos acórdãos. A presente pesquisa tem por finalidade apresentar a análise realizada a partir das decisões judiciais dos tribunais estaduais cujo conflito se relaciona à prática de homofobia nas relações de consumo. Na presente apresentação, tem-se por objetivos: (i) a indicação da forma de homofobia praticada; (ii) o exame dos acórdãos dos Tribunais de Justiça; (iii) a formulação de hipóteses que expliquem as fundamentações dos desembargadores; (iv) a análise das penalidades atribuídas ao comportamento homofóbico; bem como, (v) a organização de uma estatística que mostre, de forma quantitativa e qualitativa, como essa problemática é encarada pelos Tribunais. Indaga-se a eficiência do Código de Defesa do Consumidor nestes casos, já que esta é uma norma geral, verificando-se uma possível necessidade de legislação específica para a tutela deste grupo minoritário. Apesar do tema não possuir uma bibliografia ampla no país, existem obras dedicadas a vários dos elementos indicados neste estudo. Estudaremos as diversas opiniões sobre o tema, consultaremos livros, artigos, jurisprudência e manuais específicos de Direito do Consumidor, Responsabilidade Civil e Direito LGBT. Serão consultados trabalhos especificamente de: Claudia Lima Marques, Antonio Herman de V. Benjamin, Bruno Miragem, Sérgio Cavalieri, Maria Berenice Dias, Maria Celina Bodin de Moraes, Ingo Sarlet, Noberto Bobbio e outros. Inicialmente, utilizando-se de método histórico, serão considerados os fundamentos que fizeram surgir o Código de Defesa do Consumidor e seus desdobramentos, compreendendo melhor a trajetória desta lei genérica no Brasil, e como esta lei influencia a demanda de dano moral em casos de discriminação por orientação sexual. Trabalharemos com textos legais (normas), jurisprudência e com textos jurídicos de autores atuais. Considerando-se que o Brasil é um país que optou pelo modelo legicêntrico, previsto no texto constitucional com a referência ao primado da dignidade da pessoa humana, analisaremos a aplicação da norma sempre à luz deste princípio. Considerando as funções dos referidos institutos e a partir de um método dialético de abordagem, proceder-se-á a uma análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa, que contribua com o avanço nos estudos acerca da aplicação do dano moral nas demandas relacionadas a discriminação por orientação sexual nas relações de consumo. Os acórdãos foram definidos através de pesquisa nos próprios sistemas de busca dos sites dos TJ's dos Estados escolhidos, através das palavras-chave “discriminação sexual” e “dano moral”. Acrescentamos que serão apresentados resultados preliminares.

Palavras-Chave: Relações de Consumo. Discriminação Homofóbica. Orientação sexual. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Direito do Consumidor. Direito LGBT.

ABSTRACT

TRINDADE, N. S. Discriminação por Orientação Sexual e Identidade de Gênero nas Relações de Consumo na Experiência Jurisprudencial Brasileira. 2013. 84 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Affirming the existence of prejudice against LGBT group , problematizes the way in which sexual discrimination in consumer relations is seen within a few Courts of Justice (ECJ 's) in the country by the Justices and the parties at the time of trial and formulation of judgments . This research aims to present the analysis from the judgments of state courts whose conflict relates to the practice of homophobia in consumer relations . In this presentation, has the following objectives: (i) an indication of how homophobia practiced , (ii) examination of the judgments of the Courts of Justice , (iii) the formulation of hypotheses to explain the reasoning of the judges , (iv) analysis of the penalties assigned to homophobic behavior , and (v) the organization of a statistic that show , quantitatively and qualitatively , as this problem is faced by the Courts . Asks the efficiency of the Code of Consumer Protection in such cases as this is a general rule , if verifying a possible need for specific legislation for the protection of this minority group . Although the topic does not have an extensive bibliography in the country , there are several works devoted to the elements indicated in this study . We will study the various opinions on the subject , we will consult books , articles , case law and specific manuals Consumer Law , Civil Liability and Law LGBT . Work will be consulted specifically : Claudia Lima Marques , Antonio Herman V. Benjamin , Bruno Mirage , Sergio Cavalieri , Maria Berenice Dias , Celina Maria Bodin de Moraes , Ingo Sarlet , Norberto Bobbio and others. Initially , using the historical method , are considered the fundamentals that made the Code of Consumer Rights and its consequences arise , better understanding the trajectory of this generic law in Brazil , and how this law affects the demand for moral damages in discrimination cases sexual orientation . Work with legal texts (standards) , jurisprudence and legal texts from current authors . Considering that Brazil is a country that has chosen legicêntrico model provided in the Constitution with reference to the primacy of human dignity , we analyze the application of the rule always in the light of this principle . Whereas the functions of these institutes and a dialectic method of approach, doctrinal , jurisprudential and legislative analysis that contribute to the advancement in the studies on the application of moral damages in claims related to sexual orientation discrimination will be followed up in consumer relations . Judgments were defined through research in their own search of the websites of the United TJ's chosen systems , through the keywords " sex discrimination " and " moral damages " . Added that preliminary results will be presented .

Keywords: Consumer Relations. Homophobic discrimination. Sexual orientation. Civil liability. Moral damage. Consumer Law. LGBT rights.

LISTA DE GRÁFICOS

- Gráfico 1 - Os recursos apresentados ao poder jurisdicional por estado da federação p. 64
- Gráfico 2 - Quantidade de apelações e recursos inominados p. 64
- Gráfico 3 - Resultados procedentes, parcialmente procedentes e improcedentes p. 65
- Gráfico 4 - Motivações utilizadas pelos julgadores nos acórdãos analisados p. 65

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---|--|
| ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias | ES – Espírito Santo |
| ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade | LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros |
| ADOC – Associação de Defesa e Orientação do Consumidor | MG – Minas Gerais |
| ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental | OEA – Organização dos Estados Americanos |
| AL – Alagoas | ONU – Organização das Nações Unidas |
| APC – Associação de Proteção ao Consumidor | PE – Pernambuco |
| Art. – Artigo | PL -- Projeto de Lei |
| BA – Bahia | PR – Paraná |
| CC/02 – Código Civil de 2002 | PROCON – Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor |
| CE – Ceará | RJ – Rio de Janeiro |
| CONDECON – Conselho de Defesa do Consumidor | RN – Rio Grande do Norte |
| CPC – Código de Processo Civil | RS – Rio Grande do Sul |
| CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil | SC – Santa Catarina |
| DIDH – Declaração Internacional de Direitos Humanos | SP – São Paulo |
| DUDH – Declaração Universal de Direitos do Homem | STF – Supremo Tribunal Federal |
| | STJ – Superior Tribunal de Justiça |
| | TJ's – Tribunais de Justiça |

SUMÁRIO

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 14 |
| 2 | DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO | 17 |
| 2.1 | O contexto do uso da palavra “discriminação” no Direito Comparado | 17 |
| 2.2 | Da Dignidade da Pessoa Humana ao Direito à Não Discriminação | 18 |
| 2.3 | Da Discriminação por Orientação Sexual e Identidade de Gênero | 22 |
| 3 | RESPONSABILIDADE CIVIL, DANO MORAL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO | 27 |
| 3.1 | A relação dos direitos da personalidade com o dano moral e a responsabilidade civil | 27 |
| 3.2 | A dosimetria do dano moral: análise crítica da determinação do “quantum debeatur” pela práxis jurisprudencial | 32 |
| 3.3 | As relações consumeristas e os vulneráveis no Código de Defesa do Consumidor | 36 |
| 3.4 | Os direitos do consumidor, a responsabilidade civil e o dano moral no CDC | 41 |
| 4 | DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO | 47 |
| 4.1 | Levantamento da legislação nos estados e municípios da federação brasileira relacionadas à vedação de discriminação por orientação sexual | 48 |
| 4.2 | Análise jurisprudencial do dano moral nas demandas relacionadas à discriminação por orientação sexual nas relações de consumo | 50 |
| 4.2.1 | Ceará | 51 |
| 4.2.2 | Mato Grosso | 52 |
| 4.2.3 | Mato Grosso do Sul | 53 |
| 4.2.4 | Rio de Janeiro | 54 |
| 4.2.5 | Rio Grande do Sul | 57 |
| 4.2.6 | São Paulo | 62 |
| 4.3 | Estatística produzida através da contabilização dos acórdãos analisados | 63 |

| | |
|----------------------------|----|
| 5 CONCLUSÕES FINAIS | 67 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 70 |
| ANEXO A | 75 |

1 INTRODUÇÃO

Afirmando a existência de preconceito contra o grupo de Lésbicas, Gays Bissexuais e Transgêneros (LGBT), problematiza-se a forma em que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas relações de consumo é encarada nos trâmites processuais dentro dos Tribunais de Justiça (TJ's) do país pelos Magistrados e pelas partes.

Os objetos de estudo da presente monografia são dois institutos jurídicos: o dano moral e a jurisprudência gerada pela discriminação por orientação sexual nas relações de consumo. Porém, ambos foram analisados sob a perspectiva das polêmicas que se inserem no contexto da motivação dos magistrados em relação ao tema dos julgados.

Foi possível identificar nesse contexto a utilização da doutrina no julgamento dos casos concretos, bem como a objetividade e a subjetividade dos motivos apresentados para justificar os acórdãos.

Procurou-se fomentar as discussões acerca do tema, esclarecendo se existe algum vínculo entre os institutos supracitados, quais as finalidades de cada um destes institutos, as razões pelas quais os julgados possuem determinadas motivações, e, inclusive, se o Código de Defesa do Consumidor (CDC) supre as necessidades do grupo LGBT.

Inicialmente, utilizando-se de método histórico, foram considerados os fundamentos que fizeram surgir o Código de Defesa do Consumidor e seus desdobramentos. Deste modo, pretende-se compreender melhor a trajetória desta lei no Brasil, e como a mesma influencia a demanda de dano moral em casos de discriminação por orientação sexual.

Trabalhou-se com normas, jurisprudência e com textos jurídicos de autores contemporâneos. Tendo em vista que o Brasil é um país que tem por tradição o sistema romano-germânico, previsto no texto constitucional com a referência ao primado da dignidade da pessoa humana, o tema é enfocado sempre à luz deste princípio.

Considerando as funções dos institutos da responsabilidade civil e do dano moral, e a partir de um método dialético de abordagem, procedeu-se a uma análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa, que contribuiu com o avanço nos estudos acerca da aplicação do dano moral nas demandas relacionadas à discriminação por orientação sexual nas relações de consumo.

A análise jurisprudencial se deu através de pesquisa nos próprios sistemas de busca dos sites dos TJ's dos estados brasileiros, através das palavras-chave “discriminação sexual” e “dano moral”, obtendo os acórdãos utilizados.

Levantaram-se as seguintes hipóteses: 1) a de não existir lei ou dispositivo que associe o dano moral à discriminação por orientação sexual, 2) de as motivações dos magistrados seguirem conceituações doutrinárias de dano moral e sua dosimetria ao escreverem seus votos, e 3) de os Tribunais de Justiça dos Estados do Sudeste e Sul serem mais vanguardistas em suas fundamentações de acórdãos do que os Tribunais dos Estados do Norte e Nordeste.

Este estudo tem por finalidade apresentar a análise feita das decisões em âmbito estadual que tenham por lide questões relacionadas à prática de homofobia nas relações de consumo.

Busca-se verificar a forma na qual os operadores do Direito aplicam a doutrina e a jurisprudência acerca do dano moral ao fundamentar suas decisões em recursos de ações indenizatórias. Analisando as motivações encontradas nestes acórdãos, será identificada a possibilidade de haver resquícios do discurso subjetivo do julgador, no qual se encontra o preconceito culturalmente aprendido.

Busca-se também a produção de estatística através da contabilização dos acórdãos proferidos pelas Segundas Instâncias em âmbito estadual dos principais TJ's do Brasil, sendo identificados os números de recursos apresentados a Justiça e seus resultados e a forma na qual as motivações se dão, bem como as jurisprudências utilizadas por cada Tribunal. Observa-se também a possibilidade de levantamento de hipóteses sociológicas para o baixo número de acórdãos encontrados dentro desta temática.

Em suma, busca-se aqui assumir um posicionamento que informe a comunidade a forma na qual esta temática está sendo encarada nos Tribunais, bem como elencar os conceitos e atributos dados por toda doutrina acerca do dano moral, dignidade da pessoa humana, discriminação por orientação sexual, entre outros.

O referido tema foi escolhido pela observação de vários casos relacionados ao tema, no qual pessoas inseridas no grupo minoritário LGBT sofrem discriminação por sua orientação sexual em situações de consumo em estabelecimentos comerciais.

O tema se encontra em evidência, principalmente, devido à ventilação da temática LGBT nas sessões do Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça

(STJ), e à formulação de leis e decretos municipais, estaduais e federais que refletem diretamente a necessidade da mudança de concepção do tratamento a esse grupo.

Tem-se o Projeto de Lei (PL) 122, lei nº 2475/1996, o decreto nº 30033, de 10 de novembro de 2008, o decreto nº 33535, de 25 de março de 2011 e decreto nº 33489, de 11 de março de 2011 (Rio de Janeiro), o Estatuto da Diversidade Sexual, que buscar ser implementado por iniciativa popular, e outros.

Não se pode negar que o tema envolve o interesse do meio jurídico, seja ele o mercado de trabalho ou acadêmico. Afinal, o estudo do dano moral em situações de discriminação, seja ela qual for, e o levantamento de jurisprudência são relevantes para todo o ordenamento jurídico.

Com isso, apresenta-se no primeiro capítulo a relação do princípio basilar da dignidade da pessoa humana e outros princípios constitucionais e infraconstitucionais, explícitos e implícitos, com o direito das minorias – no caso estudado, direito LGBT, bem como a distinção dos termos “preconceito” e “discriminação”.

No segundo capítulo, abordam-se os conceitos básicos do direito do consumidor, responsabilidade civil e dano moral, diferenciando a vulnerabilidade da hipossuficiência, de forma a embasar doutrinariamente a análise dos acórdãos. Analisa-se também a possibilidade de aplicação do dano moral coletivo.

Finalizando este trabalho de conclusão de curso, levantaram-se as legislações que tem por tema orientação sexual e identidade de gênero, observando quais são voltadas para situações de relação de consumo. Minuciosamente estudaram-se os 11 acórdãos com pertinência temática ao presente estudo, com base nos seguintes pontos: tipo de recurso apreciado, qual foi o órgão julgador, tipo de prática homofóbica, a alegação da parte recorrente, os fundamentos da decisão do acórdão e as penalidades definidas pelo julgador, buscando a atender às hipóteses levantadas.

2 DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

2.1 O contexto do uso da palavra “discriminação” no Direito Comparado

A origem da palavra “discriminação” ocorreu nos Estados Unidos no século XIX, ganhando alcance mundial no século XX ao mesmo tempo em que o próprio se projetava como uma hegemonia no contexto político internacional.

Com a ajuda da Etimologia, conclui-se que, na língua inglesa, o significado desta palavra é dividir¹ ou colocar uma diferença entre outra coisa, sendo atribuída sua origem a diversas palavras latinas correspondentes². Tanto a língua francesa, de suma importância para o Direito Internacional, como a língua latina “mencionam a discriminação como ato de discernir, de distinguir, como uma ação de separar e de classificar separadamente duas coisas ou seres que podem ser confundidos”³. Na França, a mesma teria sido utilizada em 1870 pela primeira vez.

De acordo com o dicionário Aurélio, o verbo *discriminar* tem origem na palavra latina *discriminare* e significa a ação de distinguir, diferenciar e outras, tendo sido utilizada primeiramente neste país em 1881, com origem na palavra francesa⁴.

Juridicamente, a partir de 1866, devido à 14^a Emenda Constitucional⁵, que foi promulgada em um contexto que visava proteger os direitos dos afrodescendentes americanos recém-saídos da escravidão, ocorreu a introdução da palavra “discriminação” no meio legislativo no sentido do ato de discriminar ocorrer contra um determinado indivíduo ou

¹ Weekley, Ernest. A concise etymological dictionary of modern english. Londres: Secker & Warburg, 1952, p. 122, v. discriminate. In: LIMA, Firmino Alves. Teoria da discriminação nas relações de trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

² Skeat, Walter W. Na etymological dictionary of english language. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 172. In: loc. cit.

³ Bossuyt, Marc. L’interdiction de la discrimination dans le droit International des droits d’homme. Bruxelas: Établissements Émile Bruylent, 1976, p. 8. In: loc. cit.

⁴ A palavra “discriminador” teria sua origem em 1899, e o verbo “discriminar” em 1833.

⁵ Estados Unidos da América. Constituição. 14^a Emenda Constitucional. 1866. Disponível em: http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml#eme_14. Acesso em: 21/11/13. “Seção 1 - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

grupo. Este significado foi apresentado também em diversos documentos internacionais importantes, como o Mandato Britânico da Palestina, Tratado de Paz de Versailles e a Declaração Internacional dos Direitos do Homem (DIDH).

A noção de discriminação em termos universais, como o tratamento desigual e injusto com objetivo de prejudicar outrem, surge com o fim da Segunda Guerra Mundial (1945) por influência norte-americana. Com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que “representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”⁶, esta expressão passou a ser amplamente utilizada em diversos documentos, quais são eles a Convenção sobre os Refugiados (1951), Convenção sobre os Apátridas (1954), Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1951) e outras.

No âmbito do continente americano, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969) adotou a palavra “discriminação” diferente da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), que utilizou a palavra “distinção”, apesar de a constituição ter sido promovida pelos Estados Unidos, condutor da Organização dos Estados Americanos (OEA).

No ordenamento jurídico brasileiro, mesmo o país sendo signatário de diversas Declarações e Cartas de Direito Internacional, a consagração do termo no sentido atual ocorreu tarde, tendo sido utilizado na Constituição Federal de 1988. Nas Constituições anteriores, o uso da expressão “discriminação” significava especificação ou separação, para finalidades fiscais, tributárias e administrativas, não abrangendo o campo dos direitos subjetivos da pessoa humana.

Deste modo, foi a partir da redemocratização que o Brasil buscou efetivar, promover e garantir os direitos humanos e fundamentais a todos aqueles que em seu território esteja, prezando pelo respeito à pessoa humana e, logo, à não-discriminação.

2.2 Da Dignidade da Pessoa Humana ao Direito à Não Discriminação

⁶ Bobbio, Noberto. Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 7^a tiragem, 2004, p. 26.

O combate à discriminação em diversos setores da vida humana, decorrente da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CRFB/88), é um objetivo do Estado Democrático de Direito brasileiro. A partir desta premissa, deve-se compreender de que forma esta proibição foi colocada na Constituição contemporânea e as suas devidas justificativas.

O primeiro e mais relevante argumento se funda no princípio basilar da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que consiste no “atributo que faz com que a pessoa seja respeitada em toda sua existência e dimensão, independentemente das escolhas que, como ser racional, vier a fazer”⁷.

De acordo com Ingo Sarlet, baseado na obra de Günter Dürig,

cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.⁸

Decorrente disso, afirma-se que a dignidade não é uma criação constitucional, e sim um dado preexistente, pois advém da essência da pessoa humana. Logo, existe onde se reconhece e onde não se reconhece o Direito, a fim de promover e proteger o princípio-mestre.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana seria

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁹

Este princípio é composto pelos princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade. Essa decomposição serve para enfatizar que existindo situações subjetivas conflituosas entre si que sejam amparadas por um destes princípios, a medida da ponderação será sempre a favor do conceito de dignidade da pessoa humana. Portanto, só estes sub-princípios podem ser relativizados, jamais a dignidade. Cabe ressaltar

⁷ RAGAZZI, Jose Luiz. GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e Direito Homoafetivo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 180.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.53. In: Ibidem, p. 183.

⁹ Ibidem, p.67.

que essa divisão também serve para ressaltar os princípios com pertinência ao tema deste trabalho.

Primeiramente, o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se no *princípio da igualdade*¹⁰ a fim de garantir o direito de não receber qualquer tipo de tratamento discriminatório e de ter direitos iguais ao de todos os cidadãos. Considerando que a sociedade é diversificada, este princípio deve ser encarado junto ao princípio da diversidade, que visa o respeito à especificidade de cada cultura, de cada minoria, já que a o oposto ao princípio da igualdade é a desigualdade e não a diferença.

O que define quem é igual e quem é diferente é *a priori* a regra do preconceito, que será analisado posteriormente, devendo apreciar casuisticamente a prática de tratamentos discriminatórios sem fundamentação jurídica, uma vez que as sociedades multiétnicas e multiculturais atuais invocam que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.¹¹

O segundo princípio, o da *proteção à integridade psicofísica*, na esfera cível é encarado para fins de garantia dos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal). E é a partir desta constatação que se pensa no instituto do dano moral como uma violação da integridade moral, e, por conseguinte, uma violação da dignidade humana.

O *princípio da liberdade* muito se relaciona com o princípio da autodeterminação, já que pressupõe a garantia de decisão própria entre diversas possibilidades. “Consiste na possibilidade objetiva de decidir”¹², sendo multifacetário, porque “várias são as situações da vida em que o ser humano exercendo sua autonomia pessoal, poderá escolher o caminho

¹⁰ “Todos são iguais perante a lei”. Esta máxima percorre o pensamento político-filosófico ocidental, sendo expressa nas declarações de direitos do século XVIII (Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 1776 e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789). Contudo, percebeu-se que essa “igualdade formal” era insuficiente para alcançar o fim determinado pelo princípio. Como se referia Rui Barbosa, “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. (...) Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. Com isso, acrescentou-se a ela a “igualdade substancial/material”, que provocou mudanças legislativas significativas, transformando os Estados de Direito em Welfare States. Para além disto, hoje, debate-se o princípio da igualdade dentro de uma necessidade de contemplação das diferenças existentes entre os indivíduos, e não a busca de uma “identidade humana comum”.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. As tensões da modernidade. Texto apresentado no Fórum Social Mundial. Porto Alegre, 2001. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2010, p. 95.

¹² DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 183.

melhor que lhe convier.”¹³ Logo, deve o Estado garantir o gozo pleno destas liberdades para que o ser humano possa se realizar.

Sem deixar o último corolário de a dignidade passar despercebido, o *princípio da solidariedade* é um objetivo da República brasileira (art. 3º, IV, CRFB) e, como observa Maria Berenice Dias, relacionando-o ao tema,

a realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza, não se integraliza.¹⁴

Este subprincípio tem por base a máxima *neminem laedere*, ou seja, a obrigação de se comportar de modo a não lesar os interesses de outrem¹⁵. Como conclui Maria Celina Bodin de Moraes,

De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.¹⁶

Deste direito fundamental, a dignidade da pessoa humana, que é anunciado em tantas Constituições e Tratados Internacionais, derivam todos os direitos e garantias constitucionais que serão vistos neste trabalho, já que ele visa proteger os vulneráveis, as minorias.

A proporcionalidade é um dos nortes que devem utilizados pelo juiz para decidir qual dignidade humana deverá prevalecer nas lides em confronto direto. Isto evita que a discriminação ocorra pra além do que é constitucionalmente válido, porque analisa a existência de um motivo lógico-racional que justifique tal feito, evitando assim a desproporcionalidade, a discriminação negativamente de forma arbitrária (preconceituosa).¹⁷

Este princípio consiste três subprincípios¹⁸ essenciais para o cumprimento da verificação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos, parafraseando Canotilho,

¹³ Loc. cit.

¹⁴ Ibidem, p. 192.

¹⁵ RODOTÀ, Stefano. Il problema della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1967, p. 95 e ss.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, , 2010, p. 85.

¹⁷ VECCHIATTI, Paulo R. I. Os Princípios Fundantes. In: DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 201. Nesse sentido, v. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p.121-122.

¹⁸ Loc. cit., p. 223. “(I) a adequação exige que a medida estatal deve ser apta a atingir o resultado pretendido; (II) a necessidade determina que não deve haver outro meio menos gravoso ao direito prejudicado para que se atinja o resultado pretendido; e (III) a proporcionalidade em sentido estrito demanda que seja realizada em ponderação

tratando-se de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às do fim.¹⁹ Em suma, é a ponderação.

Não há que se confundir com o princípio da razoabilidade, também muito importante para este tema, que consiste no critério de avaliação da constitucionalidade das leis e atos normativos, e como parâmetro para que os julgadores solucionem as lides, já que deve ser utilizado no processo de ponderação supracitado.

Como consequência de tudo o que já foi disposto, percebe-se o princípio da não discriminação. Ele não está expresso, mas se encontra na Constituição Federal contemporânea distribuído em vários de seus dispositivos, entre eles o artigo 3º²⁰ e alguns incisos do artigo 5º.²¹

Analizando estes dispositivos, nota-se claramente que este princípio envolve uma reflexão sobre o princípio da igualdade, pois, como anteriormente falado, este pauta o respeito às diferenças, e inadmite que o mero moralismo majoritário justifique discriminações jurídico-sociais pelo fato do grupo discriminado ter hábitos contrários aos seus, sendo contrário ao direito ao pluralismo social constitucionalmente consagrado.²² Ele reflete ainda o princípio da razoabilidade, já que impede que o legislador venha a ferir a isonomia com normas que discrimine discricionariamente.

2.3 Da Discriminação por Orientação Sexual e Identidade de Gênero

Tendo elencado os princípios relevantes, faz-se necessário relacionar a noção de discriminação devido à orientação sexual e identidade de gênero em face ao ordenamento jurídico brasileiro.

no caso concreto entre os bens constitucionais em litígio, efetuando-se uma concordância prática entre eles, com concessões recíprocas no intuito de evitar o sacrifício total de um deles sempre que possível, dando-se prevalência àquele tido como mais relevante naquele caso concreto.”

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6º edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 228-229.

²⁰ Brasil. Constituição Federal de 1988. Art. 3º, IV. “Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação”.

²¹ Idem. Ibidem. Art. 5º, LXI. “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

²² VECCHIATTI, Paulo R. I. Op. cit. In: DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 222.

Contudo, cabe ressaltar a diferença etimológica entre o termo “preconceito” e o termo “discriminação”, a fim de que se garanta a proteção dos vulneráveis, hipossuficientes e minorias.

Preconceito²³ “é um juízo de valor desarrazgado, irracional – ou seja, desprovido de lógica e racionalidade que lhe fundamente”.²⁴ Preconceito não é meramente uma questão de “pré-conceito”, e sim uma compreensão errônea sobre determinado tema. Já a discriminação “é um tratamento diferenciado que se impõe a determinada pessoa por força de seu preconceito – ou seja, a discriminação é a exteriorização do preconceito”²⁵.

Em uma abordagem psicológica,

preconceito é um termo utilizado, de modo geral, para indicar a existência de percepções negativas por parte de indivíduos e grupos, onde estes expressam, de diferentes maneiras e intensidades, juízos desfavoráveis em face de outros indivíduos e grupos, dado o pertencimento ou a identificação destes a uma categoria tida como inferior. Agregam-se a este conceito, de modo exclusivo, preponderante ou conjugado, conforme o caso, as notas de irracionalidade, autoritarismo, ignorância, pouca disposição à abertura mental e inexistência de contato ou pouca convivência com membros dos grupos inferiorizados.²⁶

Para a Psicologia, as origens do preconceito estão ou no fato de que o indivíduo culpa aquele indivíduo e grupo por alguma frustração ou mal-estar (teoria do bode expiatório) ou inconscientemente projetam em determinados indivíduos e grupos a tentativa de solucionar uma espécie de conflito interno, destinando-lhes um tratamento desfavorável (teoria projecionista).

Na perspectiva sociológica,

o preconceito é definido como uma forma de relação intergrupal onde, no quadro específico das relações de poder entre grupos, desenvolvem-se e expressam-se atitudes negativas e depreciativas além de comportamento hostis e discriminatórios em relação aos membros de um grupo por pertencerem a esse grupo. Entre os processos cognitivos que se desenvolvem neste tipo de relações sociais, destacam-se a categorização e a construção de estereótipos (Dorai & Deschamps, 1990; Shadron, Morchain & Yzerbyt, 1996; Yzerbyt, Rocher & Schandron, 1997).²⁷

²³ O preconceito contra as minorias normalmente ocorre quando esses grupos são considerados inferiores, objetos de preconceito social ou não tem seus direitos de cidadania respeitados. Isto é produto da educação, da “weltanschaung” (visão de mundo) de pessoas e grupos que pensam ser privilegiados ou melhores que os outros. Geralmente, a capacidade de discriminar está relacionada ao poder político daquele grupo, o que deve ser coibido pelas leis e outras ações, já que em uma sociedade democrática devem-se aceitar as diferenças existentes entre os pares, respeitando as características de cada um e oferecendo igualdade social e material a todos.

²⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC122/2006). In DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 516.

²⁵ Loc. cit.

²⁶ RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 16.

²⁷ Ibidem, p. 17.

Em uma perspectiva marxista, “preconceito e discriminação seriam produtos e manifestações das reais condições que mantêm, refletem, criam e recriam a alienação humana; na base de tais condições, a dinâmica própria da sociedade capitalista”.²⁸

A partir disso e com base no que já fora levantado pelas convenções internacionais de direitos humanos, a discriminação é as violações ao princípio da igualdade que geram prejuízos àqueles que recebem tratamentos desiguais.

Logo, pune-se juridicamente a discriminação, o preconceito exteriorizado, já que este causa prejuízos físicos e morais a terceiros. É incorreto punir o preconceito propriamente dito, já que este é encontrado no pensamento, em seu íntimo, o que fere o direito fundamental à liberdade de pensamento (art. 5º, VIII, CRFB).

A denominação “orientação sexual” foi adotada devido ao entendimento de que orientação é a movimentação interna dos desejos e sentimentos, sendo inadequada a utilização de expressões “opção sexual”, “escolha sexual”, “transtorno”, “perversão” e afins.

E sendo algo que pertence ao íntimo do Homem, as orientações afetivo-sexuais, bem como as manifestações de gênero, são direitos humanos tutelados pelo Direito, como afirma Maria Berenice Dias: “Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.”²⁹

A homossexualidade, de acordo com uma sistematização de Harvard Survey, pode ser vista de quatro formas: “1) a homossexualidade como pecado; 2) a homossexualidade como doença; 3) a homossexualidade como critério neutro de diferenciação; e 4) a homossexualidade como construção social”³⁰.

Em suma, a primeira consiste na reprovação moral e religiosa da prática sexual entre pessoas do mesmo sexo; a segunda tem a ver com um estado enfermo de quem pratica atos homossexuais, estando “saudável” aquele que pratica atos heterossexuais (a homossexualidade era chamada de “homossexualismo” até ser retirada do catálogo de transtornos mentais e de comportamento da Organização Mundial de Saúde). A terceira “decorre das mudanças sociais e econômicas que possibilitaram a formação de uma

²⁸ Loc. cit.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6^a edição. São Paulo: Editora RT, 2010. p. 200.

³⁰ RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

consciência coletiva por parte dos homossexuais enquanto específico grupo social”.³¹ Por fim, a quarta é uma espécie de relativização da condição homo ou heterossexual como um critério de distinção, uma vez que dependendo da cultura pode até ser irrelevante ou assumir outras conotações³².

A discriminação manifestada pelo preconceito ao grupo LGBT no ordenamento jurídico brasileiro se dá constitucionalmente com o princípio da igualdade, já exposto no subtítulo 2.3., sendo vedadas as diferenciações com qualquer um que esteja inserido neste grupo nas questões jurídicas, ainda que não esteja disposta expressamente na CRFB a expressão “orientação sexual”.

Em maio de 2011, o STF adotou uma posição contramajoritária no julgamento da ADI nº 4277 e ADPF 132/RJ³³, que apesar de serem ações sobre equiparar as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, serve a esse estudo toda sua argumentação utilizada pelos ministros.

Foi ressaltado o caráter laico do Estado, que impede que a moral religiosa sirva de parâmetro para limitar a liberdade das pessoas, e rechaçado mais uma vez do ordenamento jurídico brasileiro a intolerância e o preconceito. O ministro Ayres Brito se utilizou do método kelseniano (“tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”) para explicar o porquê dos homossexuais terem os mesmos direitos das pessoas heterossexuais.

Anteriormente, a jurisprudência brasileira já havia registrado precedentes relativos ao princípio da igualdade e à discriminação por orientação sexual, por exemplo, no STJ³⁴, com a aplicação do artigo 1363 do CC/02 para reconhecimento de sociedade de fato entre dois homens a fim de conferir ao companheiro sobrevivente o direito à partilha dos bens adquiridos na constância da relação homossexual³⁵.

Este mesmo Tribunal³⁶ invalidou uma decisão do TJ do Distrito Federal que rejeitou o depoimento de uma pessoa devido à sua orientação sexual, aplicando o princípio da igualdade

³¹ Ibidem, p. 114-115.

³² Ibidem, p. 120.

³³ Íntegra do voto do ministro Ayres Britto sobre união homoafetiva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 24.10.2013.

³⁴ Recurso Especial nº 148.897-MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10/02/1998.

³⁵ RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p.85.

³⁶ Recurso Especial nº 154.857 – 6º Turma, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, DJ 26.10.1998.

no direito processual civil. Há também julgados semelhantes no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e em outros Tribunais Estaduais.

Dito isto, entende-se a discriminação por orientação sexual aquele preconceito que causa danos à minoria LGBT em qualquer relação sócio-jurídica que estabeleça. Este tipo de discriminação é rechaçado com base nos argumentos de que se “a Constituição Federal ergueu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da ordem jurídica e realçou os direitos de liberdade, igualdade e respeito à diversidade, não se afigura razoável qualquer tentativa de restrição ou negativa de direitos às pessoas em função de sua orientação sexual”.³⁷

Assim, qualquer tentativa de tolher direitos a pessoas e seu grupo por causa da sua orientação sexual é negar-lhes sua dignidade humana. Por conseguinte, não cabe aos legisladores e juristas questionar a homossexualidade, e sim garantir o seu respeito, sob o risco de ofender o princípio da igualdade, bem como o direito à liberdade sexual, tendo em vista que esta decorre da autonomia privada de cada um, consistindo em elemento da essência humana.

³⁷ RAGAZZI, Jose Luiz. GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 188.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL, DANO MORAL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

3.1 A relação dos direitos da personalidade com o dano moral e a responsabilidade civil

A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada ao conceito de dano moral. A lesão à dignidade ou a quaisquer de seus subprincípios, como anteriormente explicado, gera diversas consequências, dentre ela o dano moral e este não pode ficar irressarcido afim de que se respeite a cláusula de proteção humana.

O dano moral não pode ser conceituado como “dor, vexame, humilhação, ou constrangimento” como outrora, pois estas palavras descrevem sensações incômodas que não necessariamente tem a ver com ato ilícito ocorrido, e logo, não poderiam ser reparadas.

Contudo, é a partir dessa ideia de sentimento desagradável que se atinge o objetivo e conceito do dano moral. Este

tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana)³⁸.

Desta forma, é o texto constitucional que protege o indivíduo de possíveis ofensas que sofra ou venha a sofrer através do efeito desta ofensa, o dano moral, que repercute sempre nos direitos da personalidade humana, que configuram a dignidade³⁹.

Cabe aqui um breve relato sobre os direitos da personalidade. Com a mudança da perspectiva constitucional e com o advento do Código Civil de 2002, esses direitos foram tidos como a grande prova de atualidade do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁰.

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 132-133.

³⁹ Brasil. Constituição Federal de 1988. Art. 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à 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”.

A inviolabilidade destes direitos tem a ver justamente com a inviolabilidade da dignidade, mas não tão somente. Os direitos da personalidade consistem naqueles direitos que os indivíduos possuem sobre elementos, como honra, integridade física e psicológica (subprincípio da dignidade humana), enfim, todos aqueles elementos consideramos extrapatrimoniais. Logo, ainda que não haja previsão legal específica, qualquer hipótese de violação que envolva um bem não patrimonial do ser humano deve ser reparada, não havendo que se falar em enumeração taxativa dos direitos da personalidade, face à cláusula geral de tutela decorrente da dignidade, a proteger a pessoa sempre que esta se encontra em risco.

Doravante, a indenização pelo dano moral sofrido não é capaz de reparar ao ponto de estabelecer o *statu quo ante*, mas consegue trazer uma espécie de satisfação através da pecúnia. Portanto, a reparação do dano moral busca indenizar e punir: indenizar a vítima da ofensa pelos prejuízos sofridos, e ao mesmo tempo, punir o causador da ofensa moral, de forma que os atos ofensivos praticados por ele não venham a ser reiteradamente praticados por ele.

Como expõe Caio Mário,

(...) na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: (i) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; (ii) pôs nas mãos do ofendido uma soma que não é o *preium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material.⁴¹

Esta reparação do dano moral só é possível por causa do instituto da responsabilidade civil. Sua noção básica “funda-se no dever de respeito dos indivíduos ao direito alheio, acarretando reparabilidade caso este não seja observado”⁴². Assim, coage-se o ofensor para que haja a compensação da vítima pelo dano injustamente sofrido, seja ele moral ou material, que confronta valores protegidos pelo direito.

A proteção da pessoa humana também influenciou este instituto, uma vez que a tutela da pessoa da vítima foi estendida, desdobrando-se no efeito do aumento das hipóteses de

⁴⁰ O capítulo referente aos direitos da personalidade que se encontra no Código Civil promulgado em 2002 foi mera repetição de dispositivos redigidos em 1963 no Anteprojeto do Código Civil e revisados em 1964 por Orlando Gomes, Cário Mário e Orosimbo Nonato, com apenas uma mudança significativa, que foi a inclusão do atual art. 21 em 1983.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 65. In: LARRATÉA, Roberta Vieira. Dano moral por discriminação. In DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 339.

⁴² BELINCANTA, Fernando César; LOPES, Fernando Augusto Montai y. A possibilidade da compensando do dano moral na separação conjugal. Jus Navigandi, Teresina, a.7, n. 62, fev. 2003. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3743>> . Acesso em: 26.11.13.

danos resarcíveis e da perda de relevância da função moralizadora, que anteriormente era aspecto nuclear deste instituto.

A responsabilidade civil é composta por elementos que devem ser analisados a fim de que seja caracterizada a obrigação de reparar o dano dentro desta relação jurídica identificada: a conduta e a necessidade de existência de culpa (ou dolo) por parte do agente ofensor, o nexo causal e a ocorrência do dano em si, respectivamente.

Cada uma das condutas danosas, diferentemente do que ocorre no direito penal, não é tipificada no direito civil. A obrigação de indenizar gerada por determinadas condutas se encontra inserida numa cláusula geral, no art. 186 combinado com o art. 927 do Código Civil.

A culpa⁴³ e o dolo⁴⁴ são agentes desencadeadores da responsabilidade civil, porque a conduta na qual eles se encontram verifica-se a intenção em prejudicar ou a falta de cautela que acabam por gerar a obrigação de indenizar. Ainda assim, não são fatores fundamentais para a existência da lesão, porque a concepção majoritariamente aceita atualmente adota critérios mais amplos, que englobam direitos, absolutos e relativos, e interesses considerados merecedores de tutela jurídica⁴⁵.

O nexo causal é a ligação entre a ação e o resultado, entre a ação ou omissão praticada e ofensa sofrida, e, por fim, a ocorrência, extrapatrimonial ou patrimonial, do dano a fim de que surja o dever de reparação ao desequilíbrio causado na ordem jurídica. O dano, como já foi conceituado, é elemento ou requisito essencial da etiologia da responsabilidade civil.⁴⁶

Portanto, o ato ilícito propriamente dito não gera a responsabilidade civil por si só, sendo necessária a coexistência dos elementos anteriormente analisados para que o direito possa, com a responsabilização civil do ofensor, restaurar o bem jurídico tutelado, proporcionando o retorno ao estado anterior ou reparando de forma apenas indenizatória, sob pena de acabar por favorecer o enriquecimento sem causa da vítima.

Acerca das teorias sobre a responsabilidade civil, percebe-se a responsabilidade subjetiva e a objetiva, sendo, respectivamente, aquela primeira que considera a existência de culpa do agente, enquanto a segunda adota a teoria do risco.

⁴³ Brasil. Código Civil. Artigo 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁴⁴ O dolo, interpretado de forma ampla, é a ação com a consciência do resultado lesivo que poderia vir a ocasionar, e não unicamente o ânimo de prejudicar.

⁴⁵ Em contraposição a esta teoria do interesse, há a teoria minoritária da antijuridicidade, na qual o dano moral só poderia ser resarcido se fosse gerado por uma conduta ilícita.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.37.

Historicamente, a responsabilidade civil foi concebida com base no conceito de ato ilícito, e exigia que a vítima provasse a culpa do agente causador do dano. Assim, só existia a responsabilidade civil subjetiva, na qual o objetivo era punir o ato ilícito, e não ressarcir a vítima pelo dano. Contudo, as mudanças sociais mostraram que este instituto estava sendo insuficiente para atender as demandas da sociedade, já que em virtude da incapacidade das vítimas de produzirem provas da culpa do agente acabavam por ficar sem o devido ressarcimento. Foi-se necessário objetivar a responsabilidade civil a fim de que as finalidades constitucionais fossem respeitadas e protegidas.

Independe para análise da teoria da responsabilidade subjetiva se o critério de culpa adotado é o *lato sensu* ou em sentido restrito⁴⁷, sendo a indenização devida a partir da constatação de que o sujeito previu ou desejou o resultado negativo ou agiu sem o dever de cuidado necessário. Já na análise da teoria da responsabilidade civil objetiva deve-se avaliar a atividade desenvolvida e a sua potencialidade em provocar danos, afastando a subjetividade da ação do agente.

Estas teorias se encontram positivadas no *caput* e no parágrafo único, respectivamente, do artigo 927 do Novo Código Civil⁴⁸. Alguns compreendem a responsabilidade subjetiva adotada de forma geral pelo Código, e a objetiva adotada em hipóteses elencadas em lei ou quando o juiz entender a existência desta responsabilidade a partir da avaliação do caso concreto.

No entanto, é difícil nos dias atuais continuar a defender este ponto, já que o volume das demandas relacionadas à responsabilidade civil objetiva superou o volume da subjetiva, compreendendo que isto se deve ao fato de que a objetivação da responsabilidade aconteceu em relação a situações cotidianas, como a responsabilidade civil do Estado, prestadores de serviço público (art. 37, §6º, CRFB), e dos fornecedores de produtos e serviços nas relações de consumo (arts. 12 e 14, CDC). Assim, basta reconhecer que há um sistema dualista de responsabilidade civil no Código Civil de 2002, a cláusula geral de responsabilidade pela culpa e a cláusula geral de responsabilidade pelo risco.

Este sistema tem base em diferentes conceitos de justiça:

⁴⁷ O elemento da culpa deve ser analisado através do critério *lato sensu*.

⁴⁸ Brasil. Código Civil - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Enquanto a responsabilidade por culpa corresponderia à justiça retributiva ou comutativa, a responsabilidade objetiva diria respeito à concepção de justiça distributiva. A primeira referir-se-ia ao juízo de reciprocidade, e a segunda, a um juízo de proporcionalidade. Assim, enquanto a justiça compensatória regula o equilíbrio entre os interesses em conflito, a justiça distributiva pronuncia-se sobre a repartição dos bônus e dos ônus. Em consequência, a responsabilidade subjetiva referir-se-ia à conduta pessoal do causador dos danos enquanto a responsabilidade objetiva funcionaria como uma espécie de seguro coletivo.⁴⁹

Há quem critique o sistema, refletindo sobre o fato de haver aproximações entre culpa-risco, tendo em vista que a normatização da culpa acaba por objetiva-la e que os tribunais fazem uso de considerações acerca do comportamento do ofensor nas hipóteses de responsabilidade objetiva.

Contudo, nada disso altera o entendimento de que, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “responsabilidade” significa a transferência da incidência de um dano de um sujeito a outro, de que se pode falar de dano injusto (ou injustificado do ponto de vista da vítima) sempre que ocorrer lesão a uma situação jurídica subjetiva protegida pelo ordenamento, e de que este dano será imputado a um sujeito com base em critérios jurídicos, estabelecidos no ordenamento jurídico.⁵⁰

A reparação do dano moral, diferentemente do dano material, foi, por anos, impossibilitada por não haver um modo de atribuição de valor pecuniário ao sentimento humano e de comprovação efetiva do dano, e também tendo em vista que o dano para ser indenizável⁵¹ deve ser possível retornar ao estado anterior, algo que não era visualizado pelos ordenamentos de tradição romano-germânica.

Contudo, com a evolução do pensamento jurídico, como já foi dito, a reparação foi viabilizada, destinando-se a compensar e punir, e cumulando com os danos materiais. Segundo Maria Helena Diniz:

A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. (...). Penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor. (...). Satisfatória ou compensatória, (...) a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.⁵²

Rui Stoco ainda complementa, dizendo que:

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2010, p. 394.

⁵⁰ Ibidem, p. 397.

⁵¹ A palavra “indenizar” provém do latim, “in dene”, que significa devolver ao estado anterior o patrimônio ofendido.

⁵² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 16^a edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 94, V. 7.

Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas.⁵³

Tal entendimento tornou-se súmula pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ): Súmula 37 – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.⁵⁴ Foi, então, consagrada a teoria que diferencia o dano extrapatrimonial do dano patrimonial, e que se atenta à necessidade de tratamento diverso.

Esta teoria comprehende que as diferenças se encontram no que tange à identificação, aos critérios de reparação e à forma de liquidação. Quanto à identificação, o dano moral não tem necessidade de prova concreta do prejuízo sofrido, enquanto no dano material a mesma é exigida. Quanto aos critérios de reparação, o dano extrapatrimonial possui basicamente a reprovação da conduta (gravidade ou intensidade da culpa do agente), a repercussão social do dano, e as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor, à medida que a indenização por dano patrimonial abrange a extensão do dano, pouco importando o grau de culpa do agente⁵⁵. No que se refere à liquidação, com relação aos danos patrimoniais, se dá através da indenização por perdas e danos (danos emergentes e lucros cessantes), e aos danos morais se dá através do arbítrio do juiz, não havendo qualquer limite legal.

3.2 A dosimetria do dano moral: análise crítica da determinação do “quantum debeatur” pela práxis jurisprudencial

Quando tutelado juridicamente o dano moral, a parte que alega deve provar e motivar o julgador de forma que a indenização pelo dano moral seja admitida e provida, já que

⁵³ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil, 6^a ed., São Paulo: RT, 2004, p. 1709.

⁵⁴ Brasil. STJ. Súmula 37. Prevê a possibilidade de cumulação dos danos materiais e morais. Disponível em: [\[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=31\]](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=31). Acesso em: 27.01.2013.

⁵⁵ Brasil. Código Civil. Art. 944, caput: “A indenização mede-se pela extensão do dano”; parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

compete ao magistrado a estipulação do valor mais correto, devido ao princípio do Livre Convencimento do Juiz⁵⁶.

Este princípio, que é também é conhecido como princípio da livre convicção motivada ou da persuasão racional, consiste na forma livre na qual o magistrado montará seu convencimento. Ele se situa entre o sistema de prova legal e o sistema do julgamento *secundum conscientiam*, em que o primeiro atribui aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente, enquanto no segundo o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e até mesmo contra a prova⁵⁷.

O ordenamento jurídico adotou o princípio mediano, no qual o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos, mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*.⁵⁸ Isto é, o juiz é livre para aplicar seus critérios críticos e racionais sem poder ignorar os fatos e provas que foram trazidas no processo, tendo em vista que seu convencimento deve ser motivado (art. 93, IX, CRFB) por regras legais existentes e máximas de experiência.

Isso evita, mas não proíbe o uso do discurso subjetivo do juiz. Como analisa Schreiber,

verifica-se, portanto, que a uniformidade de tal modelo [abstrato de comportamento] reside, a rigor, em um critério científico válido em termos gerais, mas apenas no fato de que os julgadores possuem todos uma formação cultural semelhante, correspondente a uma determinada camada econômica da sociedade que integram. Se, nos sistemas de *common law*, o reconhecimento crescente de um papel *police-maker* aos juízes, sobretudo nas instâncias superiores, poderia servir a atenuar os efeitos negativos de tal constatação, o mesmo não se verifica nos ordenamentos de tradição romano-germânica, onde a situação mostra-se absolutamente desconfortável. O desconforto torna-se ainda mais alarmante nos países latino-americanos, onde a pluralidade de culturas e o imenso abismo econômico existente entre as (...) classes sociais pode resultar em um diversidade radical entre as concepções de diligência média do juiz e do sujeito que se pretende responsável.⁵⁹

⁵⁶ Brasil. Código de Processo Civil. Art. 131. “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

⁵⁷ CINTRA, A.C. de A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2009, p.73.

⁵⁸ Loc. cit.

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39.

Por isto, entende-se que a responsabilidade civil e a definição do *quantum debeatur* da indenização por dano moral são jurisprudenciais, já que é o magistrado aquele que sente primeiro as mudanças sociais, não dando tempo para a propositura de alterações legislativas. Isso é possível porque o mecanismo da responsabilidade civil é composto por cláusulas gerais, cujo conteúdo semântico é vago e indeterminado, sendo preenchido pelo juiz através da análise do caso concreto e das devidas provas.

Essas provas da ação indenizatória devem ser objetivas, no sentido de não caber juízo de valor em relação ao fato causador do dano moral, diferentemente das provas quanto ao resultado do dano moral, que são *in re ipsa*, visto que deriva inexoravelmente da própria ofensa, não precisando constituição de prova objetiva, já que o sofrimento e a dor decorrentes não necessitam ser provados.

Com base nestes últimos relatos sobre princípio da persuasão racional, na forma em que se dá a prova e dosimetria do dano moral, e na incerteza e insegurança jurídica causada dada a imprevisibilidade das sentenças nesta matéria, encaram-se duas perspectivas: uma que defende a criação de uma tabela na qual seriam especificadas todas as espécies de danos morais que receberiam tutela jurídica com suas respectivas quantias, e outra que ajusta a indenização segundo a pessoa da vítima.

Estas perspectivas são frutos de posições percebidas no Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que alguns ministros acreditam que o Tribunal deva manter o controle sobre todo e qualquer valor de indenização do dano moral para evitar que ocorram “equívocos”, enquanto outros acreditam que o controle pelo Tribunal deva ser feito sempre que houver inadequação da verba fixada, seja por insuficiência, seja por excesso. Essas duas posições estão atreladas respectivamente às duas perspectivas anteriormente citadas.

A criação de uma espécie de tabelamento está vinculada ao princípio da igualdade formal, já que ocorre a identidade de valores para cada caso em específico, enquanto a ideia de justa reparação do dano se relaciona com o princípio da igualdade substancial. Ainda assim, se os meios de individualizar as ofensas ocorridas e de valorá-las conforme a pessoa da vítima não forem encontrados, não adianta a invenção de fórmulas ou tabelas, porque os valores continuarão díspares e os tribunais, a serem comparados com loterias, em que a vítima depende exclusivamente da sua sorte ou azar para ser compensada pelo dano moral.

Portanto, a dosimetria da indenização do dano moral deve analisar certos requisitos elencados por diversos autores a fim de que a vítima não construa um patrimônio com o dano,

e sim seja resarcida, mas se recomponha da ofensa sofrida através da reparação integral do dano, sendo este o foco da responsabilidade civil atual.

Esses requisitos são: grau de culpa e intensidade do dolo do ofensor (dimensão da culpa); a situação econômica deste; a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (amplitude do dano); as condições pessoais da vítima (posição social, política e econômica); e a intensidade de seu sofrimento. Não necessariamente todos os requisitos devem ser utilizados. Logo, é necessário expor quais deles são passíveis de uso pelos magistrados em suas devidas motivações.

Com base na crítica a estes requisitos feita por Maria Celina Bodin de Moraes, não cabe ao magistrado se ater a critérios econômicos (nível social) da vítima, e sim suas condições pessoais, juntamente aos critérios da amplitude do dano, porque desta forma o juiz conseguirá distinguir os momentos anterior e posterior ao dano, verificando a extensão do próprio em relação à vítima e definindo um valor adequado à indenização por dano moral.

Os juízos de punição ou retributivos, como as condições econômicas do ofensor e a gravidade da culpa, não devem ser utilizados, visto que o foco destes requisitos está no dano causado e não no dano sofrido, como determina a doutrina contemporânea. Ela entende também que:

há outros critérios que tampouco são relevantes no sistema da reparação integral porque se referem, no fundo, à conduta em si mesma. Assim, por exemplo, a proporcionalidade entre a vantagem de quem praticou o ato lesivo e o prejuízo causado a terceiro; a presença ou ausência de intenção, previsibilidade, ou boa-fé; a utilidade (interesse) para quem o praticou ou a mera intenção de prejudicar o outro.⁶⁰

Cabe aqui ressaltar que para que estes requisitos gerem fixações de indenizações não abusivas ou iníquas, as decisões não podem ser pautadas de forma a querer avaliar o “sofrimento”, porque acabam, assim, por julgar com base na aparência.

Por isso, quanto ao exame do dano, em sua *ratio decidendi*, o juiz deve ter a seguinte objetividade: quanto à magnitude, o dano pode ser considerado, sempre em relação à pessoa da vítima, pequeno, médio, grande, infinito (morte); quanto à duração, o dano poderá ser temporário, de curto, médio e longo prazo, ou permanente; enfim, quanto à repercussão social do dano, esta poderá ser reduzida, média ou ampla⁶¹.

⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 333.

⁶¹ Ibidem, p. 332.

Além disso, o magistrado deve atentar para o princípio da razoabilidade, anteriormente explicado, bem como seu bom-senso e moderação, restabelecendo o equilíbrio da relação jurídica sem que haja captação de vantagem e alcançando o ofendido através do valor justo o resarcimento quanto ao prejuízo suportado.

Portanto, não há que se falar em tabelas, tetos criados por legislação infraconstitucional anterior ou posterior à Constituição, já que a mesma define em sua tutela geral que a reparação do dano moral não poderá ser limitada.

3.3 As relações consumeristas e os vulneráveis no Código de Defesa do Consumidor

Com a implementação do Plano Cruzado e a problemática econômica por ele gerada, a questão da defesa do consumidor no Brasil foi levada em consideração a partir dos anos 80. Anteriormente, no início da década de 70, foram criadas as primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para este assunto. As mais relevantes foram o Conselho de Defesa do Consumidor (CONDECON – Rio de Janeiro, 1974), a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC – Curitiba, 1976); a Associação de Proteção ao Consumidor (APC – Porto Alegre, 1976) e o antigo Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, atualmente conhecido como PROCON (Decreto nº7890/76, São Paulo).

Com o advento da Constituição de 1988, surgiu o seguinte direito fundamental: “o Estado promoverá a defesa do consumidor”.⁶² Este é um dever do Estado, um imperativo constitucional, uma garantia fundamental do consumidor. Assim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) surgiu como resultado dos movimentos consumeristas relatados anteriormente e como instrumento legal de efetivação dos princípios constitucionais de proteção e defesa do consumidor (saúde, segurança, vulnerabilidade, entre outros) no plano infraconstitucional.

O direito do consumidor é, em primeiro lugar, um direito da cidadania, que não pode ser simplesmente referido a critérios econômicos e de eficiência, sendo essa a conotação que

⁶² Brasil. Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XXXII.

lhe dá o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República, que o consagra como direito fundamental.

A lei nº 8078/1990, a lei que criou o CDC e que foi editada por expressa determinação constitucional (ADCT, art. 48), atende também ao artigo 170, inciso V, que incluiu a defesa do consumidor entre os princípios gerais da Ordem Econômica⁶³. Logo, o CDC representa “a materialização e a efetivação dos compromissos assumidos, em tema de relações de consumo, pelo Estado brasileiro”.⁶⁴

A finalidade deste Direito é “eliminar essa injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo”.⁶⁵ E o objetivo⁶⁶ é que, em longo prazo, através da educação, orientação e informação, os sujeitos da relação de consumo aprendam sobre ética, respeito, equilíbrio e harmonia neste tipo de relação jurídica. Já em curto prazo, que ocorra a intervenção na relação jurídica, repelindo a ofensa ao mais fraco, prevenindo a ocorrência de danos ao consumidor, através de medidas cautelares ou tutelas antecipatórias e efetividade na reparação dos danos.

Em uma análise hermenêutica, o CDC atende aos seguintes direitos fundamentais, alguns até já explicitados anteriormente: direito à indenização pelo dano moral decorrente da violação da honra (art. 5º, X), e, logicamente, o direito a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII); em relação ao momento da tutela jurisdicional: o princípio da proporcionalidade, que possui os seguintes parâmetros: condições econômicas das partes envolvidas, o serviço ou o bem objeto da relação de consumo, e os antecedentes históricos do fornecedor; o princípio da eficiência e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, LIV, e LV), que vem garantir efetivamente a reparação do dano sofrido pelo consumidor.

Tudo isso ressalta que a defesa do consumidor é uma projeção do princípio da dignidade da pessoa humana para todos que em território brasileiro estiver, principalmente devido ao subprincípio da igualdade⁶⁷.

⁶³ O STF, no Recurso Extraordinário nº 351750, afirmou que o princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica, e afastou a incidência de normas e tratados internacionais, como a Convenção de Varsóvia, quando implicassem em retrocesso social em relação aos direitos assegurados pelo CDC.

⁶⁴ DE MELO, Ministro Celso. Brasil. STF. ADIn nº2.591/2001. p. 229. Disponível em: [\[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855\]](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855). Acesso em 27.01.2013.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 2ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2010, p.8.

⁶⁶ Segundo o seu artigo 4º, seu objetivo é atender as “necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da qualidade de vida, bem como transparência e harmonia das relações de consumo”.

⁶⁷ Brasil. Lei 8078/91, Título I, Capítulo II.

No CDC, visto que é compreendido como um instrumento pró-construção da lei, este subprincípio se apresenta através de cláusulas gerais que serão explicadas posteriormente, como a da boa-fé⁶⁸, bem como no exame concreto da realidade das partes a fim de aparar as desigualdades, aplicando a inversão do ônus da prova, desconsideração da personalidade jurídica e etc.

Segundo Zygmunt Bauman, ser consumidor hoje é um elemento relevante para a condição humana do século XXI, já que esta característica faz parte da sociedade a qual o indivíduo está integrado, chegando a ser parte de sua cidadania, da sua identidade cultural, bem como a dignidade humana é.

Nesta visão sócio-antropológica, diz Ciméa Beviláqua que as relações de consumo estabelecidas entre o consumidor e o fornecedor, além de serem pautadas nas trocas de bens, também são caracterizadas por privilegiarem a tutela de uma das partes.

Mesmo nas relações mercantis mais efêmeras e impessoais pressupõem, tal como na economia do dom, alguma renúncia à indiferença e um princípio implícito de identificação entre os parceiros contratuais. A assimetria entre as posições de fornecedor e consumidor, inerente às relações no mercado de consumo, pressupõe e exige a afirmação de uma equivalência não somente entre os objetos trocados para o estabelecimento da transação, mas também entre os trocadores (indivíduos ou pessoas morais).⁶⁹

Nesta afirmação, já se percebe a necessidade de tutela dos direitos do consumidor através de cláusulas gerais pelo Direito. Este tipo de análise é de fundamental para entender o que está por vir, pois o conceito de consumidor, como muitos que encontramos positivados na legislação, tem conotação econômica, e não alcança de forma satisfatória o objetivo elencado na atual Constituição Federal.

O Direito do Consumidor deve buscar um conceito jurídico para além do conceito econômico, ainda que este conceda segurança jurídica nos casos de responsabilidade civil dos fornecedores, porque ele não enxerga o consumidor como parte integrante da sociedade de consumo pós-moderna.

Este novo conceito seria ampliado, menos objetivo, porém capaz de alcançar outras pessoas que acabam sendo colocadas à margem dessa sociedade de consumo pelo conceito atual, o que aumentaria o trabalho dos operadores de direito. Um novo conceito ainda

⁶⁸ Ibidem, art. 51, IV, in fine.

⁶⁹ BEVILÁQUA, Ciméa Barbato. Os consumidores e seus direitos: um estudo sobre conflitos no mercado de consumo. São Paulo: Humanitas, 2008, p. 317. In: CORDEIRO, Carolina Souza. O comportamento do consumidor e a antropologia da linguagem. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 84, out.-dez./2012, p. 53.

colaboraria com o desenvolvimento de uma Política Nacional das Relações de Consumo mais adequada a sociedade atual, buscando proteger de fato a pessoa e não o mercado.

Analizando juridicamente, as relações de consumo são compostas por dois polos, o consumidor e o fornecedor. O consumidor⁷⁰ consiste naquele que é não profissional, que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, que é o agente vulnerável do mercado de consumo, e que é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade “de consumo” ou de massa⁷¹.

Sabe-se que existem duas correntes doutrinárias que definem este termo, os finalistas e os maximalistas. Contudo, para fins deste estudo, adota-se a corrente finalista, que é considerada majoritariamente mais adequada, porque atende a interpretação hermenêutica conforme a Constituição realizada, e também interpreta o art. 2º do CDC de forma literal, lógico-sistêmico e teleológico⁷², considerando o CDC um sistema organizado para identificar o sujeito beneficiado⁷³.

A partir disso, entende-se a ideia de vulnerável advém do princípio da igualdade, e consta na Política Nacional de Relações de Consumo, sendo assim uma norma cogente⁷⁴. A vulnerabilidade é o requisito fundamental para a criação de um Direito do Consumidor, já que o consumidor é o elo mais fraco na cadeia de consumo, sendo ele hipossuficiente técnico,

⁷⁰ Segundo o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

⁷¹ Definição escrita por Cláudia Lima Marques. BENJAMIM, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 82 e ss.

⁷² A teoria maximalista propõe uma interpretação apenas literal da expressão “destinatário final”, desconsiderando o CDC não como um sistema, e sim como uma lei geral.

⁷³ No direito comparado, o CDC não é um código consumerista como o “Code de la Consommation” francês, tão pouco é uma lei genérica sobre contratos de consumo como o Código Alemão.

⁷⁴ “(...) As normas cogentes são preceptivas, quando obrigam a determinada conduta, e proibitivas, quando a vedam. São normas que visam a impor-se à vontade dos seus destinatários, condicionando absolutamente a sua conduta e não permitindo a ocorrência de desvios ou alternativas ao regramento legal imposto. A vontade individual de optar é, nesses casos, de nenhuma valia e de nenhum efeito. De outra parte, as normas dispositivas são aquelas que deixam aos destinatários a liberdade de disporem de maneira diversa da regulamentada pela norma, a qual tem, um efeito supletivo à vontade das partes. Luiz Roberto Barroso nota que não se trata, nesse segundo caso, de ausência de imperatividade, mas, sim, de uma graduação dela. As normas dispositivas teriam a sua imperatividade sustada pelo advento de uma condição, geralmente imputada às partes. A conclusão é no sentido de que todas as normas jurídicas precisam ter, necessariamente, carga imperativa”. Apud Gabriel Dezen Junior, in Direito Constitucional, Ed. Vestcon. Disponível em: <http://www.angelfire.com/ar/rosa01/normas.htm>. Acesso em: 24.11.2013

fático e jurídico, e informacional⁷⁵. É desta forma que a doutrina destrincha a expressão encontrada no artigo 4º, I do CDC.

O vulnerável técnico “significa que o consumidor não detém conhecimento específico sobre o produto adquirido e, por isso, é mais facilmente enganado quanto à especificação e utilidade do bem ou do serviço”.⁷⁶

O vulnerável jurídico é o consumidor que tem carência no conhecimento jurídico específico, estendendo-se também para o conhecimento contábil e o econômico. Já na vulnerabilidade fática ou socioeconômica, o fornecedor impõe sua superioridade em face do consumidor que, muitas vezes, é hipossuficiente, já que possui grande poder econômico em razão de sua posição de monopólio, fático ou jurídico. A vulnerabilidade informacional, que é o diferencial para a escolha da doutrina utilizada, é o maior fator de desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, porque este último é o único verdadeiramente detentor da informação.⁷⁷

A vulnerabilidade se distingue da hipossuficiência, sendo esta espécie da primeira. Etimologicamente, a pessoa hipossuficiente é aquela que “é economicamente fraca, que não é autossuficiente”⁷⁸, ou seja a vulnerabilidade fática. Combinado com o objetivo do CDC, entende-se que a vulnerabilidade é concedida a todos os consumidores, e a análise da hipossuficiência deve ser feita pelo juiz, quando o consumidor apresentar traços de inferioridade cultural, técnica ou financeira.⁷⁹

O princípio da boa-fé, da equidade e do equilíbrio (art. 4º, III, CDC) é uma cláusula geral, assim como a vulnerabilidade, sendo um dos pilares fundamentais das relações de consumo. Ele “aponta a harmonização dos interesses dos partícipes das relações de consumo, que, como vimos acima, tem fundamento nos princípios maiores da isonomia e solidariedade”.⁸⁰

⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª edição. São Paulo: E. RT, 2011, p. 323.

⁷⁶ NISHIYAMA, A. M.; DENSA, R. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor* [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volumes I, II e V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 435.

⁷⁷ Loc. cit.

⁷⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 899. In: loc. cit.

⁷⁹ DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. Vol. 21, p.22. In: Ibidem, p. 436.

⁸⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 129.

Logo, ainda que as partes não determinem em seus contratos a boa-fé, esta cláusula geral deve ser observada pela obrigatoriedade da norma, e em respeito ao princípio da equidade. Isto é, este princípio é limitador do direito subjetivo das partes no âmbito da liberdade contratual.

O conceito de fornecedor⁸¹ é de suma importância para este estudo, já que compõe o outro lado da relação jurídica abordada. Este é gênero para várias espécies, consistindo em qualquer sujeito de direito que exerça atividade de fornecimento de produtos e serviços, no mercado de consumo, habitual ou profissionalmente⁸², ou seja, não importa se o fornecedor tem objetivo de lucro, e sim que a atividade realizada seja remunerada, profissionalmente, pela produção, distribuição de produtos e serviços. Logo, pouco importa para o conceito de fornecedor se o indivíduo é empresário ou não, aquele constante no artigo 996 do CC⁸³.

Assim como há o consumidor equiparado, que é aquele encontrado nos artigos 2º, p.ú., 17 e 29 do CDC⁸⁴, existe também o fornecedor por equiparação, que consiste naquelas situações nas quais o ofensor não se adequa a configuração de nenhum dos dois polos da relação de consumo, vide a definição acima, mas ainda assim, em decorrência da proteção da vulnerabilidade, devem-se aplicar as normas do CDC junto a outras por intermédio do “diálogo das fontes”.

3.4 Os direitos do consumidor, a responsabilidade civil e o dano moral no CDC

⁸¹ Brasil. CDC. Art. 3º. “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço”.

⁸² LISBOA, Roberto Senise. A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 12. In: BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor Equiparado. In: *Ibidem*, p.1022

⁸³ Brasil. Código Civil. Art. 996, caput: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”; parágrafo único: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa”.

⁸⁴ Brasil. CDC. Art. 2º, parágrafo único: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoa, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”; art. 17: “Para efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento (fato do produto e do serviço)”; art. 29: “Para fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Cabe analisar agora os direitos básicos do consumidor, encontrados no art. 6º⁸⁵. Esses 10 incisos foram apontados pela primeira vez na Resolução 39.248 de 10 de abril de 1985 da Organização das Nações Unidas (ONU). Destes, são úteis para este estudo o direito à liberdade de escolha, à igualdade nas contratações, à proibição de práticas abusivas, à prevenção e reparação de danos materiais e morais, ao acesso à Justiça e à inversão do ônus da prova.

Respectivamente, a liberdade de escolha garantida ao consumidor está relacionada diretamente com o princípio da liberdade (arts. 1º, III, 3º, I, 5º, caput, etc., da CRFB), e indiretamente com o princípio da vulnerabilidade.

A igualdade nas contratações é a garantia do princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF), ficando estabelecido que o fornecedor não pode diferenciar os consumidores entre si, é obrigado a oferecer as mesmas condições a todos os consumidores, e só admitindo certos privilégios aos consumidores que necessitam de proteção especial por serem hipervulneráveis, exatamente em respeito à aplicação concreta do princípio supracitado.

O direito à proibição de práticas abusivas vem da constatação feita de que o titular de um direito subjetivo pode dele abusar no seu exercício e gerar práticas abusivas, o que acaba por violar o direito de outrem⁸⁶. Logo, esta proibição é absoluta, e o rol encontrado no CDC é apenas exemplificativo (está incluída aqui a nulidade das cláusulas abusivas).

⁸⁵ Brasil. CDC. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I — a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II — a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III — a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV — a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V — a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI — a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII — o acesso aos órgãos judiciais e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII — a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência; IX — (Vetado.) X — a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

⁸⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 142. A doutrina do abuso do direito por Rizzato Nunes: “Preliminarmente, diga-se, a expressão é abuso “do” direito e não abuso “de” direito, porquanto se abusa de certo direito que se tem. O uso do “do” como contração da preposição “de” e do artigo “o” é designativo do direito do qual se abusa. Muito atacada, aos poucos a teoria do abuso do direito foi-se firmando, sendo hoje aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Anteriormente dizia-se que a expressão “abuso do direito” era logomáquica, isto é, continha palavreado inútil, pois, se se tem direito, não se tem abuso. Este seria já o não direito, o antidireito ou o ato ilícito. Logo, abuso não seria direito, e, em contrapartida, quem tem direito exerce-o, e não pode estar abusando ao exercê-lo. Acontece que a prática real do exercício dos vários direitos subjetivos acabou por demonstrar que, em alguns casos, não havia ato ilícito, mas era o próprio exercício do direito em si que se caracterizava como

Uma das práticas abusivas elencadas no CDC, que a que possui maior relevância para este estudo, é a que se encontra no artigo 39, inciso II: “o fornecedor não pode recusar-se a atender à demanda do consumidor, desde que tenha, de fato, em estoque os produtos ou esteja habilitado a prestar o serviço. É irrelevante a razão alegada pelo fornecedor”.⁸⁷

A prevenção e reparação de danos materiais e morais está vinculada a garantia constitucional da indenização por danos morais e materiais já explicada. A proteção dos direitos da personalidade ocorre a partir deste inciso, já que estes também são direitos do consumidor.

O direito à honra é o mais importante direito da personalidade para este trabalho, já que é um valor social, variável, e por isso, nem sempre verificável. No CDC, ele aparece exemplificado no arts. 42 e 71, que significa, segundo Silma M. Berti, “qualquer ato que expuser ao ridículo o consumidor, que lhe causar constrangimento, (...) O reconhecimento deste direito rende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa, expressão de direito da personalidade, com sede na classe do direito da subjetividade”.⁸⁸ Logo, esta proteção é necessária até mesmo para o fornecedor, já que quando o consumidor é respeitado, propaga esta qualidade em seu círculo social.

Retomando o que diz o Código sobre reparação, é vedada qualquer tentativa de tarifamento, já que a reparação do dano material deve ser integral e a do dano moral depende da sua dosimetria apresentada, cabendo sempre análise do caso concreto. A prevenção ocorre justamente na possibilidade no direito de ir a juízo demandar medidas cautelares e liminares a fim de evitar os danos⁸⁹. Obviamente, esta prevenção não é apenas ao direito individual do

abusivo. A teoria do abuso do direito, então, ganhou força e passou a preponderar. Pode-se definir o abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular. Na realidade, a doutrina do abuso do direito tem sido muito importante, como se disse, especialmente pela influência que exerceu e exerce sobre os legisladores. Muitas normas jurídicas acabaram por incorporar em seus diplomas legais as práticas abusivas, para proibi-las. (...) o próprio Código Civil brasileiro de 1916 já admitia de forma indireta a possibilidade da existência do abuso do direito. Isto porque, no art. 160, I, havia o reconhecimento de que o exercício regular de um direito não constitui ato ilícito. O Código Civil de 2002, em seu art. 187, trouxe expressamente a proibição ao abuso de direito, dispondo que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Antes do novo Código Civil, o CDC proibiu explicitamente o abuso do direito, ao nulificar as cláusulas contratuais abusivas, tornando-as ilícitas. A legislação brasileira, adotando a doutrina do abuso do direito, acabou por regular uma série de ações e condutas que outrora eram tidas como meras práticas abusivas, tornando-as ilícitas”.

⁸⁷ BENJAMIM, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 256.

⁸⁸ “O Código de Defesa do Consumidor e a proteção dos direitos da personalidade”. Revista de Direito do Consumidor 23-24/161, jul-dez, 1997.

⁸⁹ Brasil. CDC. Arts. 83 e 84.

consumidor, mas também ao direito coletivo, difuso e individual homogêneo⁹⁰, ocorrendo através da prevenção e reparação do dano moral coletivo.

O dano moral coletivo está previsto no *caput* do art. 1º da lei 7347/85, com a nova redação decorrente da lei 8884/94, e art. 6º, VI e VII, da lei 8078/90. Este não se confunde com ação civil pública decorrente de direito individual homogêneo. Diferentemente do dano moral individual, não tem a ver com dor psíquica ou afetação da integridade psicofísica, e sim com o interesse social da temática. E por isso, se aceita a função punitiva para esta situação.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes,

é de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação do dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.⁹¹

Para que essa finalidade de prevenção e garantia desses direitos seja alcançada, o sistema consumerista garante o acesso à justiça, de forma ampla, o que implica em abonos e isenções de taxas e custas, nomeação de procuradores para defendê-los, atendimento preferencial, e outros.

O último direito elencado relevante para este estudo é a inversão do ônus da prova⁹², que está vinculado ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, bem como sua hipossuficiência, e a responsabilidade sempre objetiva do fornecedor.

Esta inversão acontece “por decisão do juiz diante de alternativas postas pela norma: ele inverterá o ônus se for verossímil a alegação ou se for hipossuficiente o consumidor”⁹³, não sendo automática (exceto no caso apresentado pelo artigo 38 do CDC), e devendo o magistrado se manifestar expressamente acerca da (não) concessão da inversão.

A responsabilidade civil no CDC é objetiva, independentemente se há ou não contrato firmado entre as partes, sempre que ocorrer dano material ou moral pelo fato ou pelo vício do produto ou serviço.

⁹⁰ Brasil. CDC. Art. 81, parágrafo único: “A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II — interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III — interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”

⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.263

⁹² Aplica-se complementarmente os artigos 332 a 443 do CPC.

⁹³ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Op. cit. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 149.

A responsabilidade civil gerada pelo fato do produto ou serviço (Capítulo IV, Seção II) consiste no fato de pôr para consumo produto ou serviço que apresente algum “defeito”, e este faz gerar a obrigação de restabelecer o consumidor em seus direitos, “independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores”.⁹⁴

O vício do produto ou do serviço (arts. 18 a 25, CDC) ocorrem ainda que os vícios não sejam ocultos, quando houver ou não uma relação contratual, bastando que ocorra o dano para gerar a responsabilidade civil, diferentemente do que ocorre nos vícios redibitórios do Código Civil.

Há certos profissionais que precisam de certa atenção quanto à análise da responsabilidade civil, e que serão úteis para este trabalho monográfico: o Estado, o profissional liberal e, mais especificadamente, o advogado.

O Estado como fornecedor se difere do Estado-regulador, pois não tem o poder de autoridade e está prestando um serviço público, não tendo abrangência pelo CDC os serviços *uti universi*, apenas o *uti singuli*. O Estado-regulador não pode ser onerado solidária ou subsidiariamente junto aos fornecedores de bens ou serviços, já que não recebe remuneração direta por eles. O Estado-fornecedor deve ser responsabilizado pra além do caráter civil, na política, não sendo ele apenas um pagador de indenizações, mas um instrumento de prevenção de danos e riscos, para não ocorrer esquemas corporativistas que acabariam por corromper a administração pública.

A responsabilidade civil do profissional liberal, aquele que exerce atividade de natureza técnica ou intelectual de forma solitária, no CDC ocorre quando o consumidor prova a existência do fato ou defeito do produto, a existência do dano emergente ou eminente, e a existência do nexo causal entre o defeito e o evento danoso.

Há a questão da responsabilidade gerada pela obrigação de meio e, ao senso contrário, a de resultado: a obrigação de meio ocorre quando se exige do prestador apenas o emprego de determinado meio, sem olhar o resultado, e aplica-se a ela a exceção à responsabilização desta obrigação, conforme o artigo 14, §4º. Isso não impede que a obrigação de meio acabe por ser descumprida e gere uma responsabilidade. Em casos em que este profissional faça parte de uma pessoa jurídica ou preste serviços a esta, a responsabilidade será daquela e objetiva. E será ainda solidária para o profissional liberal empregado e seu empregador (art. 13, caput e p. ú., CDC).

⁹⁴ Brasil. CDC. Art. 12.

O advogado, apesar de ser um profissional liberal e ter por características o que já foi dito, tem especificidades, devido ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Sua culpa é presumida quando há defeito do serviço, e é excepcionada em casos em que não houve o defeito no serviço, em que o dano foi causado pelo consumidor e de dano pré-excluído, devendo existir prova em contrário produzida pelo próprio advogado.

Cabe esclarecer que o CDC (art. 7º) não exclui os direitos que advém de tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, bem como de outros direitos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Logo, a parte ofendida na relação de consumo pode alegar estes direitos para ter sua integridade psicofísica resguardada e reparada devido a algum dano.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica que não atende plenamente às demandas da minoria LGBT, tendo em vista a especificidade da matéria, mas que se aplica no que couber, havendo, portanto, a necessidade de uma maior proteção aos vulneráveis em questão, por meio do anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual⁹⁵.

Cumpre aqui dissertar brevemente sobre o diálogo das fontes. Esta é uma expressão criada por Erik Jayme e consiste na aplicação de forma simultânea, coerente e coordenada de várias leis que possuem campos de aplicação que se convergem, mas não são iguais. É diferente de conflito de fontes, pois neste método uma lei prevalece sobre a outra, sendo esta retirada do sistema.

Em relação ao CDC, o diálogo com o Código Civil se dá de forma a uma servir de base conceitual para a outra, dependendo do caso concreto, uma lei pode complementar a aplicação da outra, e uma lei pode influenciar a outra. Em relação ao seu diálogo com as leis especiais, a única alteração se dá com a troca da influência da fonte pelo diálogo de adaptação de uma lei com a outra.

Este método não é determinado pelo legislador, e sim pelo aplicador da lei, pelo jurista, uma vez que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo STF no julgamento da ADIn 2.591.

⁹⁵ V. nota 98.

4 DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Sabendo que o novo prisma em relação ao dano moral é a garantia e preservação dos valores jurídicos próprios do ser humano, e que a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar que rege o Estado Democrático de Direito brasileiro, não se admite forma alguma de discriminação, entre elas o tipo estudado: a discriminação por orientação sexual.

O direito à sexualidade, à liberdade sexual é um direito fundamental, e o direito de não ser discriminado pela orientação que possui é fundado nos princípios da igualdade, da não-discriminação e da integridade moral, consistindo no direito de não ter tratamento desigual e injusto com objetivo de ser prejudicado.

Diariamente, sabe-se de casos em que pessoas homossexuais ao manter uma relação de consumo, em academias, clubes, boates e outros estabelecimentos comerciais que estão inseridos no cotidiano da sociedade contemporânea, acabam impedidas pelos fornecedores e seus equiparados devido à sua orientação sexual.

Apesar do direito constitucional federal trazer o princípio da igualdade, e as de existirem convenções e tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico, sabe-se que não há lei ordinária federal expressa que regule a indenização no caso de dano moral em razão da discriminação por orientação sexual, e por isso o instituto da responsabilidade civil deve ser interpretado extensivamente, uma vez que os pressupostos colocados anteriormente estejam presentes, já que há previsão constitucional da reparação por danos morais para casos de lesão à moralidade, à honra, à dignidade humana, e não se deve permitir que o preconceito de um venha a restringir os direitos de outrem e acabe por reafirmar estigmas sociais.

Contudo, há leis estaduais e municipais específicas, e também artigos inseridos nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas que proíbem a discriminação por orientação sexual em âmbito geral e especificamente em estabelecimentos comerciais, resvalando nas relações de consumo e na geração de políticas públicas para este tema, sendo relevante sua análise.

4.1 Levantamento da legislação nos estados e municípios da federação brasileira relacionadas à vedação de discriminação por orientação sexual

Até setembro de 2013, os municípios com leis orgânicas que vedam a discriminação por orientação sexual eram 77 em um total de 5564 municípios⁹⁶ em todo o Brasil. São eles: AP: Macapá, Art. 7º; BA: América Dourada, Art. 8º, Araci, Art. 10º, Caravelas, Art. 8º, Conceição da Feira, Art. 6º, Cordeiros, Art. 8º, Cruz das Almas, Art. 236º, Igaporã, Art. 200º, Itapicuru, Art. 1º, Rio do Antônio, Art. 10º, Rodelas, Art. 10º, Salvador, Art. 1º, São José da Vitória, Art. 140º, Sátiro Dias, Art. 4º, Wagner, Art. 10º; CE: Barro, Art. 8º, Farias de Brito, Art. 8º, Fortaleza, Art. 10, Granjeiro, Art. 188º, Novo Oriente, Art. 213º; DF: Brasília, Art. 2º; ES: Guarapari, Art. 2º, Mantenópolis, Art. 10º, Santa Leopoldina, Art. 7º; GO: Alvorada do Norte, Art. 2º; MA: São Raimundo das Mangabeiras, Art. 8º; MT: Cuiabá, Art. 132, Pedra Preta, Art. 10º; MG: Cataguases, Art. 8º, Elói Mendes, Art. 207º, Indianópolis, Art. 6º, Itabirinha de Mantena, Art. 3º, Maravilhas, Art. 6º, Ouro Fino, Art. 8º, São João Nepomuceno, Art. 225º, Visconde do Rio Branco, Art. 9º; PB: Aguiar, Art. 8º; PR: Atalaia, Art. 7º, Cruzeiro do Oeste, Art. 8º, Ivaiporã, Art. 6º, Laranjeiras do Sul, Art. 2º, Miraselva, Art. 8º; PE: Bom Conselho, Art. 161º, Olinda, Art. 7º, §1º; PI: Pio IX, Art. 8º Teresina, Art. 9º; RJ: Arraial do Cabo, Art. 9º, Barra Mansa, Art. 9º, Cachoeiras de Macacu, Art. 8º, Cordeiro, Art. 7º, Italva, Art. 3º, Itaocara, Art. 13º, Itatiaia, Art. 8º, Laje do Muriaé, Art. 3º, Niterói, Art. 3º, Paty do Alferes, Art. 14º, Rio de Janeiro, Art. 5º, São Gonçalo, Art. 3º, São Sebastião do Alto, Art. 8º, Silva Jardim, Art. 5º, Três Rios, Art. 7º; RN: Grossos, Art. 136º, São Tomé, Art. 9º; RS: Porto Alegre, Art. 150, Sapucaia do Sul, Art. 153º; SC: Abelardo Luz, Art. 106º, Brusque, Art. 5º; SP: Cabreúva, Art. 5º, São Bernardo do Campo, Art. 10º, São Paulo, Art. 2º; SE: Amparo de São Francisco, Art. 12º, Canhoba, Art. 12º, Itabaianinha, Art. 153º, Monto Alegre de Sergipe, Art. 3º, Poço Redondo, Art. 11º Riachuelo, Art. 16º; TO: Peixe, Art. 7º, Porto Alegre do Tocantins, Art. 8º.

Para além desses artigos encontrados nas leis orgânicas dos Municípios brasileiros, existem 20 leis ou projetos de lei municipais que penalizam estabelecimentos comerciais caso pratiquem atos discriminatórios contra o público LGBT. Os municípios são Salvador/BA, Natal/RN, Campinas/SP, Juiz de Fora/MG, Belo Horizonte/MG, Fortaleza/CE, Londrina/PR,

⁹⁶ Brasil. Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/municipios-brasileiros>>. Acesso em: 27.11.2013

Porto Alegre/RS, São Paulo/SP, Maceió/AL, Novo Hamburgo/RS, Colatina/ES, Recife/PE, São João Del Rei/MG, Blumenau/SC, Rio de Janeiro/RJ, Contagem/MG e Alfenas/MG.

Em âmbito estadual, existem 10 leis ou projetos de lei similares àqueles dos municípios nos estados da Bahia, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Minas Gerais, São Paulo, Mato Grosso do Sul, Piauí, Pará, Paraíba, Maranhão. Há também estados que incluíram artigos ou emendaram suas Constituições a fim de garantir a não-discriminação por orientação sexual: Pará, Alagoas, Mato Grosso e Sergipe. Havia uma lei estadual no Rio de Janeiro no mesmo sentido, porém foi alvo de uma ação direta de constitucionalidade em 2012, perdendo a eficácia. Contudo, já existe um novo projeto de lei tramitando na Assembléia Legislativa.

Em âmbito federal, tem-se dois projetos de lei em prol do combate a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia: o PL 122/2006, que busca alterar o Código Penal; e o Estatuto da Diversidade Sexual, que por iniciativa popular visa instituí-lo e alterar algumas leis.

Ambos os projetos de lei visam garantir o direito ao consumo ao público LGBT, quando trazem em seu texto artigos que criminalizam o ato de impedir o acesso aos estabelecimentos comerciais⁹⁷, e um capítulo exclusivo para este tema⁹⁸.

Conclui-se preliminarmente que há um trabalho legislativo sério em busca da proteção dos interesses da minoria LGBT, porém insuficiente, já que ainda não há nenhuma lei com esta finalidade que atinja todo o território nacional, dependendo de leis municipais e estaduais que não possuem autorização constitucional para legislar sobre matéria penal e de consumo, cabendo a elas apenas aplicar sanções administrativas aos fornecedores.

⁹⁷ Brasil. Projeto de Lei 122/2006. Art. 8º, caput: “Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares ou locais semelhantes abertos ao público”; parágrafo único: “Incide nas mesmas penas aquele que impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público de pessoas com características previstas no art. 1º desta Lei, sendo estas expressões e manifestações permitidas às demais pessoas”.

⁹⁸ Brasil. Anteprojeto “Estatuto da Diversidade Sexual”. “XV - DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: Art. 95 - Todo o consumidor tem direito a tratamento adequado, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero; Art. 96 - Configura prática discriminatória negar o fornecimento de bens ou prestação de serviços ao consumidor em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero; Art. 97 - Nenhum consumidor pode receber tratamento diferenciado em detrimento de outro por serem homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgênero e intersexuais; Art. 98 - Nenhum estabelecimento público ou aberto ao público pode impedir acesso ou estabelecer restrições em face da orientação sexual ou identidade de gênero. Art. 99 - Os serviços públicos e privados devem capacitar seus funcionários para melhoria de atenção e acolhimento das pessoas, evitando qualquer manifestação de preconceito e discriminação sexual e identidade de gênero”.

4.2 Análise jurisprudencial do dano moral nas demandas relacionadas à discriminação por orientação sexual nas relações de consumo

É inadmissível que a tutela jurisdicional seja negada àquela pessoa que se sentiu lesada em sua dignidade buscando ser resarcida por não haver lei. Segundo Belmiro Welter, “(...) o fato de não haver disposição expressa em lei não impede o reconhecimento do dano moral, porque a Justiça não pode aguardar a boa vontade do legislador, cabendo à doutrina e a jurisprudência acompanharem as transformações sociais (...).”⁹⁹”

Ainda conforme Maria Berenice Dias,

Em verdade, [os homossexuais] configuram categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito, sob pena de o Direito falhar como Ciência e, o que é pior, como Justiça. Entre o preconceito e a justiça, deve o Estado ficar com a Justiça e, para tanto, mister que albergue no direito legislado novos conceitos, derrotando velhos preconceitos. Está na hora de o Estado – que se quer democrático e consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana – deixar de sonegar juridicidade aos cidadãos que tem direito individual à liberdade, direito social à proteção positiva do Estado e, sobretudo, direito humano à felicidade¹⁰⁰.

O acesso à Justiça é duplamente importante para este grupo, primeiramente porque como consumidores são vulneráveis, e tendo em vista que, muitas das vezes, devido à “cultura de ódio”¹⁰¹, os indivíduos homoafetivos se tornam invisíveis, diferenciando as condições de acesso devido à orientação sexual.

Logo, é necessário que se garanta o acesso à Justiça e as motivações das decisões judiciais, e logo, o processo justo, uma vez que é real a possibilidade de julgados com nexos causais ilógicos e incoerentes entre a homossexualidade e o dano obtido. Isto muito se relaciona com o conceito empregado por Anderson Schreiber (subcapítulo 3.2), pois a “cultura do ódio” pode acabar por influenciar os julgadores, fazendo com que infrinjam o princípio da igualdade.

⁹⁹ WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de família: questões contravertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 19. In: DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.344.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 104. In: Ibidem, p. 345.

¹⁰¹ “Trata-se da hate violence, categoria utilizada no direito norte-americano para designar discursos e atitudes tendentes a intimidar ou agredir um indivíduo em virtude de raça, religião, origem nacional ou preferência sexual”. RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p.146.

Baseado nessa necessidade a ser tutelada pelo Estado desse grupo minoritário, a pesquisa nos sistemas de busca dos sites dos TJ's mostrou 11 acórdãos em 6 estados brasileiros, relacionados com a temática, que serão apresentados e analisados neste capítulo, com base na doutrina acumulada neste estudo.

4.2.1 Ceará

Ementa: “INDENIZAÇÃO. FESTA PROMOVIDA PELA MUNICIPALIDADE. ATO DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADO POR UM DOS SEGURANÇAS DO EVENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO. CONDENAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO. 1. Não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença proferida contra o Município que o condene a pagar valor não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, exegese do § 2º do art. 475 do CPC. Não conhecimento da remessa oficial. 2. Ao deixar de comprovar que a sua participação na festa se limitou a prestar simples apoio cultural, conforme anunciado no panfleto promocional distribuído à população, e, em existindo elementos nos autos atestando que a festa foi anunciada como um evento promovido pelo Município, devida é a responsabilidade solidária do recorrente. 3. Presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, correta é a condenação da Fazenda Pública Municipal no pagamento de danos morais arbitrados em quantia equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos, montante que não se mostra excessivo. 4. Recurso de apelação conhecido, mas não provido”.¹⁰²

Este acórdão é fruto da apelação cível movida pelo Município de São Luís do Curu em face de Cláudio Roberto Pinto de Sousa para reformar a sentença que julgou procedente a Ação Indenizatória por Danos Morais e Materiais demandada pelo recorrido. Cuida-se primeiro em caracterizar a relação de consumo neste caso concreto: o apelante foi co-responsável por um evento na cidade, e neste evento foi cobrado um valor de entrada, pago pelo apelado para usufruir do mesmo. Contudo, foi impedido de estar no ambiente interno da

¹⁰² Apelação / Reexame Necessário 8391200580601651; Relator(a): EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/09/2009; Data de registro: 18/09/2009. Tribunal de Justiça do Ceará. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/principal/default.asp>. Acesso em: 01.07.2013

festa por um segurança de forma discriminatória por estar usando roupas femininas, e não masculinas conforme seu sexo, tendo sido retirado à força.

A motivação da concessão do dano moral decorre da responsabilização civil do município, integrante da administração pública, pela organização, promoção e divulgação do evento, uma vez que o autor comprovou o nexo causal da realização do evento pelo réu e o réu não comprovou com se deu o “apoio cultural” ao evento, sendo seu o ônus da prova, porque a relação de consumo foi caracterizada, sendo a sua responsabilidade objetiva e os requisitos para a inversão do ônus da prova cumpridos pelo autor.

Com isso, o magistrado entendeu que caberia ao município cuidar da integridade dos seus cidadãos. Ele aplicou todos os requisitos de dosimetria do dano moral elencados pela doutrina, bem como as características da responsabilidade civil, e implicitamente, os princípios da igualdade e da não-discriminação. Ele ainda se valeu em sua motivação de jurisprudência do STJ acerca do *quantum debeatur* do dano moral, e, por fim, negou provimento do recurso do Município mantendo a condenação do mesmo sem reduzir o valor do dano moral.

4.2.2 Mato Grosso

Ementa: “DANOS MORAIS - DISCRIMINAÇÃO SEXUAL - CONDUTA ILEGAL - DEMONSTRAÇÃO DO DANO - VALOR PROPORCIONAL E RAZOÁVEL - FIXAÇÃO INFERIOR AO PEDIDO INICIAL - INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - APELO IMPROVIDO. A ilegalidade do ato restou demonstrado posto que a conduta da apelante foi discriminatória em razão da opção sexual dos apelados, vedada pelo art. 5º incs. V e X da CF. Restou demonstrado ainda a ocorrência de dano, vez que haviam outras pessoas no local e o fato teve repercussão na mídia local. E, por fim, também ficou patente o nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado, sendo, portanto, devida a indenização por danos morais. O quantum fixado na sentença singular respeitou os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não devendo ser modificado. Sendo meramente estimativo

o valor da indenização pedido na inicial, não ocorre sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é inferior àquele montante”¹⁰³.

Este recurso foi interposto pela Boate Consulado Café em face de Elias dos Santos e outro(s), autor na demanda em 1º grau, em que o autor alegou que foi impedido de entrar na casa de eventos por um dos seus prepostos por ser homossexual. O estabelecimento comercial em seu recurso alegou que o que de fato ocorreu foi o impedimento devido às vestimentas femininas do apelado, sendo essas regras da casa notórias, e não por causa de sua orientação sexual.

Contudo, este argumento não prosperou. A relação de consumo está caracterizada, devido à condição de vulnerabilidade do apelado apresentada. Conforme foi exposto nesse trabalho, a Constituição garante que não haja discriminação para com o consumidor: ele tem o direito de usufruir dos serviços que são postos à sociedade, independente da sua orientação sexual.

O magistrado, com base nas provas orais, configurou a discriminação por orientação sexual, e que em virtude da inversão do ônus da prova, o apelante não demonstrou como são tirados os critérios utilizados para definir a adequação ou não da vestimenta para se entrar no local, logo, não conseguiu comprovar a justificativa de ter escolhido os autores da ação e não outrem.

A fixação do valor do dano moral foi tirada com base na extensão do dano, verificando que houve dano à honra subjetiva dos apelados, honra esta que é um direito da personalidade também protegido pela Constituição, e levando em conta os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, respeitando os critérios de fixação da indenização moral orientados pelo STJ. O recurso foi improvido e a sentença de 1º grau mantida.

4.2.3 Mato Grosso do Sul

¹⁰³ Apelação Cível / Processo: 0026480-62.2005.8.11.0000 - 26480 / 2005; Relator(a): JOSE CARLOS DE OLIVEIRA CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA; Órgão Julgador QUINTA CÂMARA CÍVEL; Data do julgamento: 19/07/2005; Data de registro: 08/08/2005. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/>. Acesso em: 01.07.2013

Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – INDIVÍDUO IMPEDIDO DE ENTRAR EM CASA NOTURNA POR SER HOMOSSEXUAL – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA – NÃO CABIMENTO – VALOR ADEQUADO AO CASO – RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO. Ao reexaminar o processo constata-se que são frágeis as provas que sugerem a discriminação pela opção sexual do autor e, muito embora, não tenha sido devolvida a matéria quanto ao cabimento da indenização, aproveita-se as circunstâncias para se decidir sobre o pedido de majoração”.¹⁰⁴

Este recurso muito se assemelha ao anterior, porém se diferencia quanto à causa e a partes. Foi visto anteriormente o apelante-réu pleiteando a reforma da sentença a fim de que sua condenação fosse extinta. Já neste recurso, a apelante é o autor, pleiteando a majoração do *quantum debeatur* da indenização do dano moral sofrido por ter sido impedida de entrar no Clube Querência Gaúcha.

O relator alegou em suas motivações, que foi seguido por unanimidade, que os indícios (provas) não eram fortes para caracterizar o ato ilícito, mas como este não era o mérito do recurso, foi apreciada apenas a questão da majoração, com base no princípio da razoabilidade e nas circunstâncias dos autos.

Como nas outras análises, resta configurada a relação de consumo, ainda que o magistrado não a considere. Neste caso, foram levados em conta os princípios da dignidade da pessoa humana e seus sub-princípios. O relator considerou necessária a prova cabal que caracterize a discriminação por orientação sexual, não sendo úteis meros testemunhos. O que deve se questionar é que o conceito de prova cabal é demasiadamente subjetivo. Apoiado nisso, não deu provimento ao recurso, mantendo o valor do dano moral definido em 1ª instância.

4.2.4 Rio de Janeiro

¹⁰⁴ Apelação Cível / Processo: 0012324-75.2001.8.12.0002; Relator(a): Sérgio Fernandes Martins; Órgão Julgador: 1ª Turma Cível; Data do julgamento: 12/02/2008; Data de registro: 21/02/2008. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/> Acesso em: 01.07.2013

Ementa: “AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. OFENSA À HONRA SUBJETIVA. AUTOR QUE É EXPULSO DE CASA DE SHOWS E OFENDIDO POR SEGURANÇAS. ALEGAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO SEXUAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). IRRESIGNAÇÃO DA RÉ COM VISTAS À REFORMA DO JULGADO OU REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO QUE PERTINE AO EXAME DAS PROVAS. JUIZ TEM LIBERDADE PARA VALORAR AS PROVAS PRODUZIDAS. ARTS. 130 E 131 DO CPC. NARRATIVA DA TESTEMUNHA É COERENTE COM A DINÂMICA TRAZIDA NA INICIAL, REVELANDO QUE O PREPOSTO DO RÉU OFENDEU O AUTOR AO PROFERIR CONTRA ELE PALAVRAS ULTRAJANTES E, ALEM DISSO, DISCRIMINATÓRIAS, AFIGURANDO-SE REPROVÁVEL A SUA CONDUTA, QUER PELO FATO DO AUTOR SER HOMOSSEXUAL, QUER PELO ATO DE EXPULSÃO DO LOCAL, CONTRA A SUA VONTADE. OBRIGAÇÃO DE REPARAR. QUANTO À EXTENSÃO DO DANO MORAL, DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO SUB JUDICE E OS PRECEDENTES DESTA CORTE EM CASOS SEMELHANTES, EVIDENCIA-SE QUE O VALOR FIXADO É EXACERBADO, MORMENTE SE COMPARADO COM PRECEDENTES EM QUE A AGRESSÃO EXCEDEU AS OFENSAS VERBAIS, SENDO IMPINGIDAS À VÍTIMA LESÕES FÍSICAS. MERECE, PORTANTO, REPARO O DECISUM NESSE PONTO. POR ESSA RAZÃO FIXO O VALOR EM R\$ 15.000,00, QUANTIA QUE SE APRESENTA ADEQUADA E SUFICIENTE PARA A REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL SOFRIDO, REFLETE MELHOR OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO”.¹⁰⁵

Este recurso tem a ver com o caso concreto de mais uma expulsão de casa de show devido à orientação sexual do ofendido, consequência de ação de indenização por danos morais proposta por Luís Cláudio Rocha Pinheiro Júnior em face da Lanchonete Stop da Dutra Ltda.

¹⁰⁵ Apelação Cível / Processo: 0050710-95.2006.8.19.0038; Relator(a): ANDRE RIBEIRO; Órgão Julgador: SETIMA CAMARA CIVEL Data do julgamento: 13/07/2011. Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/> Acesso em: 01.07.2013.

A recorrente foi a casa noturna, buscando a reforma do julgado com a tese de ausência de inocorrência dos fatos e de comprovação dos danos, questionando o fato de que o julgamento fora lastreado apenas em uma única prova. No entanto, este argumento foi rechaçado pelo relator com base no princípio do livre convencimento do juiz já explicado, considerando o magistrado a única testemunha do processo suficiente para caracterizar o nexo causal da lide, e aplicar a doutrina do dano moral no caso. Nesta situação, também não foi considerada a relação de consumo e os direitos do consumidor.

Os fatos foram reafirmados, ou seja, não houve reforma da sentença quanto à condenação, mas o quantum indenizatório foi reduzido, com base na análise do relator dos requisitos da dosimetria do dano moral (a reforma do julgado, sustentando a tese de ausência de inocorrência dos fatos e de comprovação dos danos, questionando o fato de que o julgamento fora lastreado apenas em uma única prova), sendo então o recurso provido parcialmente, baseado em circunstâncias fáticas do caso sub judice e os precedentes desta corte em casos semelhantes¹⁰⁶, e a fim de atender melhor aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

¹⁰⁶ DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 18/09/2007 - NONA CAMARA CIVEL. OFENSA A HONRA, HOMOSSEXUALISMO, ILICITO PRATICADO POR PREPOSTO, RESPONSABILIDADE CIVIL DE CLUBE, DANO MORAL, REDUCAO DO VALOR. Dano moral. Ofensa à honra subjetiva. Homossexual. O preposto do réu ofendeu o autor ao proferir contra ele palavras ultrajantes e, além disso, discriminatórias, pelo fato do autor ser homossexual. Afigura-se reprovável a conduta do preposto do réu, o que se agrava uma vez que no dia 7 dos fatos o clube promovia evento destinado à comunidade gay. Os depoimentos das testemunhas presentes no local apontam, claramente, que houve excesso por parte do segurança do clube ao xingar o autor, conduta esta desnecessária e que nada tem a ver com o dever jurídico de zelar pela integridade física dos frequentadores do clube. Houve a violação da honra subjetiva do autor, ferindo a norma do artigo 5., X, da CRFB/88 e gerando, como corolário, a obrigação de reparar, "ipso facto". Recai a responsabilização civil sobre o réu com fulcro no art. 932, II, c/c 933, ambos do Código Civil, porquanto é seu dever ter maior zelo ao escolher seus empregados. O valor arbitrado a título de danos morais é exacerbado, merecendo reparo o "decisum" nesse ponto, devendo-se minorar o "quantum" indenizatório, razão pela qual fixo o valor de R\$ 3.000,00, quantia que se apresenta adequada e suficiente para a reparação do dano extrapatrimonial sofrido. Provimento parcial do recurso. Ementário: 04/2008 - N. 10 - 31/01/2008 INTEIRO TEOR Íntegra do Acórdão- Data de Julgamento: 18/09/2007 0029880-12.2008.8.19.0209 – APELACAO.

DES. ISMENIO PEREIRA DE CASTRO - Julgamento: 03/02/2010 - DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. AGRESSÕES SOFRIDAS EM BOATE. DANO MORAL. REDUÇÃO DO QUANTUM. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. Ação indenizatória aforada com a finalidade de recebimento de indenização por danos morais e estéticos decorrentes de agressões sofridas em boate. Inocorrência de danos estéticos, ante a ausência de qualquer marca ou cicatriz deixada na vítima capaz de causar um sentimento de repulsa aquele que a vê. Dano moral. Ocorrência. Agressões sofridas pelo autor que certamente foram capazes de aviltar os direitos da sua personalidade. Valor da indenização fixado no primeiro grau de jurisdição que reclama redução. Quantum indenizatório que deve ser fixado de forma proporcional ao dano sofrido. Hipótese em que, mesmo depois de ser agredido, o autor retornou por diversas vezes à boate onde os fatos ocorreram, a evidenciar que estes não foram aviltantes o suficiente a ensejar tão vultosa indenização. Quantum indenizatório que deve ser reduzido ao patamar de R\$ 2.000,00, o qual se mostra condizente com o dano sofrido, atendendo, desta feita, aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, este à luz da adequação. Decisão monocrática que se mantém. DESPROVIMENTO DO RECURSO. INTEIRO TEOR Decisão Monocrática: 13/01/2010 Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 03/02/2010 0031773-88.2006.8.19.0021 (2008.001.19621) – APELACAO

4.2.5 Rio Grande do Sul

Ementa: “DANO MORAL. ATO DISCRIMINATÓRIO EM VIRTUDE DE OPÇÃO SEXUAL. DISCRIMINAÇÃO NÃO EVIDENCIADA PELO CONTEXTO PROBATÓRIO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDENCIA. VOTO VENCIDO. Não havendo provas de que houve o ato discriminatório, resultando o mesmo de interpretação pessoal pelo fato de ter sido oferecido em Loja de Confecção Feminina vestiário alternativo e sequer restando provada tal versão como sendo a desencadeadora do desentendimento havido, impõe-se a improcedência da ação”.¹⁰⁷

DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 14/05/2008 - SEXTA CAMARA CIVEL. Direito do consumidor. Ação de reparação. Dano moral. Agressão sofrida por freqüentador. Casa noturna. Conduta ilícita praticada por seguranças da boate. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Redução do dano moral para fixar em R\$10.000,00 (dez mil reais). Reforma da sentença. Redução do dano moral. Precedentes. Responsabilidade objetiva. A responsabilidade da apelante, ressalvi do Código de Defesa do Consumidor. A agressão sofrida pelo consumidor foi perpetrada por seguranças da casa noturna que o atacaram quando o apelado estava deixando o estabelecimento após briga disparada dentro de suas dependências. É dever inerente à atividade exercida pela empresa, um local destinado a diversão e entretenimento, zelar pela segurança e garantir a incolumidade física dos clientes que estejam usufruindo dos serviços prestados pela empresa, no interior do estabelecimento. Ressalte-se que a responsabilidade da apelante, como prestadora de serviços, não se restringe a bem atender e servir a clientela, mas abrange também a necessidade de lhe garantir o mínimo de segurança. Caracterizada a ocorrência do alegado dano moral, deve o juiz, ao valorar a indenização, arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima e a capacidade econômica do causador do dano. (2008.001.01074 - APELACAO CIVEL - DES. CELIA MELIGA PESSOA - Julgamento: 15/04/2008 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL). Redução do dano moral. R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Provimento parcial do recurso. INTEIRO TEOR Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 14/05/2008

DES. MARCO AURELIO FROES - Julgamento: 02/04/2008 - SEXTA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS DECORRENTES DE AGRESSÕES DESMEDIDAS OCORRIDAS EM INTERIOR DE BOATE. LUCROS CESSANTES EM RAZÃO DO IMPEDIMENTO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE MODELO DEVIDAMENTE COMPROVADOS. Na hipótese em questão, onde os autores foram desmedidamente agredidos por seguranças possivelmente preparados para a luta e depois conduzidos a um cubículo onde certamente receberam mais ofensas, lá permanecendo por tempo indeterminado em situação que certamente objetivava conduzir ao medo, não é difícil concluir que experimentaram eles despréstígio público que fugiu da normalidade, interferindo intensamente no seu comportamento psicológico, causando aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar individual e social, devendo a verba fixada em primeiro grau ser majorada para R\$ 16.600,00 para cada autor. Lucros cessantes que devem ser acolhidos no patamar de R\$ 7.500,00 para o segundo autor. PROVIMENTO DOS PRIMEIRO E SEGUNDO RECURSOS E DESPROVIMENTO DO TERCEIRO. INTEIRO TEOR Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 02/04/2008 Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 09/07/2008

¹⁰⁷ Recurso Cível N° 71000487249, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 11/03/2004. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/> Acesso em: 01.07.2013.

A apelação foi impetrada pelo autor da ação indenizatória de dano moral em face de HM Modas, pelo fato de que teria impedido de experimentar as mercadorias no vestiário de sua loja, indicando outro local para efetuar a prova. Configura-se a relação de consumo.

A relatora do recurso em questão havia julgado no sentido de provar-lo em parte, porém foi voto vencido na turma recursal. A turma entendeu que ainda que a recorrida não tenha explicado de forma satisfatória os motivos para que o recorrente não pudesse realizar a prova em seu vestiário, a discriminação por orientação sexual não estaria configurada, já que tanto o depoimento do autor quanto os depoimentos das testemunhas foram considerados frágeis por serem frutos de “interpretação subjetiva”, e não decorrente dos fatos. Logo, entendendo que não há fato ilícito, não se pode considerar a responsabilidade civil nem a existência de dano moral, tendo em vista que esse é elemento essencial.

Em seu voto vencido, a relatora tem outra interpretação dos depoimentos, considerando-os importantes para entender que houve sim o ato ilícito discriminatório. Entendeu que o ônus probatório era do estabelecimento comercial, como deve ser considerado na configuração da relação de consumo, e que como a prova da loja era frágil, deveria imperar a verdade do recorrente, sendo-lhe devido a indenização do dano moral, com a fixação do valor com base nas peculiaridades do caso, na condição sócio-econômica do recorrente, na capacidade financeira da recorrida e na intensidade do dano.

Ementa: “DANO MORAL. ATO DISCRIMINATÓRIO EM VIRTUDE DE OPÇÃO SEXUAL. DISCRIMINAÇÃO NÃO EVIDENCIADA PELO CONTEXTO PROBATÓRIO. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. PRELIMINAR DE SENTENÇA ULTRA PETITA AFASTADA. Não havendo provas de que houve o ato discriminatório, resultando o mesmo de interpretação pessoal pelo fato de ter sido tratado com desrespeito pela preposta da ré e sequer restando provada tal versão como sendo a desencadeadora do desentendimento havido, impõe-se a improcedência da ação. Recurso da ré provido”.¹⁰⁸

Trata-se de um recurso de apelação nos autos de uma ação de indenização por dano moral impetrado pelo recorrente-autor Juliano Caldas do Prado em face da recorrida-ré Alvaro da Silva Cristina & Filhos Ltda., nome empresarial de um supermercado. Estas mesmas partes de forma inversa estão presentes na apelação adesiva. A ofensa teria ocorrido na fila do caixa do supermercado, cuja preposta teria destratado o autor devido à sua orientação sexual.

¹⁰⁸ Recurso Cível N° 71001876044, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 12/03/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 01.07.2013.

O recurso do autor visando o aumento do valor da indenização não foi conhecido, enquanto o da ré foi conhecido, trazendo à tona a rediscussão acerca do mérito. O relator entendeu que o conjunto probatório do autor era insuficiente e que eram baseados em meras “interpretações subjetivas”, juízos de valor pessoais, e não em fatos. As provas testemunhais da ré foram consideradas, dentre elas um registro de ocorrência com o testemunho de um policial, considerado isento de interesse na lide.

Com isso, o ato ilícito não foi sequer configurado, não existindo qualquer outro elemento da responsabilidade civil, logo, não considerando a ocorrência do dano moral. Esta conclusão foi diferente da alcançada pela juíza de primeiro grau, que configurou o ato ilícito, o nexo causal e o dano, sendo concedida a indenização por dano moral em razão da discriminação por orientação sexual. Assim, foi dado provimento ao recurso da ré por unanimidade, julgando improcedente o pedido do autor.

Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. DISCRIMINAÇÃO SEXUAL. PROVA DESCONSIDERADA PELO JUÍZO. DANOS MORAIS. OFENSA À HONRA SUBJETIVA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AÇÃO PROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. INDENIZAÇÃO CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO”.¹⁰⁹

Este recurso é contra a sentença que decidiu pela improcedência da ação indenizatória demandada pelo autor Willian Cardoso Domingues em face do réu Clube Classe A. O dano moral teria ocorrido por causa de discriminação por orientação sexual no momento em que o autor pretendia acessar o camarote do réu.

O voto do relator muito fala sobre o conjunto probatório que baseou a motivação do juiz de 1º grau: que houve um erro quanto à perspectiva, e por isso a improcedência do pedido inicial. Pouco importa a ele se o autor queria entrar ou não no camarote, e sim se o dano teria ocorrido, o que ele considera que sim com base no depoimento constado nos autos. Ele ainda complementa com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos da personalidade, uma vez que considerou que a ofensa se deu contra a honra subjetiva do autor devido à sua “opção sexual”.

Contudo, o relator foi vencido em seu voto quanto ao valor da indenização por dano moral, considerando a Turma por maioria que o valor deveria ser menor ao definido pelo relator, baseado no critério da gravidade do dano e sua extensão, observando os princípios da

¹⁰⁹ Recurso Cível N° 71002500791, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Leandro Raul Klippel, Julgado em 11/11/2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/> Acesso em: 01.07.2013.

proporcionalidade e da razoabilidade. Não foi, mais uma vez, considerado este um defeito na relação de consumo entre o cliente e a boate.

Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DISCRIMINAÇÃO POR OPÇÃO SEXUAL. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Contexto probatório dos autos que evidencia ter o autor sido vítima de discriminação por sua opção sexual ao tentar efetuar a compra de uma televisão em loja de eletrodomésticos. Dano moral caracterizado. Valor da condenação fixado na origem mantido. APELO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS”.¹¹⁰

Trata-se de apelação e recurso adesivo contra sentença que deu procedência ao pedido de indenização por dano moral por orientação sexual por parte dos prepostos da ré Manzoli S/A Comércio e Indústria, nome empresarial da loja de eletrodomésticos, a Carlos Ubirajara Flain.

É clara a configuração da relação de consumo, tendo sido o autor impedido de consumir, comprar uma televisão, por causa de sua orientação sexual, apesar disso não ter sido considerado pelo relator. Ele reafirma o acolhimento do pedido indenizatório, baseado nas provas testemunhais idôneas e na jurisprudência do próprio Tribunal¹¹¹.

¹¹⁰ Apelação Cível Nº 70033514282, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 12/05/2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/> Acesso em: 01.07.2013.

¹¹¹ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DISCRIMINAÇÃO À CASAL HOMOSSEXUAL EM BAILE PROMOVIDO POR CLUBE SOCIAL. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, institui o combate à discriminação, seja de qual espécie for, como um dos objetivos precípuos da República Federativa do Brasil. Em vista disso, não podem eventuais peculiaridades regionais servir de excludente da responsabilidade dos demandados, em face da ocorrência de discriminação, que, no caso em tela, se dera com fundamento na opção sexual da demandante. 2. Hipótese em que a autora, conjuntamente com sua companheira, fora advertida por membro da diretoria de clube social, em plena festa promovida pelo mesmo, a que cessassem as carícias que vinham trocando. Conduta que não era costumeiramente exigida de casais heterossexuais, o que indica a efetiva prática de discriminação. (...). (Apelação Cível Nº 70017041955, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odene Sanguiné, Julgado em 17/09/2008)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DISCRIMINAÇÃO À CASAL HOMOSSEXUAL EM BAILE PROMOVIDO POR CLUBE SOCIAL. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, institui o combate à discriminação, seja de qual espécie for, como um dos objetivos precípuos da República Federativa do Brasil. Em vista disso, não podem eventuais peculiaridades regionais servir de excludente da responsabilidade dos demandados, em face da ocorrência de discriminação, que, no caso em tela, se dera com fundamento na opção sexual da demandante. 2. Hipótese em que a autora, conjuntamente com sua companheira, fora advertida por membro da diretoria de clube social, em plena festa promovida pelo mesmo, a que cessassem as carícias que vinham trocando. Conduta que não era costumeiramente exigida de casais heterossexuais, o que indica a efetiva prática de discriminação. (...). (Apelação Cível Nº 70017041955, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odene Sanguiné, Julgado em 17/09/2008)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DISCRIMINAÇÃO HOMOSSEXUAL. INDENIZAÇÃO. Presente o dever do requerido em indenizar os autores, vítimas de preconceito e ofensas verbais entre vizinhos, tendo por escopo a opção sexual dos ofendidos. Danos materiais e morais comprovados. Quantum indenitário minorado, em atenção às peculiaridades do caso e aos parâmetros

Em relação à dosimetria do dano moral, o relator afirma a inexistência de parâmetros legais, e o uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para cumprir os objetivos da indenização já ressaltados nesse trabalho nas citações de Maria Helena Diniz e Rui Stoco. Ele considerou também a repercussão do dano e sua extensão. Por isto, ele negou provimento tanto a apelação quanto ao recurso adesivo, não majorando o valor e nem desconfigurando a indenização por dano moral concedida na 1ª instância, sendo seguido por unanimidade pela Turma.

Ementa: “REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO POR DISCRIMINAÇÃO SEXUAL. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE NÃO AUTORIZA À PROCEDÊNCIA DO PLEITO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. - Ré (casa noturna), com isenção de pagamento até determinado horário, para mulheres. Autora que, na condição de homossexual, alega constrangimento ao ser compelida a pagar a entrada, encetando situação vexatória. Contexto probatório que não dá verossimilhança às alegações da autora. Prova testemunhal que não autoriza à procedência da lide, porquanto se tratam de companheiras de festa da autora. Dano moral não configurado na espécie. Sentença reformada para julgar improcedente a pretensão da autora. - Circunstâncias que apontam para a ausência de discriminação, pois que a autora pagou o preço do ingresso feminino e ingressou no estabelecimento sem qualquer outro problema. Não foi barrada na entrada e tampouco teve o acesso negado ao local, de forma a não se configurar discriminação por opção sexual. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA”.¹¹²

Trata-se de recursos da autora Juliana Karine dos Santos e da ré Danceteria Pilão Alto Ltda., contra a sentença da ação indenizatória por dano moral devido à discriminação sexual ocorrido na hora da entrada na boate, sendo a autora cobrada mesmo quando tinha direito à isenção de entrada. A sentença de primeiro grau entendeu que houve a discriminação sexual e concedeu a indenização a títulos de danos morais.

O relator considerou que não há prova inequívoca que configure a ofensa, assim o ato ilícito não existiu e lide não pode proceder, uma vez que a autora não foi impedida de entrar no estabelecimento, sendo apenas cobrado o ingresso feminino, e não o valor de um ingresso

praticados pelo Colegiado. Ônus sucumbenciais redistribuídos. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. (Apelação Cível N° 70014074132, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 25/05/2007)

¹¹² Recurso Cível N° 71002552578, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 16/12/2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 01.07.2013.

masculino. Com isso, julgou-se unanimemente prejudicado o recurso da autora, e deu-se provimento ao recurso do réu, julgando improcedente a indenização concedida em 1^a instância. Mais uma vez, não se cogita incluir este caso na relação de consumo, apesar de claramente configurada.

4.2.6 São Paulo

Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização por dano moral - Autor que teria sido convidado a se retirar do estabelecimento da ré - Conduta discriminatória em razão da sua orientação sexual - Elementos que demonstram que a solicitação para a retirada do autor do estabelecimento foi justificada, decorrente do seu comportamento inadequado com os demais clientes - Ausência de prova de discriminação - Ação julgada improcedente - Decisão mantida -Recurso não provido”.¹¹³

Trata-se de um recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais demandado pelo autor e apelante Regem Fernandes Ferreira em face do réu CA. Cervejaria de Ribeirão Preto Ltda. ME. O autor sustenta que teria sido expulso do estabelecimento comercial por ser travesti.

O relator analisa todo o conjunto probatório, e decide com base neles que o ato ilícito não foi configurado, não chegando a fase de analisar o *quantum debeatur* da indenização do dano moral. Em momento algum foi levado em conta os elementos da relação de consumo, considerando que houve culpa exclusiva da vítima, pois ela teria beliscado alguns clientes, segundo depoimentos, sendo esta a causa de sua retira. O recurso não foi provido, e o pedido do autor mantido como improcedente.

Ementa: “DANO MORAL. ACADEMIA DE GINÁSTICA. ALUNO TRANSEXUAL QUE SE / UTILIZAVA DO BANHEIRO FEMININO. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE UMA

¹¹³ Apelação Cível / Processo: 9211963-58.2006.8.26.0000; Relator(a): Santi Ribeiro; Órgão Julgador: 1^a Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 17/08/2010. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 01.07.2013.

ADVERTÊNCIA PRÉVIA. DISCRIMINAÇÃO POR PRECONCEITO
SEXUAL CARACTERIZADA DANO MORAL CABÍVEL. APELO IMPROVIDO”.¹¹⁴

Neste recurso de apelação cível, temos o recorrente Marathon Academia de Ginástica S/C Ltda. e o recorrido Mauro Alves Rodrigues, autor da ação indenizatória por dano moral que teve sentença procedente.

O relator configurou o ato ilícito, já que o autor agiu de boa-fé, nunca tendo escondido sua condição de transexual. O uso do banheiro feminino pelo autor não é motivo para ser impedido de entrar um estabelecimento comercial com o qual já havia firmado a prestação de serviço, tendo sua matrícula cancelada sumariamente com uma forma de castigo por ser quem é e como decide ser.

O magistrado não se vale do CDC para definir como se dará processualmente os autos, tendo o autor levado aos autos as provas que confirmam seu desligamento unilateral, não tendo a academia apresentado prova em contrário. Contudo, foi considerada a responsabilidade civil objetiva.

Em relação ao *quantum debeatur* do dano moral, o magistrado levou em conta a repercussão do fato, bem como a ofensa à pessoa humana. Com isso, negou provimento ao apelo da ré, e foi mantida a indenização por dano moral em razão da discriminação por orientação sexual.

4.3 Estatística produzida através da contabilização dos acórdãos analisados

Tendo analisado cada um dos acórdãos encontrados nos sites de buscas dos TJ's, cabe agora produzir estatísticas para melhor visualização dos resultados.

- Os recursos apresentados ao poder jurisdicional por estado da federação:

¹¹⁴ Apelação Cível / Processo: 9114350-38.2006.8.26.0000; Relator(a): Testa Marchi; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 15/07/2008. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 01.07.2013.

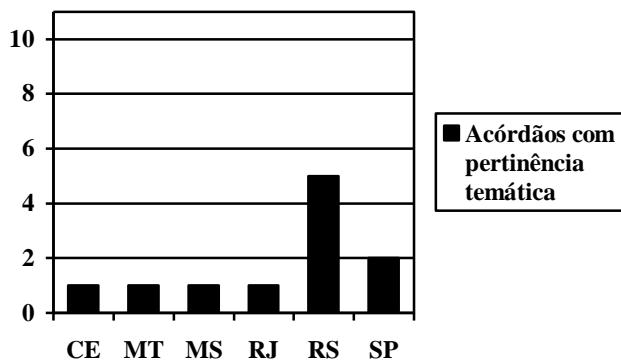


Gráfico 5 Os recursos apresentados ao poder jurisdicional por estado da federação

Neste gráfico, é possível entender que dos 11 acórdãos encontrados 5 são foram localizados no Rio Grande do Sul, estado conhecido pelas posições jurídicas de vanguarda. É interessante ver 1 acórdão na região do Nordeste e 2 acórdãos na região Centro-Oeste. A maior concentração de acórdãos está localizada nas regiões Sudeste e Sul (total de 8 acórdãos).

b) Quantidade de apelações e recursos inominados:

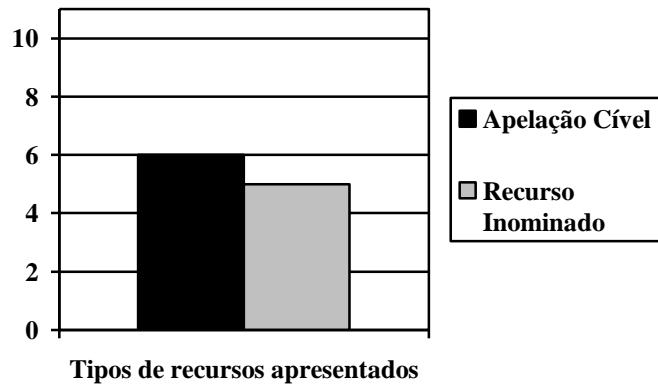


Gráfico 6 Quantidade de apelações e recursos inominados

A leitura deste gráfico aponta que mais de 54% dos acórdãos são consequências do rito processual ordinário, ou seja, as pessoas pouco se utilizam do rito mais célere, o sumaríssimo, os juizados especiais cíveis.

c) Os resultados procedentes, parcialmente procedentes e improcedentes:

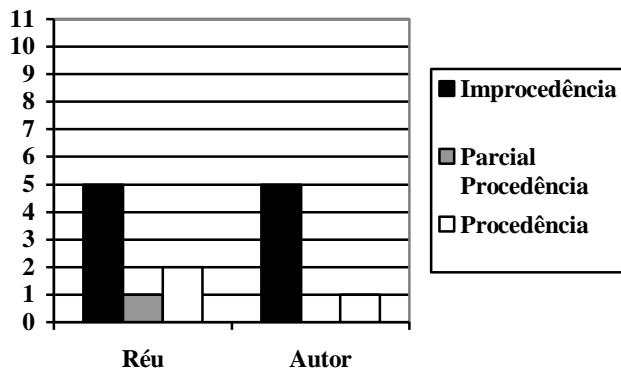


Gráfico 7 Resultados procedentes, parcialmente procedentes e improcedentes

Cabe complementar a leitura desse gráfico com as seguintes informações: as improcedências do pedido do réu se dão em geral por pedidos de reforma da sentença em 1^a instância; 3 desses acórdãos foram recursos adesivos, nos quais um foi improcedente para o autor e procedente para o réu, outro foi improcedente para ambos, e o último foi procedente pro pedido do réu e improcedente pro do autor.

Em relação aos estados, os resultados procedentes foram atribuídos em três acórdãos do Rio Grande do Sul (1 para o autor e 2 para o réu); o resultado parcialmente procedente, em um acórdão do Rio de Janeiro (réu); os resultados improcedentes, em um acórdão do Ceará (réu), um do Mato Grosso (réu), um do Mato Grosso do Sul (réu), cinco do Rio Grande do Sul (4 para o autor e 1 para o réu), dois de São Paulo (1 para o autor e 1 para o réu).

d) As motivações dos julgadores:

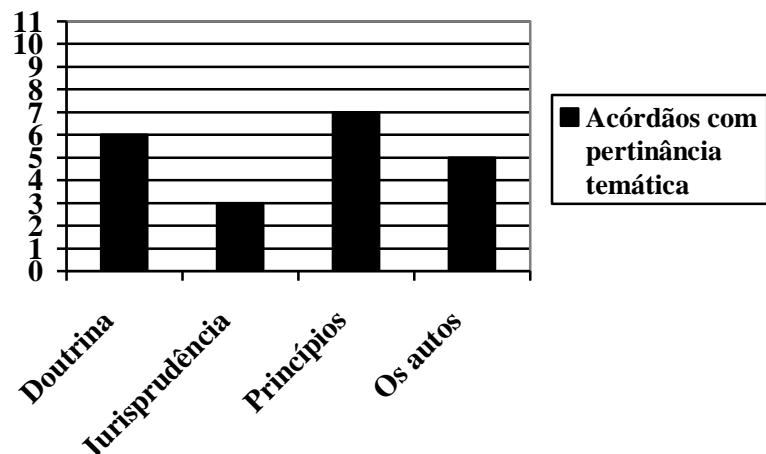


Gráfico 8 Motivações utilizadas pelos julgadores nos acórdãos analisados

Neste último gráfico, nota-se que os julgadores se utilizaram em sete dos 11 acórdãos encontrados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade e outros em suas motivações. Da mesma forma, cinco destes citaram os depoimentos e circunstâncias *sob judice* para justificar suas decisões. Percebe-se que como este assunto não é muito difundido pelo meio jurídico pouco se utilizou da jurisprudência brasileira nos seus votos nos acórdãos.

5 CONCLUSÕES FINAIS

A discriminação consistindo no tratamento desigual e injusto com o objetivo de prejudicar outrem foi uma inovação da metade do século XX, que afastou a ideia de diferenciação, separação dos ordenamentos jurídicos de todo o mundo com a primazia da dignidade da pessoa humana.

Se o preconceito faz parte da História, também faz parte a evolução sócio-jurídica que vem proteger justamente essa minoria, através da Dignidade da Pessoa Humana. A prevalência dos direitos humanos para todos aqueles que assinaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem trouxe para o meio jurídico o combate a qualquer tipo de preconceito e discriminação com as minorias.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 88, surgiram os princípios e direitos fundamentais que garantem e promovem o combate ao preconceito e a discriminação. Desdobramentos da dignidade da pessoa humana (art. 3º, I), tem-se o princípio da igualdade, o direito a não discriminação, o direito à liberdade sexual e à liberdade de consumo, derivados do princípio da liberdade, os princípios da integridade moral, da razoabilidade e da proporcionalidade. Há ainda o direito à reparação caso o indivíduo sofra uma ofensa moral em seus direitos da personalidade.

Todos eles são essenciais para que tanto o legislador, o jurista e os cidadãos saibam que não podem ultrapassar estes limites constitucionais, sob pena de infringir o direito de outrem, discriminando-o, e de macular um dos objetivos da Carta Magna.

Cabe aqui reforçar que a expressão correta a ser utilizada para discriminação da minoria LGBT é a “discriminação por orientação sexual”, e nenhuma outra, porque o termo orientação indica as movimentações emocionais que existem em todo ser humano, não sendo a sexualidade algo que se possa escolher.

Verifica-se a normatização e elaboração de vários órgãos, em diversas instâncias da Administração Pública, para proteção do grupo LGBT, pois é somente através da igualdade e de cidadania que a intolerância será combatida.

Apesar de não haver leis que associem o dano moral à discriminação por orientação sexual, deve-se sempre garanti-lo com base no direito fundamental, tendo em vista que a discriminação por orientação sexual é uma ofensa a um direito do ser humano existir plenamente.

Quando esse tipo de discriminação ocorre dentro de uma relação de consumo, deve-se ampliar a proteção, entendendo que todo consumidor é um vulnerável, e deve ser protegido irrestritamente de acordo com o que dispõem o CDC e o CPC.

Na doutrina, busca-se certo rigor científico e objetividade na conceituação do dano moral, a fim de que o ressarcimento do dano moral seja tratado com a devida seriedade, e que assim possa ser cumprido o objetivo desta Constituição Federal vigente, que é a proteção da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Como todo o trabalho é interdisciplinar, aqui se verifica que para se considerar um evento danoso indenizável, ou seja, responsabilizar o agente causador, é necessário se realizar a ponderação de interesses encarados na lide à luz dos princípios constitucionais.

Foi percebido que a responsabilidade civil tem um novo propósito com o novo Código Civil: garantir o direito de reparação e compensação da vítima, e não mais obrigar o ofensor a responder pelas suas culpas. Isso influenciou na mudança de perspectiva quanto ao ônus de provar a existência do nexo causal, saindo da vítima e passando para o agente, devido à passagem “do ato ilícito para o dano injusto”¹¹⁵, a passagem da sanção pelo dano causado para a reparação do dano sofrido. Tudo isso visa o principal objetivo do Código Civil atual: a garantia do progresso do projeto de vida de cada ser humano.

Com o diálogo das fontes, o CDC se aproveita desse novo paradigma do CC/02 e aplica às relações de consumo, objetivando ainda mais a responsabilidade civil ali encontrada quando se tutela o dano moral na Justiça.

Após a apresentação dos resultados relacionados à pesquisa jurisprudencial, notou-se que tanto na doutrina quanto nos textos positivados, nota-se grande proteção à vítima do dano moral. Quando se trata da aplicação da doutrina e da jurisprudência, os Tribunais se utilizam dos requisitos necessários para identificar a existência do dano moral e aplicá-lo.

Contudo, poucos são aqueles magistrados que se atem exclusivamente às condições pessoais da vítima, juntamente aos critérios da amplitude do dano sofrido. Logo, acabam por objetivar mais a penalização do ofensor do que a compensação da vítima, o que acaba por ofender a cláusula geral de tutela da dignidade humana, que “é uma ferramenta jurídica indispensável à proteção do consumidor, notadamente quando se trata de seus direitos da personalidade”.¹¹⁶

¹¹⁵ GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 296.

¹¹⁶ BOLSON, Simone Hegele. “Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana”, In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 391.

Verificam-se ainda nos acórdãos analisados que nem as partes e nem o magistrado se utilizam da legislação existente no município e/ou no estado no momento de demandar e julgar casos de dano moral devido à discriminação por orientação sexual nas relações de consumo. Pode-se levantar a hipótese de que há certa carência na divulgação destas leis para a sociedade, e esse desconhecimento acaba gerando a falta de cidadania.

Levantando as informações dos acórdãos em conta, é possível confirmar os estereótipos que as regiões Sudeste e Sul possuem, de serem mais vanguardistas. Contudo, o Ceará aparece com o acórdão mais bem fundamentado, se utilizando da doutrina, da jurisprudência e da análise dos autos para proteger a dignidade humana daquele que fora discriminado.

Cabe ainda relatar que o CDC não atende integralmente estas demandas, tendo em vista que os desembargadores em seus votos não incluem a expressão “relação de consumo” ou similares nas ementas dos acórdãos, por não considerar sequer a aplicabilidade do CDC no caso, não enxergando que a discriminação que ocorre em estabelecimentos comerciais atenta contra direitos do consumidor, sendo considerada uma prática abusiva.

Esta conclusão não implica em qualquer necessidade de reforma do CDC neste sentido, e sim de apoio amplo e irrestrito a aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual (Anexo A) que conta com um capítulo com cinco artigos acerca das relações de consumo, que visa justamente complementar o CDC, dialogando com ela, e abrangendo este grupo minoritário, ainda tão vulnerável, e com sua dignidade humana desprotegida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 377.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6º edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

BENJAMIM, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 491.

_____. Fornecedor Equiparado. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1011.

BITTAR, Eduardo C. B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

BOBBIO, Noberto. Era dos Direitos. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2004.

BOLSON, Simone Hegele. Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 391.

CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.885.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 2^a edição. Editora Atlas. São Paulo, 2010.

_____. Programa de Responsabilidade Civil. 9^a edição. Editora Atlas. São Paulo, 2010.

CINTRA, A.C. de A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2009.

CORDEIRO, Carolina Souza. O comportamento do consumidor e a antropologia da linguagem. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 84, out.-dez./2012, p. 53.

DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Manual de direito das famílias. 6^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24^a edição, São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7.

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhauser. O concorrente como consumidor equiparado. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 979.

FERNANDES, Candice de Vasconcellos Predroso Grams Gentil. Direito dos Homossexuais. In: SÉGUIN, Elida. Direito das Minorias. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 187.

GAVIÃO, Maria da Glória Villaça Borin; WADA, Ricardo Morishita. Os sistemas de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 541.

KOSOVSKI, Ester. Minorias e Discriminação. In SÉGUIN, Elida. Direito das Minorias. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.

LARRATÉA, Roberta Vieira. Dano moral por discriminação. In DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 335.

LIMA, Firmino Alves. Teoria da discriminação nas relações de trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011 [recurso eletrônico].

LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do Estado por empresas fiscalizadas. *In:* MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____ ; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volumes I, II e V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *In:* MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 421.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2010.

NERY JR., Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *In:* MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 273.

NETO, Carlos Romero Lauria Paulo. A responsabilidade civil nas relações de consumo. Disponível em: [\[http://www.procon.go.gov.br/procon/imprime.php?textId=000788\]](http://www.procon.go.gov.br/procon/imprime.php?textId=000788). Acesso em: 27.01.2013.

NETTO, Bernard Rodrigues. O consumidor para além do seu conceito jurídico: contribuições da filosofia, sociologia e antropologia. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 84, out.-dez./2012, p. 53.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 431.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Princípio da Não Discriminação. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp> . Acesso em: 23 de novembro de 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Portal ABGT. Legislação – Proibição de Discriminação por Orientação Sexual. Disponível em: http://www.abgt.org.br/port/leis_os.php. Acesso em: 29.09.2013

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A homossexualidade no Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p.85.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e Direito Homoafetivo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 97.

SILVA, Glauber Moreira Barbosa da. Dosimetria do Dano Moral nas Relações de Consumo. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3415] Acesso em: 27.01.2013.

SILVA, Luis Renato Ferreira. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor [Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos]. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.257.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC122/2006). In DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e Direito Homoafetivo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

ANEXO A

ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL ANTEPROJETO

Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e altera altera o art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.656/1942); os arts. 10, 551, 1.240, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.597, 1.642, 1.664, 1.723, 1.726 e 1.727 do Código Civil (Lei 10.406/2002); arts. 21, 29, 57, 58, 70 e 109 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973); arts. 42 e 140 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990); art. 3º da Lei 8.560/1992; arts. 5º, 320, § 3º, 392-A e 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943); arts. 16, 18, 25, 26, 28, 39, 71, 71-A, 72, 73, 110 e 124 da Lei que regula os Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/1991); arts. 3º, 5º, 16, 25, 29, 30, 31, 60, 65, 93, 93-A, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 102, 120, 162 e 167 do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/1999); arts. 184, 196, 199, 208, 209, 210 e 241 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (Lei 8.112/1990); art. 1º da Lei 9.029/1995; art. 77 do Dec. 3.000/1999, que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza; art. 55 da Lei 6.815/1980; arts. 61, 121, 129, 140 e 288 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940); art. 448 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941; art. 41 da Lei das Execuções Penais (Lei 7.210/1984); arts. 232 e 235 do Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/1969); art. 69-A do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/1980); arts. 1º, 3º, 4º, 8º e 20 da Lei do Racismo (Lei 7.716/1989); bem como a revogação da Lei que cria o Programa Empresa Cidadã (Lei nº 11.770/1978).

I - DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º - O presente Estatuto da Diversidade Sexual visa a promover a inclusão de todos, combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos.

Art. 2º - É reconhecida igual dignidade jurídica a heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, individualmente, em comunhão e nas relações sociais, respeitadas as diferentes formas de conduzirem suas vidas, de acordo com sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 3º - É dever do Estado e da sociedade garantir a todos o pleno exercício da cidadania, a igualdade de oportunidades e o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas.

II - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 4º - Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto:

- I – dignidade da pessoa humana;
- II – igualdade e respeito à diferença;
- III – direito à livre orientação sexual e identidade de gênero;
- IV – reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero;

- V – direito à convivência comunitária e familiar;
- VI – liberdade de constituição de família e de vínculos parentais;
- VII – respeito à intimidade, à privacidade e à autodeterminação;
- VIII – direito fundamental à felicidade.

§ 1º - Além das normas constitucionais que consagram princípios, garantias e direitos fundamentais, este Estatuto adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade de gênero e o respeito à diversidade sexual.

§ 2º - Os princípios, direitos e garantias especificados neste Estatuto não excluem outros decorrentes das normas constitucionais e legais vigentes no país e oriundos dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

§ 3º - Para fins de aplicação deste Estatuto, devem ser ainda observados os Princípios de Yogyakarta, aprovados em 9 de novembro de 2006, na Indonésia.

III - DIREITO À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL

Art. 5º - A livre orientação sexual e a identidade de gênero constituem direitos fundamentais.

§ 1º - É indevida a ingerência estatal, familiar ou social para coibir alguém de viver a plenitude de suas relações afetivas e sexuais.

§ 2º - Cada um tem o direito de conduzir sua vida privada, não sendo admitidas pressões para que revele, renuncie ou modifique a orientação sexual ou a identidade de gênero.

Art. 6º - Ninguém pode sofrer discriminação em razão da orientação sexual própria, de qualquer membro de sua família ou comunidade.

Art. 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo proibida qualquer prática que obrigue o indivíduo a renunciar ou negar sua identidade sexual.

Art. 8º - É proibida a incitação ao ódio ou condutas que preguem a segregação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero.

IV - DIREITO À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Art. 9º - Ninguém pode ser discriminado e nem ter direitos negados por sua orientação sexual ou identidade de gênero no âmbito público, social, familiar, econômico ou cultural.

Art. 10 - Entende-se por discriminação todo e qualquer ato que:

I – estabeleça distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objetivo anular ou limitar direitos e prerrogativas garantidas aos demais cidadãos;

II – impeça o reconhecimento ou o exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais no âmbito social ou familiar;

III – configure ação violenta, constrangedora, intimidativa ou vexatória.

Art. 11 - É considerado discriminatório, em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero:

I – proibir o ingresso ou a permanência em estabelecimento público, ou estabelecimento privado aberto ao público;

II – prestar atendimento seletivo ou diferenciado não previsto em lei;

III – preterir, onerar ou impedir hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares;

IV – dificultar ou impedir a locação, compra, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis;

V – proibir expressões de afetividade em locais públicos, sendo as mesmas manifestações permitidas aos demais cidadãos.

Art. 12 - O cometimento de qualquer desses atos ou de outras práticas discriminatórias configura crime de homofobia, na forma desta lei, além de importar responsabilidade por danos materiais e morais.

V - DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Art. 13 - Todas as pessoas têm direito à constituição da família e são livres para escolher o modelo de entidade familiar que lhes aprovou, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 14 - A união homoafetiva deve ser respeitada em sua dignidade e merece a especial proteção do Estado como entidade familiar.

Art. 15 - A união homoafetiva faz jus a todos os direitos assegurados à união heteroafetiva no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões, entre eles:

I – direito ao casamento;

II – direito à constituição de união estável e sua conversão em casamento;

III – direito à escolha do regime de bens;

IV – direito ao divórcio;

V – direito à filiação, à adoção e ao uso das práticas de reprodução assistida;

VI – direito à proteção contra a violência doméstica ou familiar;

VII – direito à herança, ao direito real de habitação e ao direito à concorrência sucessória.

Art. 16 - São garantidos aos companheiros da união homoafetiva todos os demais direitos assegurados à união heteroafetiva, como os de natureza previdenciária, fiscal e tributária.

Art. 17 - O companheiro estrangeiro tem direito à concessão de visto de permanência no Brasil, em razão de casamento ou constituição de união estável com brasileiro, uma vez preenchidos os requisitos legais.

Art. 18 - A lei do País em que a família homoafetiva tiver domicílio determina as regras do Direito das Famílias.

Art. 19 - Serão reconhecidos no Brasil os casamentos, uniões civis e estáveis realizados em países estrangeiros, desde que cumpridas as formalidades exigidas pela lei do País onde foi celebrado o ato ou constituído o fato.

VI - DIREITO E DEVER À FILIAÇÃO, À GUARDA E À ADOÇÃO

Art. 20 - É reconhecido o direito ao exercício da parentalidade, em relação aos filhos biológicos, adotados ou socioafetivos, individualmente ou em união homoafetiva, independente da orientação sexual ou identidade de gênero. Art. 21 - É garantido o acesso às técnicas de reprodução assistida particular ou por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, de forma individual ou conjunta.

§ 1º - É admitido o uso de material genético do casal para práticas reprodutivas.

Art. 22 - O exercício dos direitos decorrentes do poder familiar não pode ser limitado ou excluído em face da orientação sexual ou da identidade de gênero.

Art. 23 - Não pode ser negada a habilitação individual ou conjunta à adoção de crianças e adolescentes, em igualdade de condições, em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero dos candidatos.

Art. 24 - Não pode ser negada a guarda ou a adoção individual ou conjunta de crianças e adolescentes em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero de quem está habilitado para adotar.

Art. 25 - É assegurada licença-natalidade a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias.

§ 1º - Durante os 15 dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença-natalidade é assegurada a ambos os pais.

§ 2º - O período subsequente será gozado por qualquer deles, de forma não cumulada.

Art. 26 - Estabelecido o vínculo de filiação socioafetiva, é assegurado o exercício do poder familiar, ainda que o casal esteja separado.

Art. 27 - Quando da separação, a guarda será exercida de forma compartilhada, independente da existência de vínculo biológico do genitor com o filho.

Art. 28 - A guarda unilateral somente será deferida quando comprovada ser esta a mais favorável ao desenvolvimento do filho, sendo assegurada a quem revelar maior vínculo de afinidade e afetividade.

Art. 29 - O direito de convivência é assegurado aos pais bem como aos seus familiares.

Art. 30 - O dever de sustento e educação é de ambos os pais, mesmo depois de cessada a convivência.

Art. 31 - O filho não pode ser discriminado pela família ao revelar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

§ 1º - A expulsão do lar do filho menor de idade gera responsabilidade por abandono material e obrigação indenizatória aos genitores, guardiães ou responsáveis.

Art. 32 - Nos registros de nascimento e em todos os demais documentos identificatórios, tais como carteira de identidade, título de eleitor, passaporte, carteira de habilitação, não haverá menção às expressões “pai” e “mãe”, que devem ser substituídas por “filiação”.

VII - DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO

Art. 33 - Transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais têm direito à livre expressão de sua identidade de gênero.

Art. 34 - É indispensável a capacitação em recursos humanos dos profissionais da área de saúde para acolher transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais em suas necessidades e especificidades.

Art. 35 - É assegurado acesso aos procedimentos médicos, cirúrgicos e psicológicos destinados à adequação do sexo morfológico à identidade de gênero.

Parágrafo único - É garantida a realização dos procedimentos de hormonoterapia e transgenitalização particular ou pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Art. 36 - Não havendo risco à própria vida, é vedada a realização de qualquer intervenção médica-cirúrgica de caráter irreversível para a determinação de gênero, em recém-nascidos e crianças diagnosticados como intersexuais.

Art. 37 - Havendo indicação terapêutica por equipe médica e multidisciplinar de hormonoterapia e de procedimentos complementares não-cirúrgicos, a adequação à identidade de gênero poderá iniciar-se a partir dos 14 anos de idade.

Art. 38 - As cirurgias de redesignação sexual podem ser realizadas somente a partir dos 18 anos de idade.

Art. 39 - É reconhecido aos transexuais, travestis e intersexuais o direito à retificação do nome e da identidade sexual, para adequá-los à sua identidade psíquica e social, independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização.

Art. 40 - A sentença de alteração do nome e sexo dos transexuais, travestis e intersexuais será averbada no Livro de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Parágrafo único - Nas certidões não podem constar quaisquer referências à mudança levada a efeito, a não ser a requerimento da parte ou por determinação judicial.

Art. 41 - Quando houver alteração de nome ou sexo decorrente de decisão judicial é assegurada a retificação em todos os outros registros e documentos, sem qualquer referência à causa da mudança.

Art. 42 - O alistamento militar de transexuais, travestis e intersexuais ocorrerá em data especial e de forma reservada, mediante simples requerimento encaminhado à Junta do Serviço Militar.

Art. 43 - Será concedido ou cancelado o Certificado de Alistamento Militar – CAM, mediante a apresentação do mandado de averbação expedido ao Registro Civil.

Art. 44 - É garantido aos transexuais, travestis e intersexuais que possuam identidade de gênero distinta do sexo morfológico o direito ao nome social, pelo qual são reconhecidos e identificados em sua comunidade:

I – em todos os órgãos públicos da administração direta e indireta, na esfera federal, estadual, distrital e municipal;

II – em fichas cadastrais, formulários, prontuários, entre outros documentos do serviço público em geral;

III – nos registros acadêmicos das escolas de ensino fundamental, médio e superior.

Art. 45 - Em todos os espaços públicos e abertos ao público é assegurado o uso das dependências e instalações correspondentes à identidade de gênero.

VIII - DIREITO À SAÚDE

Art. 46 - É vedada aos profissionais da área da saúde a utilização de instrumentos e técnicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas ou estereótipos de discriminação em relação à livre orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 47 - É proibida qualquer discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero em hospitais, ambulatórios, postos de saúde e consultórios médicos.

Art. 48 - É obrigatória a inclusão do quesito orientação sexual e identidade de gênero nos formulários e prontuários de informação nos sistemas hospitalares públicos e privados.

Art. 49 - É garantido acesso aos serviços universais e igualitários do Sistema Único de Saúde – SUS, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 50 - A orientação sexual ou identidade de gênero não pode ser usada como critério para seleção de doadores de sangue.

Parágrafo único - As entidades coletoras não podem questionar a orientação sexual de quem se apresenta voluntariamente como doador.

Art. 51 - Os leitos de internação hospitalar devem respeitar e preservar a identidade de gênero dos pacientes.

Art. 52 - Médicos, psicólogos e demais profissionais da área da saúde não podem exercer qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homossexuais e nem adotar ação coercitiva tendente a orientar homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros ou intersexuais a submeterem-se a tratamentos não solicitados.

Art. 53 - É proibido o oferecimento de tratamento de reversão da orientação sexual ou identidade de gênero, bem como fazer promessas de cura.

IX - DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

Art. 54 - São garantidos iguais direitos previdenciários a todas as pessoas, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 55 - É vedada às instituições de seguro ou de previdência, públicas ou privadas, negar qualquer espécie de benefício tendo por motivação a condição de homossexual, lésbicas, bissexual, transexuais, travestis, transgêneros ou intersexuais do beneficiário.

Art. 56 - As operadoras de plano de saúde não podem impedir ou restringir a inscrição como dependente no plano de saúde, do cônjuge ou do companheiro homoafetivo do beneficiário.

Art. 57 - O cônjuge ou o companheiro homoafetivo tem direito à pensão por morte, auxílio-reclusão e a todos os demais direitos, na condição de beneficiário junto ao Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

Art. 58 - O cônjuge ou o companheiro da união homoafetiva tem direito, na condição de dependente preferencial, a perceber a indenização em caso de morte, como beneficiário do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou não – Seguro DPVAT.

X - DIREITO À EDUCAÇÃO

Art. 59 - Os estabelecimentos de ensino devem coibir, no ambiente escolar, situações que visem intimidar, ameaçar, constranger, ofender, castigar, submeter, ridicularizar, difamar, injuriar, caluniar ou expor aluno a constrangimento físico ou moral, em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 60 - Os profissionais da educação têm o dever de abordar as questões de gênero e sexualidade sob a ótica da diversidade sexual, visando superar toda forma de discriminação, fazendo uso de material didático e metodologias que proponham a eliminação da homofobia e do preconceito.

Art. 61 - Os estabelecimentos de ensino devem adotar materiais didáticos que não reforcem a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 62 - Ao programarem atividades escolares referentes a datas comemorativas, as escolas devem atentar à multiplicidade de formações familiares, de modo a evitar qualquer constrangimento dos alunos filhos de famílias homoafetivas.

Art. 63 - Os professores, diretores, supervisores, psicólogos, psicopedagogos e todos os que trabalham em estabelecimentos de ensino têm o dever de evitar qualquer atitude preconceituosa ou discriminatória contra alunos filhos de famílias homoafetivas.

Art. 64 - O poder público deve promover a capacitação dos professores para uma educação inclusiva, bem como ações com o objetivo de elevar a escolaridade de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transexuais e intersexuais, de modo a evitar a evasão escolar.

Art. 65 - Nas escolas de ensino fundamental e médio e nos cursos superiores, é assegurado aos transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, no ato da matrícula, o uso do nome social o qual deverá constar em todos os registros acadêmicos.

XI - DIREITO AO TRABALHO

Art. 66 - É assegurado o acesso ao mercado de trabalho a todos, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 67 - É vedado inibir o ingresso, proibir a admissão ou a promoção no serviço privado ou público, em função da orientação sexual ou identidade de gênero do profissional.

Art. 68 - Quando da seleção de candidatos, não pode ser feita qualquer distinção ou exclusão com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 69 - Constitui prática discriminatória estabelecer ou manter diferenças salariais entre empregados que trabalhem nas mesmas funções em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 70 - Configura discriminação demitir, de forma direta ou indireta empregado, em razão da orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 71 - O poder público adotará programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltadas a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transexuais e intersexuais, para assegurar a igualdade de oportunidades na inserção no mercado de trabalho.

Art. 72 - É assegurado aos transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, o registro do nome social na Carteira de Trabalho e nos assentamentos funcionais, devendo assim serem identificados no ambiente de trabalho.

Art. 73 - A administração pública assegurará igualdade de oportunidades no mercado de trabalho a travestis e transexuais, transgêneros e intersexuais, atentando ao princípio da proporcionalidade.

Parágrafo único - Serão criados mecanismos de incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

Art. 74 - A administração pública e a iniciativa privada devem promover campanhas com o objetivo de elevar a qualificação profissional de travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais.

XII - DIREITO À MORADIA

Art. 75 - É proibida qualquer restrição à aquisição ou à locação de imóvel em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero do adquirente ou locatário.

Art. 76 - Os agentes financeiros públicos ou privados devem assegurar acesso às entidades familiares homoafetivas para a aquisição da casa própria.

Parágrafo único - É assegurada a conjugação de rendas do casal para a concessão de financiamento habitacional.

Art. 77 - A administração do imóvel ou do condomínio deve inibir qualquer conduta que configure prática discriminatória, na forma deste Estatuto, sob pena de responsabilização por dano moral.

Art. 78 - Os programas, projetos e outras ações governamentais, no âmbito do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, devem considerar as peculiaridades sociais e econômicas, decorrentes da orientação sexual e de gênero.

Art. 79 - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem estimular e facilitar a participação de organizações e movimentos sociais na composição dos conselhos constituídos para fins de aplicação do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS.

XIII - DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E À SEGURANÇA

Art. 80 - As demandas que tenham por objeto os direitos decorrentes da orientação sexual ou identidade de gênero devem tramitar em segredo de justiça.

Art. 81 - Para fins de levantamentos estatísticos é obrigatória a identificação das ações que tenham por objeto os direitos decorrentes da orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 82 - As ações não-criminais são da competência das Varas de Família e os recursos devem ser apreciados por Câmaras Especializadas em Direito de Família dos Tribunais de Justiça, onde houver.

Art. 83 - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem criar centros de atendimento especializado para assegurar atenção à homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais em situação de violência, de modo a garantir sua integridade física, psíquica, social e jurídica.

Art. 84 - Devem ser criadas delegacias especializadas para o atendimento de denúncias por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 85 - É assegurada visita íntima nos presídios, independente da orientação sexual ou identidade de gênero do preso.

Art. 86 - O encarceramento no sistema prisional deve atender à identidade sexual do preso, ao qual deve ser assegurada cela separada se houver risco à sua integridade física ou psíquica.

Art. 87 - É assegurado às vítimas de discriminação a assistência do Estado para acolhimento, orientação apoio, encaminhamento e apuração de práticas delitivas.

Art. 88 - O Estado deve implementar políticas públicas de capacitação e qualificação dos policiais civis e militares e dos agentes penitenciários, para evitar discriminação motivada por orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 89 - O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial contra homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

Art. 90 - O Estado deve implementar ações de ressocialização e proteção da juventude em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 91 - O poder público deve criar centros de referência contra a discriminação na estrutura nas Secretarias de Segurança Pública, objetivando o acolhimento, orientação, apoio, encaminhamento e apuração de denúncias de crimes motivados por orientação sexual e identidade de gênero.

XIV - DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Art. 92 - É assegurado respeito aos homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, de modo a terem preservadas a integridade física e psíquica, em todos os meios de comunicação de massa, como rádio, televisão, peças publicitárias, internet e redes sociais.

Art. 93 - Os meios de comunicação não podem fazer qualquer referência de caráter preconceituoso ou discriminatório em face da orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 94 - Constitui prática discriminatória publicar, exibir a público, qualquer aviso sinal, símbolo ou emblema que incite à intolerância.

XV - DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Art. 95 - Todo o consumidor tem direito a tratamento adequado, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 96 - Configura prática discriminatória negar o fornecimento de bens ou prestação de serviços ao consumidor em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 97 - Nenhum consumidor pode receber tratamento diferenciado em detrimento de outro por serem homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgênero e intersexuais.

Art. 98 - Nenhum estabelecimento público ou aberto ao público pode impedir acesso ou estabelecer restrições em face da orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 99 - Os serviços públicos e privados devem capacitar seus funcionários para melhoria de atenção e acolhimento das pessoas, evitando qualquer manifestação de preconceito e discriminação sexual e identidade de gênero.

XVI - DOS CRIMES

Crime de homofobia

Art. 100 - Praticar condutas discriminatórias ou preconceituosas previstas neste Estatuto em razão da orientação sexual ou identidade de gênero,

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único - Incide na mesma pena toda a manifestação que incite o ódio ou pregue a inferioridade de alguém em razão de sua orientação sexual ou de identidade de gênero.

Indução à violência

Art. 101 - Induzir alguém à prática de violência de qualquer natureza motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, além da pena aplicada à violência.

Discriminação no mercado de trabalho

Art. 102 - Deixar de contratar alguém ou dificultar a sua contratação, quando atendidas as qualificações exigidas para o cargo ou função, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço se a discriminação se dá no acesso aos cargos, funções e contratos da administração pública.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem, durante o contrato de trabalho ou relação funcional, discrimina alguém motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Discriminação nas relações de consumo

Art. 103 - Recusar ou impedir o acesso de alguém a estabelecimento comercial de qualquer natureza ou negar-lhe atendimento, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 104 - Todo o delito em que ficar evidenciada a motivação homofóbica terá a pena agravada em um terço.

XVII - DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 105 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem adotar políticas públicas destinadas a conscientizar a sociedade da igual dignidade dos heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

Art. 106 - A participação em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I – inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II – modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades decorrentes do preconceito e da discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero;

III – promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação e às desigualdades em todas as manifestações individuais, institucionais e estruturais;

IV – eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade sexual nas esferas pública e privada;

V – estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII – implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Art. 107 - Na implementação dos programas e das ações constantes dos Planos Plurianuais e dos Orçamentos Anuais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão ser observadas as políticas públicas que tenham como objetivo promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, especialmente no que tange a:

I – promoção da igualdade de oportunidades para acesso à saúde, educação, emprego e moradia;

II – incentivo à criação de programas e veículos de comunicação destinados à combater o preconceito, a discriminação e à homofobia;

III – apoio a programas e projetos dos governos federal, estaduais, distritais, municipais e de entidades da sociedade civil voltados para promover a inclusão social e a igualdade de oportunidades.

XVIII - DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 108 - As medidas instituídas nesta Lei não excluem outras em prol dos homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais que tenham sido ou venham a ser adotadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Art. 109 - O Poder Executivo federal criará instrumentos para aferir a eficácia social das medidas previstas nesta Lei e efetuará seu monitoramento constante, com a emissão e a divulgação de relatórios periódicos, inclusive pela rede mundial de computadores.

Art. 110 - Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.