

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

JOSÉ ALESSANDRO ALVES DA SILVA

Questões sobre direitos sexuais e direito
ao exercício da orientação sexual no contexto
dos Direitos Difusos e Coletivos

Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos

São Paulo

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

JOSÉ ALESSANDRO ALVES DA SILVA

Questões sobre direitos sexuais e direito
ao exercício da orientação sexual no contexto
dos Direitos Difusos e Coletivos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
como exigência parcial para a obtenção do
título de MESTRE em Direitos Difusos e
Coletivos pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, sob orientação da
Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas.

São Paulo

2008

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

O presente trabalho é dedicado à Professora Regina
Vera Villas Bôas, pela generosidade, cultura,
carinho e pleno suporte.

É dedicado também a todo aquele que, por qualquer
razão, tenha sido vítima de qualquer tipo de
preconceito em nosso país, e em especial a todos
que tiveram coragem de enfrentá-lo.

RESUMO

O ponto de partida para o presente trabalho foi a premissa de que a sexualidade é parte inerente da condição humana, direito fundamental que acompanha o ser humano por toda sua existência, sendo um direito natural, inalienável e imprescritível. Não há quem possa realizar-se como ser humano sem o exercício livre da sexualidade, independentemente da orientação pessoal. É direta a ligação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação sexual, sendo importante lembrar que a Constituição Federal não somente proíbe as invasões ilegítimas das esferas pessoais, mas também, determina a promoção positiva do exercício da liberdade.

O vanguardismo dos direitos difusos e coletivos não pode, talvez pelo vício do tradicionalismo jurídico, ver-se limitado tão somente às questões já “codificadas”, quais sejam, consumidor, criança e adolescente, meio-ambiente e, mais recentemente, idoso. Outros problemas também enfrentados por grupos ou coletividades devem ter a proteção jurídica consagrada pelos direitos transindividuais. Destacamos, dentre eles, questões relacionadas principalmente ao objeto deste trabalho: a garantia do exercício da orientação sexual e dos direitos sexuais.

Através da vasta pesquisa doutrinária e jurisprudencial, objetiva-se demonstrar a clara conexão existente entre as questões relacionadas aos Direitos Sexuais e ao exercício da orientação sexual com as tutelas de direitos coletivos oferecidas por nossa legislação. Para tanto, trata-se de um trabalho que busca aclarar pontos relacionados à orientação sexual gênero e os direitos sexuais, trazendo conceitos, perspectivas história e legislativa, nacional e internacional, traçando por fim uma ponte entre as questões relacionadas à orientação sexual e Direitos Difusos.

Palavras-chave: orientação sexual, direitos sexuais, direitos difusos e coletivos.

ABSTRACT

The starting point of this summary report is the main focus that sexuality is an inherent part of the human condition, a fundamental right that accompanies humans throughout their entire existence, being a natural, undeniable and unprescriptible right. There are no human beings that could fulfill their life without having the right to exercise sexual freedom, independently of their personal sexual orientation. There is a direct connection between protecting human beings and their sexual orientation. It is essential to remember that the Federal Constitution not only prohibits illegal invasion of the personal hemisphere, but also establishes a positive promotion to exercise it with freedom.

The vanguardism of the diffused and collective rights (the private and collective rights) can not perhaps due to the legal traditionalism, be limited to the issues already "codified", such as, consumer, children and adolescents, environment and more recently the disabled ones. Other matters also being challenged by groups or associations is to have the legal protection declared by the right of the transindividuals. We can point out, among them, main issues related to this present work: a guarantee to exercise sexual orientation and sexual rights.

Through a vast doctrinarian and legal search, objectively would like to show the clear connection that exists between the issues related to sexual rights and the exercise of the gender sexual orientation, bringing concepts, historic and legislative perspectives, national and international, establishing a bridge between those matters of sexual orientation and Diffused Rights.

Key-words: sexual orientation, sexual rights, diffused and collective rights.

SUMÁRIO

1. Introdução	1
2. Orientação Sexual e Gênero – Conceitos	6
3. Breve Histórico da Sexualidade	11
3.1. O papel da mulher	11
3.2. O trato das questões da sexualidade	12
4. Pesquisas Desenvolvidas com relação à Orientação Sexual	18
4.1. Causas da Orientação Sexual	21
4.2. Orientação Sexual como uma Construção	22
5. Anti-Sodomia, Anti-Homossexualidade e Anti-Preconceito	25
5.1. Brasil: de Anti-Sodomita à pretensão Anti-Preconceito	30
5.2. Situações atuais de conflito	37
5.2.1. Escola e Trabalho	38
5.2.2. Orientação Sexual e Forças Armadas	41
5.2.3. Sexualidade, Mídia e Consumo	44
5.2.4. Casamento e Adoção	47
5.2.5. Violência e Perseguição à Homossexuais	52
5.2.6. Saúde	53
6. Direitos Sexuais e o Pensamento Sistemático de Canaris	57
7. Os princípios de Direito justificadores da existência dos Direitos Sexuais e do exercício da orientação sexual através das tutelas de Direitos Difusos e Coletivos	61
7.1. Dignidade da Pessoa Humana	64
7.2. Personalidade	65
7.3. Igualdade	65
7.4. Liberdade	68
7.5. Respeito à Privacidade	69
8. Consagração das questões sobre direitos sexuais e direito ao exercício da Orientação Sexual como um Direito Difuso e Coletivo	70

9. Tutela Jurisdicional dos Direitos Metaindividuais	
(Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos)	77
9.1. Distinção entre Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos	82
9.2. Interesses Coletivos	83
9.3. Interesses Individuais Homogêneos	84
9.4. Interesses Difusos	86
9.5. Ministério Público e os interesses transindividuais	88
9.6. Direito Comparado	91
10. Instrumentos Processuais para a Defesa dos Interesses Trasindividuais	96
10.1. Ação Popular	96
10.2. Mandado de Segurança Coletivo	97
10.3. Ação Civil Pública	99
10.4. Liquidação nas Ações Coletivas	101
10.5. Exemplos de atuação do Ministério Público na defesa dos Direitos Difusos	
relacionados aos Direitos Sexuais e ao exercício da orientação sexual	102
a) Ação Civil Pública n. 200.71.00.009347-0	102
b) Caso Rede TV – Programa João Kleber	104
11. Conclusão	109
12. Referências Bibliográficas	113
Anexos	120

“O ciclo da interdição: não te aproximes, não toques, não consumas, não tenhas prazer, não fales, não apareças; em última instância, não existirás, a não ser na sombra e no segredo. Sobre o sexo, o poder só faria funcionar uma lei de proibição. Seu objetivo: que o sexo renunciasse a si mesmo. Seu instrumento: a ameaça de um castigo que nada mais é do que sua supressão. Renuncia a ti mesmo sob pena de seres suprimido; não apareças se não quiseres desaparecer. Tua existência só será mantida à custa de tua anulação. O poder oprime o sexo exclusivamente através de uma interdição que joga com a alternativa entre duas inexistências.”

(Michel Foucault, *História da Sexualidade – a vontade de saber*)

“A natureza humana não é uma máquina que se deve construir seguindo um modelo e destinada a fazer exatamente o trabalho que dela se espera, mas uma árvore, que precisa crescer e desenvolver-se em todos os lados, de acordo com a tendência das forças internas que fazem dela uma coisa viva. (...) Até certo ponto, admite-se que nossas idéias sejam só nossas; mas não há a mesma disposição para aceitar que nossos desejos e impulsos sejam só nossos da mesma forma, ou que ter desejos e impulsos, com qualquer força, seja alguma coisa que não um perigo ou transtorno. No entanto, desejos e impulsos são uma parte tão integral dos seres humanos como crenças e autocontrole.”

(John Stuart Mill, On Liberty)

1.

Introdução

As questões relacionadas à sexualidade humana sempre geraram polêmica e preconceito. Subjugadas muitas vezes à clandestinidade na sociedade e também nas vidas de muitos, as dúvidas, discussões e as questões vinculadas à orientação sexual necessitam ser trazidas à luz do ordenamento jurídico. Além disso, nossa tradição jurídica sempre esteve historicamente muito mais voltada à proteção dos poderosos e seu patrimônio, sendo as questões relacionadas às minorias e grupos vulneráveis, vítimas de discriminação e intolerância, deixadas sempre em último plano ou tratadas como questões de exceção ou de desvio, e não como status próprio de um direito autônomo em uma sociedade democrática.

A orientação sexual é um forte fator de exclusão social, por ser a sexualidade um grande tabu a ser transpassado. Por mais que nossa sociedade esteja influenciada pela modernidade de novas tecnologias e por todo o aparato da informática que permeia hoje nosso dia-a-dia, questões básicas como nossa relação com a sexualidade, ainda são uma barreira quase que intransponível. Todo aquele que ousa ser diferente dos padrões historicamente adotados de normalidade, é taxado como “desviante”, perigoso e por fim, passível de exclusão do trato social. A concepção de sexo-procriação domina o inconsciente de grande parte da população; fruto da grande confusão existente entre sexo e sexualidade, herança cultural judaico-cristã.

O Mito da Perfeição, decorrente da crença judaico-cristã de que Deus, originalmente perfeito, criou o homem a sua semelhança, trouxe consigo fortes raízes do preconceito e discriminação: aquilo que não fosse considerado perfeito pelos dominadores, não poderia ser por consequência a imagem de Deus e, conclusivamente, deveria ser exemplarmente excluído dos meios sociais¹. A violência contra

¹ NAPHY, William. *Born to be Gay – História da homossexualidade*. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 2006.

homossexuais ou transgêneros, seja explícita, como aquela cometida contra travestis ou michês (agentes da prostituição masculina), ou camuflada, como aquela realizada pelo pai que expulsa de casa o filho ou filha ao identificá-lo como o “bicha” (denominação pejorativa do homossexual masculino) ou a “sapatão” (denominação pejorativa do homossexual feminino), violam inequivocamente qualquer princípio humanitário e refletem esta incessante busca de enquadramento do comportamento dentro dos padrões socialmente inquestionáveis. Sendo assim, por que continuamente nos deparamos com tais situações e até as aceitamos como “normais”?

As minorias têm o dever de cooperar com Estado onde se encontram, mas, desde que não sejam obrigadas a abrir mão de suas convicções e características. O preconceito, que é o conceito ou opinião formado antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos², algoz com o qual grande parte daqueles que exercitam sua orientação sexual convive, pode ser designado também como sendo a atitude hostil ou negativa, direcionada a um determinado grupo, com base em generalizações deformadas ou incompletas, fruto principalmente de desconhecimento ou ignorância. O desespero que se sente ao descobrir-se homossexual está intimamente relacionado à consciência do preconceito e rejeição que se vivenciará em virtude e a partir de tal descoberta.

O preconceito está intimamente relacionado com a questão do estereótipo: palavra de origem grega composta por stereos (que significa “rígido”) e typus (“traço”), utilizada como o nome do molde de metal utilizado para gravar no papel imagens repetidas e idênticas de um caractere³. O estereótipo passa a ser então uma forma de simplificar e agilizar nossa visão do mundo, fazendo com que as pessoas sejam julgadas em termos de categorias: o negro, o homossexual, o índio, o pobre, etc. Várias formas de estigmatização já foram eficazmente combatidas pelo direito. Prof. José Reinaldo de Lima Lopes traz como exemplos de grupos de identidade que se formaram ao longo dos últimos séculos e conseguiram superar os estigmas sociais por meios jurídicos: as mulheres, em parte, os negros, os estrangeiros e os deficientes físicos, lembrando que, do ponto de vista da cultura majoritária, as formas de inferiorização destes grupos eram

² SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

³ The Editors of the Harvard Law Review. *Sexual orientation and the law*. 3ª ed. Boston, 1990.

respaldadas pelo direito (ex.: proibição de voto às mulheres)⁴. Desestigmatizar, por sua vez, significa demonstrar que o estigma está fundado em preconceitos e discriminações inaceitáveis em uma sociedade tida como democrática.

Como ensina Adriana Nunan, a consequência negativa do estereótipo está nas generalizações incorretas que rotulam as pessoas e não permitem que estas sejam enxergadas e tratadas como indivíduos singulares com características próprias, negando-lhes direitos morais e legais, sendo inclusive utilizado como uma forma de controle social. Como consequência, indivíduos estereotipados frequentemente acabam por desenvolver um alto grau de apreensão quando entram em contato com outros indivíduos, por temerem que seu comportamento espontâneo acabe por confirmar o estereótipo ou rótulo.⁵ Lembremos ainda que, em nossa sociedade, ser “homem” significa ser viril, macho, não demonstrar sentimentos ou fraquezas, ser o mais afastado possível da figura feminina – não há como se desvincular o preconceito a homossexuais ao próprio preconceito existente contra as mulheres, histórica e erroneamente vistas como seres menores, cidadãos de segunda classe. Lembremo-nos que a luta das mulheres pela igualdade de direitos na sociedade não é recente e que, em nosso país, elas ainda recebem salários mais baixo que os homens, mesmo executando as mesmas funções.

Estereótipos e preconceitos relacionados à orientação sexual infelizmente ainda estão fortemente presentes no universo jurídico e mitigam com isso o pleno exercício da cidadania e do direito à vida, estigmatizando o indivíduo de forma injusta em virtude de um questionável processo de classificação das sexualidades. Eles juntos encaminham invariavelmente a sociedade à discriminação, que é o ato de segregar, separar, apartar; e à intolerância, que é a não admissão da diferença. Juntas, elas desrespeitam as identidades, forçando aqueles que se diferenciam da ordem dominante a converterem-se ou a esconderem-se.

A sexualidade é parte inerente da condição humana, direito fundamental que acompanha o ser humano por toda sua existência, sendo um direito natural, inalienável e imprescritível. Não há quem possa realizar-se como ser humano sem o exercício livre da sexualidade, independentemente da orientação pessoal. É direta a ligação entre a

⁴ SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, 2005, ano 2, n. 2. Edição em Português.

⁵ NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Caravansari, 2003.

proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação sexual, sendo importante lembrar que a Constituição Federal não somente proíbe as invasões ilegítimas das esferas pessoais, mas também determina a promoção positiva do exercício da liberdade.

A Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, consagrou os direitos reprodutivos como categoria de direitos humanos, incluindo o direito à escolha livre e responsável do número de filhos e de seu espaçamento, inovando ao destacar que a saúde reprodutiva implica na capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos. O Plano de Ação do Cairo sinalizou para o reconhecimento de direitos sexuais, destacando o direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminações, coerções e violências⁶. O Prof. Roger Raupp elenca uma variada gama de prelações que têm sido arroladas nos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, tais como: (1) acesso à informação e educação sexual e reprodutiva; (2) serviço de saúde sexual e de saúde reprodutiva, seguros e adequados a toda população, incluindo o acesso ao progresso científico por meio da oferta de tratamentos e medicamentos, que garantam o controle por homens e mulheres de sua fecundidade; (3) serviços social e legal de suporte para o exercício desses direitos; (4) políticas de segurança para coibir e eliminar todo o tipo de violência; (5) políticas que promovam e garantam a igualdade e equidade entre os sexos, não permitindo a submissão das mulheres e meninas, eliminando toda e qualquer discriminação sexual; (6) políticas que promovam e estabeleçam a responsabilidade pessoal e social dos homens em relação ao comportamento sexual e fertilidade, e do bem-estar de suas companheiras e filhas.⁷

Não é raro ouvirmos que a homossexualidade é um “desvio da natureza” ou ainda que o “Direito não deve dar proteção às imoralidades como a homossexualidade”. Para tanto, não podemos deixar de nos socorrer nos ensinamentos de José Reinaldo de Lima Lopes, que nos mostra que o direito de uma sociedade democrática não é um direito sem moral, mas um direito que assume em sua base uma moral de caráter crítico, vinculada ao tratamento igualitário, ao respeito à dignidade da pessoa humana e à

⁶ *Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

⁷ Idem, *ibidem*, pág. 26.

liberdade do cidadão, sendo um grande erro acreditarmos que a moral de uma sociedade democrática é a moral tradicional ou da maioria⁸.

A multidisciplinariedade do tema cria a necessidade de que ciências como a Psicologia, Sociologia e Medicina interajam com o Direito na busca de um profundo estudo sobre o tema. As questões relacionadas à discriminação direta por orientação sexual, o posicionamento jurídico e a localização da questão dentro dos Direitos Difusos e Coletivos, foram escolhidas como foco de trabalho.

O princípio jurídico da igualdade, consagrado pela nossa Constituição, é norte dos estudos. Utilizá-lo na justificativa da consagração dos direitos sexuais e do exercício da orientação sexual como um Direito Difuso e Coletivo, utilizando-se dos benefícios outorgados pelas tutelas jurisdicionais conferidas a tal modalidade, é a meta do presente trabalho.

⁸ *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Francisco Loyola de Souza, et al. (org.) Célio Golin, 1ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

2.

Orientação Sexual e Gênero - Conceitos

Para melhor compreensão das questões relacionadas à sexualidade e direito no contexto proposto, a apresentação de alguns conceitos fundamentais, trazidos por outras ciências, faz-se mister.

O primeiro destes conceitos é o da orientação sexual, sendo ela classificada como foco pelo qual as fantasias, desejos e sentimentos amorosos ou eróticos de uma pessoa são originalmente direcionados. Dentro de tal conceito, a orientação sexual pode ser HETEROSSEXUAL (fantasias, desejos e sentimentos amorosos ou eróticos direcionados à pessoas do sexo oposto), HOMOSSEXUAL (direcionados à pessoas do mesmo sexo), BISSEXUAL (potencialmente direcionados a ambos os sexos) ou ASSEXUAL (pessoas que não têm atração por nenhum dos sexos). A crítica que os especialistas fazem a esta classificação clássica é que ela ignora as questões culturais e de individualidade, e que a sexualidade, por si própria, tem diferentes facetas, repercutindo em que a identificação da orientação sexual de uma pessoa não é tão simples como pode parecer⁹. O direito ainda não consegue entender tais diferenciações de forma nítida e sem preconceitos. Exemplo disto é a visão de Orlando Soares, ao definir Homossexualidade, demonstrando todo o preconceito e ignorância que cercam o tema: “Homossexualismo (cita “homossexualismo” para dar o caráter de patologia ao fenômeno) é a anomalia sexual que consiste na prática ativa, passiva ou ambivalente, de atos libidinosos, entre indivíduos do mesmo sexo. Denomina-se inversão sexual¹⁰”.

Difere a orientação sexual da descrição do *gênero*, que academicamente é tido como masculino (cromossomicamente XY) ou feminino (cromossomicamente XX). Há que se falar também da questão dos “intersexos” (casos raros de nascimento com ambigüidade genital e hermafroditismo) e dos “transgêneros” – categoria que engloba

⁹ ROUGHGARDEN, Joan. *Evolution's Rainbow*. 1ª ed. Berkeley: University of California Press, 2004.

¹⁰ SOARES, Orlando. *Sexologia Forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, pág. 131.

os transexuais (pessoas submetidas ou que gostariam de se submeter à cirurgias de mudança de sexo) e travestis (indivíduos que assumem aparência do sexo oposto em maior ou menor grau, sem cogitarem se submeter à cirurgia).

O transgênero age, social e particularmente, como membro pertencente ao sexo oposto, sendo comum a busca pela conciliação da imagem física com a imagem mental de si próprio (por ex.: um indivíduo nasce geneticamente do gênero masculino, mas psicologicamente sente-se do gênero feminino, recorrendo muitas vezes a cirurgias e a tratamentos hormonais para harmonizar sua aparência física ao seu desejo psicológico). Esta busca de conciliação de imagem física e mental é justificada pelo desconforto persistente com o seu sexo, causando significativo e intenso sofrimento psicológico, bem como prejuízo no funcionamento social e ocupacional.

Luiz Alberto David Araújo realizou uma análise profunda das questões relacionadas à transexualidade e direito, defendendo a integração social do transexual, bem como o direito da alteração registral do nome e gênero de tais cidadãos, por tratar-se de uma questão relacionada ao direito à vida privada e à intimidade. Lembra ainda que o Conselho Federal de Medicina entende como correta a realização de operação para redesignação de sexo (Resolução n.1.482, de 10 de setembro de 1997, publicada no Diário Oficial da União de 19 de setembro de 1997), desde que respeitados requisitos como de uma profunda avaliação multidisciplinar por médicos, psicólogos, assistente social, etc.¹¹ Felizmente, começam a aparecer em nossos tribunais, ainda que timidamente, as primeiras decisões autorizando a adequação de registro civil das transexuais, tramitando inclusive no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 70-B, de 1994, dispondo sobre as intervenções cirúrgicas que visem a alteração de sexo. Na Europa, a autorização para adequação do registro civil das transexuais já é uma realidade em muitos países.

Outra questão importante a ser enfrentada pela nossa sociedade com relação aos transexuais e travestis é a necessidade de profissionalização. Ainda na adolescência, quando geralmente iniciam o processo de hormonização e de siliconização, a família rejeita e os expulsa de casa, restando-lhe na maioria das vezes como única opção a prostituição. A presença de travestis e transexuais nos meios profissionais e acadêmicos,

¹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 34.

infelizmente, é bastante rara no Brasil, e com a falta de respeito à diversidade presente em nossa sociedade, não há perspectiva de mudança. Nos anos 80 e 90, com o grande medo despertado na sociedade pelo aumento do número de portadores do vírus HIV no país, a polícia de São Paulo iniciou uma chamada “caça às bruxas” contra os travestis e transexuais que pela falta de conhecimento da questão, eram tidos como a corporificação da homossexualidade. As batidas policiais nos pontos de prostituição passaram a ser mais rotineiras e violentas e, como forma de defesa, os transexuais e travestis que lá trabalhavam retalhavam-se com as navalhas que carregavam, fazendo com que os policiais, temerosos do sangue que vertiam (tido por eles como contaminado), deixassem-nos em paz¹².

Há, ainda, o “papel de gênero”, descrito como sendo uma série de características, comportamentos e interesses definidos por uma sociedade ou cultura como apropriados para membros de cada sexo biológico, sendo que em nossa cultura, a masculinidade é construída em contraposição à feminilidade¹³. Até há pouco tempo, o papel do gênero que predominava para o homem era o de trabalhador, provedor, chefe de família e líder, já a mulher deveria ser responsável pelo cuidado com os filhos, a casa e os relacionamentos familiares – hoje verificamos facilmente que o papel tradicional dos gêneros encontra-se bastante modificado. No caso da homossexualidade, a confusão entre papel de gênero e orientação sexual é grande: estereótipos freqüentemente mostram os homossexuais como indivíduos que se sentem desconfortáveis com suas identidades de gênero, querendo modificar seu sexo biológico: em verdade, a grande maioria dos homossexuais não apresenta dúvidas quanto a sua identidade de gênero, tendo plena certeza de serem homens/mulheres. Imagens culturais do gay efeminado são comuns, e muitos, erroneamente, acreditam também que em seus relacionamentos, um homossexual faz o papel de esposa, enquanto o outro atua como marido. Da mesma forma errônea, a lésbica é idealizada como sempre sendo masculinizada, o que não corresponde à realidade.

Nas sociedades ocidentais, propaga-se o entendimento de que o conceito de “orientação sexual” esteja unificado e atualizado. Entretanto, nos últimos trinta anos,

¹² TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso: (a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade)*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

¹³ NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Caravansari, 2003.

muitos antropólogos, historiadores e psicólogos têm criticado fortemente tais conceituações, no sentido de chamar atenção para o fato de que a classificação de orientação sexual deva abarcar também questões relacionadas a objetos específicos de desejo erótico: zoofilia (desejo erótico por animais), fetichismo (desejo erótico por objeto que, a priori, não tem qualquer conotação sexual) e comportamentos sexuais (p.ex.: sadismo, masoquismo, etc.)

De acordo com alguns estudos, o comportamento sexual e a auto-identidade sexual de uma pessoa podem ou não refletir sua orientação sexual – por exemplo, a abstinência sexual é independente da orientação sexual, ou ainda, uma pessoa que se auto-identifique como tendo uma orientação sexual homossexual pode portar-se perante a sociedade como heterossexual, chegando a aderir a casamentos com pessoas do sexo oposto, fugindo assim dos estigmas relacionados à homossexualidade. Ainda neste sentido, pessoas bissexuais podem ter somente um parceiro sexual e amoroso por toda a vida e ainda assim terem atração sexual por pessoas de ambos os sexos. E qual a “classificação” daquele que, apesar de “entender-se” homossexual, teve atração ou envolvimento com alguém do sexo diferente? Ou ainda, daquele que, entendendo-se heterossexual, sentiu-se atraído ou envolveu-se sexualmente, por duas ou três vezes, com pessoas do mesmo sexo?

Para alguns especialistas, seguindo os ensinamentos de Alfred Kinsey em sua obra “*Sexual Behavior in the Human Male*”¹⁴, a orientação e o comportamento homossexuais e heterossexuais devem ser entendidos dentro de um espectro, de exclusivamente homossexuais e exclusivamente heterossexuais, com contínuas e descontínuas gradações entre eles – para ele, os seres humanos variam sexualmente de uma maneira inclassificável, sendo a diversificação uma realidade da natureza e não um desvio em relação a uma norma estabelecida¹⁵. Para outros, a idéia de classificação da “orientação sexual” das pessoas é questionável pelo fato da atração sexual ser fluida e a colocação de “rótulos” totalmente dispensável.

É importante também ressaltar que relações sexuais entre membros do mesmo sexo não são privilégio da raça humana. Em 1984, o comportamento homossexual foi

¹⁴ KINSEY, Alfred. *Sexual behavior in the human male*. 4ª ed. Bloomington – IN, Indiana University Press, 1984.

¹⁵ NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Caravansari, 2003, pág. 23.

relatado em 63 espécies de mamíferos, além de diversas aves e répteis. Uma revisão ocorrida em 1999 detalhou descrições de comportamento homossexual de machos e fêmeas em mais de uma centena de espécies de mamíferos, dentre eles carneiros, macacos e elefantes. Tais pesquisas contrapõem-se àqueles que defendem que a homossexualidade seja uma prática anti-natural, fruto “de uma doença mental humana”. É pertinente a colocação de Rodrigo da Cunha Pereira que diz que “*a consideração da sexualidade como sendo mais da ordem do desejo que da genitalidade faz uma revolução no Direito, pois passaremos a compreender e a considerar que o sujeito de Direito é também um sujeito de desejo*”¹⁶.

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pág. 60.

3.

Breve Histórico da Sexualidade**3.1. O papel da mulher**

A mulher, nas sociedades patriarcais, era enquadrada em uma categoria infra-humana, como um instrumento de reprodução, sofrendo todos os tipos de restrições, inclusive para garantir a procedência da prole. Lembremo-nos que na concepção judaico-cristã e muçulmana, Deus criou o mundo sozinho em sete dias e criou o homem a sua imagem e semelhança, sendo a mulher um subproduto. A infidelidade feminina era perseguida e penalizada desde a Lei das XII Tábuas, sendo inclusive permitido ao marido matá-la se apanhada em flagrante. Pelo Código de Hamurabi, a mulher adúltera deveria ser atirada ao mar. O processo de repressão às mulheres foi elemento sistemático e constante nos últimos quatro milênios e, sendo a missão delas garantir a descendência do homem, deveria ter sua sexualidade rigidamente controlada¹⁷. No período da Idade Média e Inquisição, foram ainda mais perseguidas, sendo que 85% das execuções nas fogueiras da Inquisição eram de mulheres¹⁸. Apenas no séc. XV, os primeiros sinais de resistência começaram a surgir, destacando-se a coragem de Arcângela Tarabotti, que ousou escrever importante obra denunciando o cárcere feminino nos monastérios. No séc. XVII, a veneziana Lucrecia Marinelli defendeu a igualdade fundamental dos dois sexos. No Brasil, merece destaque os nomes de Nísia Floresta, tradutora da obra “Direito das mulheres e a injustiça dos homens” de Mary Wollstonecraft, defendendo a educação feminina. Berta Lutz, já no século XX, foi a fundadora do primeiro movimento feminino no Brasil, objetivando inclusive a conquista do direito ao voto, conseguida no governo de Getúlio Vargas¹⁹. O próprio Direito reflete a posição da mulher como objeto: tome-se como exemplo os

¹⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁸ SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁹ Idem, *ibidem*, pág. 74.

artigos 215 a 217 do Código Penal Brasileiro caracterizando-a como sendo sempre o ser indefeso e vítima da torpeza masculina.

Somente nos anos 30, com o fortalecimento dos movimentos feministas nos Estados Unidos, fruto de uma sociedade industrial cuja mulher cumulava funções e continuava sofrendo graves injustiças, começou-se a discutir os direitos da mulher como cidadã, merecedora de tratamento igualitário aos homens, buscando-se assim a isonomia entre os gêneros com o fim da superioridade masculina sobre a feminina. Com a liberação sexual nos anos 60, a sexualidade feminina ganhou destaque: sexo, prazer e contracepção passaram a ser questões discutidas mais abertamente, apesar da pressão e preconceito da igreja, onde até hoje as mulheres exercem um sedimentado papel secundário, sendo a consagração eucarística, por exemplo, ainda hoje de exclusividade masculina.

Infelizmente, vivemos em uma sociedade predominantemente machista, que expõe diariamente a mulher a situações de menores salários e piores cargos, além da grande exploração sexual feminina, quando são muitas vezes contrabandeadas para outros países como mercadoria. Não se pode deixar de destacar também a absurda mutilação genital de meninas, comum ainda em países africanos, no intuito de garantir-se a eliminação do prazer feminino.

3.2. O trato das questões da sexualidade

Em pinturas rupestres, podemos observar os primeiros traços indicativos de práticas heterossexuais, homossexuais e de sexo grupal. Também na antiguidade, diferentes visões existiam acerca da orientação sexual. Em alguns casos, pessoas eram consideradas homossexuais, por exemplo, se elas somente tivessem práticas sexuais com pessoas do mesmo sexo. Em outros casos, a pessoa poderia ter práticas sexuais homossexuais ocasionais e ser considerada homossexual²⁰.

Algumas culturas, como as clássicas Grego-Romana, não categorizavam a orientação sexual através do sexo da pessoa por quem se sentia atração, mas, sim, pela

²⁰ DRESCHER, J. *Psychoanalytic therapy and the gay man*. 1ª ed. Hillsdale, NJ: The Analytic Press, 1998.

posição social daqueles que praticavam o ato sexual. Homossexualidade e heterossexualidade eram ambas consideradas como “sentimentos” naturais, manifestados de forma mais acentuada, ou não, em cada indivíduo. A sexualidade era livre, se expressava sem dificuldades e verificou-se um grande desenvolvimento da “arte erótica”.

A civilização grega, em particular, considerava natural que homens jovens tivessem mentores mais velhos, com os quais a interação sexual era aceita. A homossexualidade grega significava algo além da conjunção carnal, tome-se como exemplo o significado da palavra “pederastia” (pederasteia), que quer dizer “amor entre meninos”, e para a sociedade atual, significa apenas a “inversão sexual”. Lembremos que Zeus, o deus grego mais importante, apaixonara-se por Ganímedes, e Apolo, bissexual, amou profundamente Jacinto e Kiparissos. As leis existentes contra a homossexualidade desde o tempo de Sólon, no século VI a. C., referiam-se tão somente à prostituição e à venda de meninos para fins libidinosos. Em Esparta, os acampamentos militares eram considerados os principais redutos de homossexuais, pois neles os soldados passavam longos períodos, e em caso de lutas, empenhavam-se com bravura e dedicação para serem dignos uns dos outros. A homossexualidade feminina não era desconhecida, apesar de pouco divulgada, haja vista o exemplo da Ilha de Lesbos, povoada por amazonas guerreiras, de onde se derivou o termo lésbica, utilizado para descrever o homossexual feminino.

Já o cristianismo católico veio enquadrar o comportamento sexual dentro de códigos religiosos e morais, classificando, por exemplo, a homossexualidade como algo moralmente errado. Colocou-se então uma interdição à sexualidade, ao prazer, proibição essa que levou a um silêncio sobre a sexualidade, baseado essencialmente em proibições morais. Às sociedades então cristãs foram impostas a monogamia, a fidelidade e a função exclusiva do sexo para reprodução, princípios estes, conforme Paul Veyne, já introduzidos na sociedade romana pelos estóicos – trata-se, em verdade, de um fragmento da ética pagã captado pelo cristianismo e por ele fomentado. O prazer sexual passou a ser visto como um mal que precisava ser evitado e fortemente combatido.

A Bíblia apresenta em trechos como Levítico 18.22²¹, Coríntios 6:10²², Romanos 1:27²³ e Deuteronômio 22:5²⁴, a condenação à homossexualidade. Mas não podemos nos esquecer que, da mesma forma, pela mesma Bíblia as mulheres eram proibidas de falar em público, regra sabidamente ultrapassada, repercutindo a visão da sociedade daquela época.

Santo Agostinho em “La cite de Deu” e também no “Contra Julianum” faz uma descrição assustadora do ato sexual, classificando-o como uma convulsão: “o corpo é agitado por terríveis tremores e o homem perde completamente o controle de si mesmo”²⁵. Ainda segundo Santo Agostinho, o célebre gesto de Adão cobrir seu sexo com a folha de parreira justifica-se pela vergonha de seu órgão sexual “mover-se” sem seu consentimento (dando a tal movimento o nome de “libido”) – o sexo descontrolado do homem seria a imagem daquilo que Adão havia sido em relação a Deus: um rebelde.

Cassiano, na mesma linha de Santo Agostinho, dedicou-se ao preparo de um tratado “Anti-Fornicação”, ensinando técnicas para se controlar a libido e pensamentos eróticos de qualquer tipo, permanecendo assim puro e casto. Antes do século XVII, os homossexuais eram descritos pela Igreja como sodomitas, uma categoria bastante ampla, que incluía contatos sexuais entre homens, homens e animais, ou homens e mulheres, de forma não reprodutiva. A sodomia era proibida por motivos religiosos e incluída na lista dos pecados graves, era classificada como pecado mudo ou vício abominável²⁶. O que definia a sodomia eram os seus comportamentos monstruosos, mas não a sua inclinação: se o indivíduo tinha o desejo de praticar a sodomia, mas não o fazia, não era considerado sodomita. O sodomita não tinha, tal como aconteceria com o homossexual, uma fisiologia ou psicologia particular. No século XVIII, a homossexualidade se laicizou, passando a ser chamada de pederastia ou infâmia,

²¹ “Com varão não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação”.

²² “Não erreis: nem os devassos, nem os idólatras, nem os adúlteros, nem os sodomitas, nem os efeminados, nem os ladrões, nem os avarentos, nem os roubadores herdarão o Reino de Deus”.

²³ “E semelhantemente, também os varões, deixando o uso natural da mulher, se inflamaram na sua sensualidade uns para com os outros, varão com varão, cometendo torpeza e recebendo em si mesmos a recompensa que convinha ao seu erro”.

²⁴ “Não haverá traje de homem na mulher e não vestirá o homem roupas de mulher, porque o Senhor abomina quem assim procede”.

²⁵ NAPHY, William. *Born to be Gay – História da homossexualidade*. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 2006, pág.74.

²⁶ Idem, *ibidem*.

continuando a ser tida como uma aberração temporária e uma confusão da natureza, sendo que tal conceito, para igreja, permanece praticamente inalterado²⁷.

A burguesia, a partir do século XVI, assumindo uma posição cultural e econômica de hegemonia, tomou para si a “recusa cristã da sexualidade”. Para a ordem político-econômica burguesa, os papéis sociais deveriam ser estritamente respeitados: a mulher assumira a função de frágil procriadora, enquanto o homem, de macho viril, sendo a família a célula do Estado burguês. O termo então corrente para descrever os sujeitos homossexuais passou a ser “invertido”, sugerindo que todo homossexual era efeminado e, conseqüentemente, portador de uma inversão sexual. Em 1862, o jurista alemão Karl Heinrich Ulrichs inventou a palavra “uranismo” para definir a homossexualidade – tal termo seria derivado de Afrodite Urânia, a musa que no discurso de Pausânias, no Banquete de Platão, representava o amor entre homens. A palavra homossexualidade propriamente dita só teria sido criada em 1869, pelo jornalista e advogado húngaro Karol Maria Kertbeny que, sob o pseudônimo de Dr. Benkert, defendia que a homossexualidade era uma condição inata, que se manifestava através de impulsos e desejos. A partir de então, inicia-se a caça aos homossexuais, prolongando-a até o século XIX, quando Freud começou a levantar os véus sobre a questão²⁸.

Os movimentos de defesa dos direitos dos homossexuais começaram a se organizar, principalmente nos Estados Unidos, em meados do século XX. O grande marco da luta destes movimentos foi a “Rebelião de Stonewall”: comuns nos anos 50 e 60, as “batidas” policiais em bares “gays” de Nova York, objetivando humilhar e espancar homossexuais, foram pela primeira vez refutadas em 27 de Junho de 1969, quando não só os freqüentadores (principalmente gays negros, latinos e “drag queens”), mas, também, a comunidade vizinha ao bar uniram-se e violentamente enfrentaram a polícia²⁹.

O termo “preferência sexual” era usado nos anos 60 por defensores dos direitos dos homossexuais, promovendo o preceito de que cada pessoa teria o direito de

²⁷ NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Caravansari, 2003, pág. 34.

²⁸ NAPHY, William. *Born to be Gay – História da homossexualidade*. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 2006.

²⁹ BURKE, Robin. *A Matter of Justice – lesbians and gay men in law enforcement*. 1ª ed. Nova Iorque: Routledge, 1996, pág. 6.

relacionar-se afetiva e sexualmente com os parceiros que preferisse, independentemente de ser ele ou não do mesmo sexo. Já o termo “orientação sexual” é hoje mais utilizado, por enfatizar uma identidade sexual fixa, no sentido de opor-se ao conceito de que a sexualidade seria uma questão de mera escolha.

A partir de Stonewall, marchas e lutas pelos direitos dos homossexuais propagaram-se pelos Estados Unidos, repercutindo na criação de fortes organizações (p.ex.: Humam Rights Campaign) e em avanços positivos no reconhecimento dos direitos deste grupo. Nos anos 80, um novo obstáculo foi apresentado aos “movimentos de liberação homossexual”: a AIDS, descrita erroneamente na época como “o câncer gay”, fez com que o combate a esta epidemia e ao preconceito a ela vinculado também entrassem no foco da luta.

Os anos 80 foram marcados pelo surgimento da epidemia de AIDS no país, tornando-se um marco importante na história dos homossexuais, não só no Brasil, mas também no mundo. Tal fato trouxe consigo a necessidade de mobilização em regime emergencial: em 1983, aconteceu em São Paulo o Primeiro Encontro Nacional de Grupos Homossexuais Organizados, com a participação de grupos do Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador, Belo Horizonte, Brasília e Recife. O Principal foco do encontro foi a criação de um sistema de prevenção e atendimento às vítimas da epidemia, que era até então tida como a “epidemia gay”, reforçando uma visão moralista quanto ao exercício da sexualidade, sendo cruelmente designada por muitos como a prova de que Deus odiava os homossexuais, o que depois foi desmistificado com a comprovação de que a doença não se limitava a tal grupo. O movimento de luta homossexual no país acabara por confundir-se com o movimento de luta contra a AIDS³⁰.

A AIDS foi, ao mesmo tempo, reveladora e estigmatizante: o verdadeiro pânico provocado pela “epidemia gay” está intimamente ligado com a possibilidade de ver-se revelado quem é homossexual, quem teve contato com o sexo desviante³¹. Por outro lado, graças à AIDS a sociedade pôde informar-se um pouco mais, pelo grande impacto causado, o que é ser homossexual e como se pratica a homossexualidade. No universo jurídico, muitas foram as medidas cautelares propostas por heróicos advogados e

³⁰ TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: (a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade)*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

³¹ Idem, *ibidem*.

promotores, primeiramente contra os planos de saúde, requerendo o atendimento que era negado às vítimas da doença, e posteriormente contra os governos Estaduais e Federais, requerendo a concessão gratuita dos medicamentos de controle da doença disponíveis. Tal mobilização resultou na alteração das regras dos planos de saúde, que passaram a ser obrigados a atender os pacientes e na criação de um dos melhores programas governamentais de atendimento às vítimas da doença, incluindo o fornecimento de medicamentos, assistência médica e psicológica.

Atualmente, os movimentos de luta pelo direito de homossexuais continuam reivindicando o respeito à cidadania no Brasil, e em quase todo mundo ocidental, buscando também o reconhecimento civil das uniões matrimoniais homossexuais. Para Adriana Nunan, na cultura ocidental contemporânea a identidade sexual tornou-se uma das dimensões centrais da identidade social dos indivíduos. Daí a importância que atribuímos à sexualidade, o temor que sentimos em relação a ela e nossa insistência em esquadrinhá-la. A sexualidade, que poderia representar a diversidade, acabou por se converter em um destino aprisionante, particularmente para aqueles que, tal como os homossexuais, apresentam uma sexualidade considerada “desviante”³².

³² NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Caravansari, 2003, pág. 36.

4.

Pesquisas Desenvolvidas com Relação à Orientação Sexual

Sigmund Freud caracterizou os humanos como naturalmente “polimorfologicamente perverso”, mostrando assim que praticamente qualquer objeto pode ser uma fonte de satisfação sexual. Para ele, quando bebês, há uma relativa indiferença com relação a estes objetos de satisfação sexual, mas conforme se observa o amadurecimento, estes objetos de satisfação sexual vão se tornando mais e mais definidos e limitados, como fruto de um processo biológico e social. Ensinava ainda que a homossexualidade era uma anormalidade do desenvolvimento emocional, sendo fator causal a fixação do jovem à sua mãe e hostilidade ao pai, o que acabaria por levá-lo a uma tendência de comportamento feminino. Ainda, as formas de homossexualidade masculina e feminina representariam uma espécie de imaturidade emocional, decorrente da falta de identificação com o papel adulto em seu próprio sexo³³.

Antropologistas observaram que, ao redor do mundo, muitos povos, inclusive aqueles com culturas semelhantes, podem ter objetos de atração sexual distintos. Apesar disto, assumem os estudiosos que em qualquer sociedade conhecida, aquilo que seja considerado como um objeto de desejo sexual apropriado passa a ser fortemente regulado e limitado – acrescenta-se o fato de que em sociedades com grande influência religiosa, somente é permitida uma classe de objeto de desejo sexual – um exemplo disto é que em alguns países islâmicos, práticas homossexuais podem levar à pena de morte.

Por muitos anos, prevaleceu entre cientistas e religiosos o conceito que a natural e normal orientação sexual humana era a exclusivamente heterossexual. A partir dos anos 50, estudos da sexologia levaram psicólogos e médicos a reconhecer a

³³ LIMA, Luiz Tenório Oliveira. *Freud*. 1ª ed. São Paulo: Publifolha, 2001.

homossexualidade exclusivamente como uma segunda orientação sexual. A partir de então, estudos foram desenvolvidos no sentido de aceitar uma “não exclusiva” orientação sexual, qual seja, a bissexualidade.

A crença de que a heterossexualidade é o “padrão” estatístico tem sido há muito questionada por alguns pesquisadores. Alfred C. Kinsey, na obra “*Sexual Behavior in the Human Male*” (Comportamento Sexual do Macho Humano), defende que a orientação sexual da população variaria gradualmente numa escala entre os dois extremos da heterossexualidade e homossexualidade, ou seja, apenas a minoria das pessoas (cerca de 5% a 10% da população) seria completamente homo ou heterossexual – a sociedade seria quem influenciaria as pessoas a escolherem o comportamento sexual “apresentado”³⁴.

As pesquisas científicas atuais indicam que a maioria da população, quando questionada, indica-se tendo uma orientação sexual predominantemente heterossexual. Entretanto, a porcentagem relativa da população que se indica como homossexual varia de acordo com os métodos e critérios de pesquisa escolhidos – a maioria das pesquisas estatísticas demonstram uma taxa de 2,8 a 9% da população como homossexuais masculinos e 1 a 5% da população como homossexuais femininos (estes percentuais podem aumentar consideravelmente em grandes cidades e diminuir bastante em áreas rurais)³⁵.

Um importante ponto demonstrado pelas pesquisas é que o número de homossexuais masculinos é praticamente o dobro do que homossexuais femininos. Já a estimativa de pessoas que se classificam como bissexuais varia de acordo com o tipo de questionamento que é formulado – alguns estudos somente consideram uma pessoa como bissexual se ela é igualmente atraída por ambos os sexos, já outros consideram como bissexual aquele que tem atração predominante por um dos sexos, mas não exclusiva. Uma porcentagem ínfima da população classifica-se como “não atraída sexualmente por ninguém” (assexuada).

³⁴ KINSEY, Alfred. *Sexual behavior in the human male*. 4ª ed. Bloomington – IN, Indiana University Press, 1984.

³⁵ ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets & into the courts*. 1ª ed. Michigan: The University of Michigan Press, 2006, pág. 112.

O pesquisador Dean Hamer, após a realização de estudos com irmãos de homossexuais masculinos em 1993, concluiu que a tendência homossexual tinha origem comum, ou seja, estava ligada ao cromossomo Xq28, transmitido pelos genes da mãe³⁶. Tal conclusão foi desmistificada em 1999 quando George Rice, da Universidade Ontário, publicou um estudo combatendo esta vinculação genética, afirmando que, em sua pesquisa com 52 pares de irmãos homossexuais, não foram encontradas tais coincidências, e desta forma não se pode garantir a vinculação genética da homossexualidade³⁷.

Os conceitos de “normal” e “anormal” com suas conotações de doença ou carregado de julgamentos morais não são mais considerados válidos pela maioria dos pesquisadores. Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association) retirou a homossexualidade de sua lista de desordens mentais, mas os psicanalistas persistiram em descrever a homossexualidade como uma perversão até os anos 1990. Finalmente, em 1998, a Sociedade Americana de Psicanalistas (American Psychoanalytic Association), em seu encontro anual em Manhattan, reconheceu sua “própria homofobia passada”, estabelecendo que “a realidade é que homossexualidade não é uma doença, não requer tratamento e não é algo mutável”. Os Conselhos Regionais de Psicologia no Brasil também não reconhecem a homossexualidade como doença, nem distúrbio, nem perversão, estabelecendo no artigo 3º de sua Resolução de Março de 1999 que “os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades”, condenando práticas que busquem “sua cura”. São altamente duvidosas as terapias de conversão de homossexuais, transformando-os em heterossexuais, apresentando tais “terapias” riscos de desenvolverem-se depressões, ansiedade, comportamento autodestrutivo e suicídio³⁸.

Entretanto, os transexuais continuam sendo diagnosticados pelo Manual de Diagnósticos e Estatísticos de Desordens Mentais (DSM-IV) como tendo uma doença mental chamada “desordem de identidade de gênero (GID)” e como sofrendo de

³⁶ Vide <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/8332896?dopt=Abstract>.

³⁷ MACEDO, Daniela Cristina Alaniz. *Uma visão jurídica e social da homossexualidade*. 1ª ed. Londrina: Eduep, 2003, pág. 18.

³⁸ NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Caravansari, 2003, pág. 95.

“disforia de gênero”. Grupos de defesa dos direitos dos transexuais lutam pela mudança de tal quadro.

A OMS (Organização Mundial de Saúde), desde 1993, com a publicação da décima revisão da Classificação Internacional de Saúde (CID X), determinou que, no item “F66 – Transtornos psicológicos e comportamentais associados ao desenvolvimento sexual e a sua orientação” constasse a seguinte nota: “A orientação sexual por si não deve ser vista como um transtorno”. Em 1995, na última revisão, o sufixo “ismo” (em homossexualismo) que significa doença foi substituído pelo sufixo “idade” (em homossexualidade) que designa um modo de ser, concluindo os cientistas que a atividade não podia ser mais sustentada enquanto diagnóstico médico, por que os transtornos derivam mais da discriminação e da repressão social, oriundos de um preconceito quanto a orientação sexual.³⁹

4.1. Causas da Orientação Sexual

As causas da orientação sexual, seus determinantes ou etiologia continuam sendo pontos controversos da ciência. Alguns estudos enfatizam teorias que buscam demonstrar que os fatores genéticos são preponderantes na orientação sexual, outros que ela seria fruto do ambiente, educação, pressão social e escolha pessoal. Apesar de tais estudos não serem conclusivos, a razão (se houver) para a orientação sexual de uma pessoa é particularmente importante nos debates atuais sobre a questão.

O economista Richard A. Posner apresenta a tese de que a economia tem uma influência direta na orientação sexual das pessoas, com base em uma relação de custo e benefício. Segundo tal autor, a existência de leis anti-homossexuais, bem como de preconceitos contra eles, faz com que, na primeira análise econômica, seja mais “barato” ser heterossexual, frente a não existência de gastos com questões de justiça, maior facilidade em conseguir-se empregos, considerando-se a grande discriminação contra homossexuais, menores gastos com preservativos, no intuito de evitar-se doenças erroneamente relacionadas às práticas homossexuais, etc.⁴⁰

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

⁴⁰ ESTLUND, M. David e NUSSBAUM, Martha C. *Sex, Preference, and Family – essays on law and nature*. 1ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, pág. 197.

Aqueles que consideram o comportamento sexual de um “gay” (homossexual masculino) ou de uma lésbica (homossexual feminino) uma ofensa às crenças religiosas, muitas vezes apoiam-se na idéia de que a homossexualidade é fruto de uma escolha sexual consciente ou ainda resultado de uma educação errônea, que deve a todo custo ser evitada. Os que se opõem ao preconceito justificam que o desejo sexual é espontâneo e imutável, não se tratando de uma questão de mera “escolha” – se assim fosse, numa sociedade preconceituosa e machista como a que vivemos, ninguém “escolheria” ou “optaria” por praticar atos sexuais que ofenderiam ao “padrão sexual aceitável”.

Na mesma linha, aqueles que entendem que a homossexualidade ofende a Deus, mas é algo imutável, ou seja, fruto de características genéticas ou ligadas à formação da personalidade, justificam a discriminação com base em conceitos morais, alegando que relações saudáveis e aceitáveis seriam somente as heterossexuais. Os críticos a tal postura alegam que o conceito de “moral” ou “imoral” não se aplicaria a questões relativas à orientação sexual, tendo em vista que tal conceito varia de sociedade para sociedade, de pessoa para pessoa.

4.2. Orientação Sexual como uma Construção

Por ser a orientação sexual um assunto complexo e multidisciplinar, algumas escolas e pesquisadores arguem que “orientação sexual” é uma construção histórica e social. Michel Foucault ensina que o conceito de homossexualidade hoje é diferente do século XVIII, onde se falava apenas em “sodomia”⁴¹. O conceito de “sodomia” engloba todos os atos sexuais “não reprodutivos”, que contrariavam os ensinamentos da igreja no ocidente, sendo tais atos por vezes ignorados, por vezes severamente punidos.

Foi no século XIX que a homossexualidade começou a ser tratada pelas ciências e artes emergentes e classificada como uma forma de perversão sexual foi também nessa época, que emergiram os primeiros discursos defendendo a homossexualidade como algo natural e legítimo.

Foucault sugere que a sociedade ocidental abandone o projeto do século XIX de classificar as diferentes formas de comportamento ou orientação sexual e pergunte-se “o

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pág. 92.

que é sexualidade e como as pessoas em tempos e lugares e diferentes entendem seus corpos e desejos?”. Por exemplo, nas ilhas Melanésias, a prática de sexo oral entre homens adultos e adolescentes é vista de forma completamente diferente dos Estados Unidos e Europa, sendo que os Melanésios entendem tais atos como parte de sua cultura, não como algo vinculado à sexualidade. A mesma diferença de tratamento ocorre quando verificamos a questão da homossexualidade na Grécia Antiga e na sociedade Ocidental moderna⁴². Lembra ainda o grande autor que “..*toda atenção loquaz com que nos alvoroçamos em torno da sexualidade há dois ou três séculos não estaria ordenada em função de uma preocupação elementar: assegurar o povoamento, reproduzir a força de trabalho, reproduzir a forma das relações sociais: em suma, proporcionar uma sexualidade economicamente útil e politicamente conservadora*”⁴³, tudo isso no intuito de perpetuar-se o modelo paternalista e machista que domina e guia nossa sociedade.

Destaca ainda o pensador francês que a sexualidade não deixa de ter estreita relação com estruturas, exigências, leis, regulamentações políticas que têm para ela uma importância capital: no entanto, não se pode esperar da política formas nas quais a sexualidade deixaria de ser problematizada. Segundo ele, no Ocidente não se ensina a fazer amor, a obter o prazer, a dar prazer aos outros, a maximizar, a intensificar seu próprio prazer pelo prazer dos outros, mas em contrapartida, busca-se desesperadamente o “desenvolvimento de uma ciência sexual”, a criação de dogmas, etiquetas.

Contrariando o pensamento avançado do filósofo francês, John Finnis, jusnaturalista americano, apresentado em 1994 à Suprema Corte do Estado Americano do Colorado. Sua pesquisa justificando que o Estado é ente legítimo para coibir quaisquer formas de relações sexuais não procriativas, inclusive a masturbação, por não serem elas “naturais” e contrariarem a moral e a família⁴⁴.

Os ensinamentos de Foucault levam a duas conclusões: i. – a sexualidade humana é extremamente complexa, sendo que “enquadramentos” específicos da inter-relação entre corpo e sexualidade são construções sociais e; ii – o comportamento

⁴² FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

⁴³ FOUCAULT, Michael. *História da sexualidade*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984, pág. 29.

⁴⁴ BAMFORTH, Nicholas. *Sexuality, Morals & Justice: a theory of lesbian & gay rights law*. 1ª ed. London: Cassel, pág. 155 e ESTLUND, M. David e Nussbaum, Martha C. *Sex, Preference, and Family – essays on law and nature*. 1ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, pág. 91.

humano deve ser interpretado no contexto cultural do meio em que se vive, sendo que a linguagem de uma cultura muitas vezes é inapropriada para descrever práticas ou crenças de outra.

Na Inglaterra, mesmo após a promulgação do documento final da Comissão Wolfenden, que descriminava os atos homossexuais consensuais, os debates continuaram acirrados, discutindo-se continuamente a controvérsia entre uma moral convencional, segundo a qual as regras morais se fundem sem convenções, e uma moral crítica, em que as regras morais devem ser submetidas a certos crivos da razão. Ronald Dworkin, ensaísta britânico, manifestou-se nos anos 70 acerca de tal questão, demonstrando que os preconceitos não são razões válidas, tendo em vista que: a) acreditar que os homossexuais são inferiores porque não realizam atos heterossexuais não se justifica como julgamento moral de superioridade ou inferioridade; b) o sentimento pessoal de nojo ou repulsa não é razão suficiente para um julgamento moral; c) o julgamento moral baseado em razões de fato, que são falsas ou implausíveis, não é aceitável, sendo factualmente incorreto dizer-se que os atos homossexuais debilitam, ou que não há práticas homossexuais na natureza, ou seja, em outras espécies animais sexuadas; d) o julgamento moral baseado nas crenças alheias (“Deus odeia os homossexuais”) também não está suficientemente justificado⁴⁵.

⁴⁵ SUR – *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2005, ano 2, n. 2. Edição em Português, texto produzido pelo prof. José Reinaldo de Lima Lopes, pág 69.

5.

Anti-Sodomia, Anti-Homossexualidade e Anti-Preconceito

Leis anti-sodomia são leis que tipificam como crimes práticas sexuais não direcionadas à procriação (por ex.: sexo anal, oral, etc.). A origem de tais leis está vinculada às crenças religiosas e culturais, que classificavam a sodomia como um “abominável e detestável crime contra a natureza”. Rodrigo da Cunha Pereira ensina-nos que “*o Direito, por meio de seus instrumentos normativos, a que genericamente chamarei de leis, vem organizar, limitar e barrar o excesso de gozo, frear ou conter os impulsos, principalmente para aqueles que não conseguem fazê-lo por si mesmos*”⁴⁶.

Enquanto muitos países do mundo têm ou tiveram “leis anti-sodomia” (Sodomy Law) ou outras práticas sexuais, este termo foi principalmente usado nas discussões sobre tais assuntos ocorridas na Suprema Corte Americana em 2003. Um erro muito comum a respeito das leis anti-sodomia é a confusão delas as de “anti-homossexualidade”. A maioria das leis anti-sodomia ao redor do mundo tipificam como crime a prática, por exemplo, de sexo oral e anal entre homossexuais ou heterossexuais. Apesar disso, tais leis foram historicamente executadas primeiramente contra homossexuais. A justificativa para que o foco de tais leis fossem precipuamente homossexuais está no fato de que, ao criarem-se preceitos punitivos a tais práticas, estar-se-ia desestimulando, de forma dura e explícita, quaisquer atos que fugissem aos padrões impostos pela sociedade paternalista heterossexual.

Na Inglaterra, Henry VIII introduziu a primeira legislação especificamente contra práticas homossexuais, que classificava como “atos contra natureza” – a “Buggery Act” de 1522. Referida lei previa como pena máxima o enforcamento, e foi com base nela que o famoso escritor inglês Oscar Wilde foi condenado à prisão. Em

⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pág. 45.

1957, foi publicado na Inglaterra um importante documento legislativo conhecido como “Wolfenden Report” – por tal documento, deixavam de ser considerados ilícitos os atos sexuais entre dois homens adultos, desde que não na presença de outras pessoas⁴⁷. Tal ato foi estendido em 1967 para o País de Gales, em 1980 para a Escócia e em 1982 para a Irlanda do Norte. A promulgação do “Ato dos Direitos Humanos” de 1998, por fim legalizou as práticas homossexuais no Reino Unido e, desde 2006, as uniões entre homossexuais são legalmente reconhecidas. Após a publicação do “Wolfenden Report” na Inglaterra, muitos governos ocidentais, incluindo alguns estados dos Estados Unidos, começaram a repelir leis contra a prática da homossexualidade, a despeito da manutenção das leis anti-sodomia.

Nos Estados Unidos, berço das grandes lutas dos movimentos homossexuais, a questão legislativa relacionada apresentava-se bastante conturbada. Cada estado americano possui sua própria constituição, leis e cortes, e acima delas, há a Corte Federal, que pode invalidar as decisões dos Estados.

Em 22 dos estados norte-americanos, até há pouco tempo, era criminalizada a prática de qualquer ato sexual que não fosse a cópula vaginal. Apesar de em muitos destes estados não constar de forma explícita a condenação de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, tal criminalização, por óbvio, teve como alvo principal os homossexuais masculinos e femininos. Por mais absurdo que pareça, não foram poucos os casos de prisões ocorridas em residências de homossexuais, no intuito de inibirem-se práticas sexuais entre eles, ainda que consensuais e entre maiores de idade.

Em 1986, no Caso *Bowers v. Hardwick*, a Suprema Corte Americana pronunciou-se no sentido de que de que o Tribunal da Geórgia poderia aplicar a lei local anti-sodomia, que criminalizava a prática de sexo oral ou anal. Hardwick era um cidadão que foi abordado em um bar de frequência gay por um policial “à paisana”. Após conversarem e beberem, Hardwick convidou tal policial para ir consigo a sua casa. O policial, que estava “em missão”, perguntou a Hardwick para que iriam à casa dele e, quando Hardwick respondeu que gostaria de fazer sexo com ele, o policial revelou-se como tal, prendeu-o em flagrante. Tal decisão causou grande comoção nos Estados Unidos, aumentando a luta e atenção dos grupos de proteção dos direitos de

⁴⁷ GREY, Antony. *Speaking out*. 1ª ed. Londres: Cassel, 1997.

homossexuais, tendo em vista que, por ela, o direito à privacidade foi totalmente ultrajado, tornando-se mais urgente a necessidade de que as leis anti-sodomia fossem derrubadas. A justificativa para tal decisão, que para nós é absurda, está intimamente ligada com o período em que foi proferida: início dos anos 80 quando os Estados Unidos começaram a se defrontar com os primeiros casos de AIDS e com toda a comoção gerada, sendo tal fenômeno chamado de “Rock Hudson AIDS phobia”⁴⁸.

Apenas em 26 de junho de 2003, a Suprema Corte Americana reviu seu posicionamento, através do julgamento no caso *Lawrence v. Texas*, classificando como inconstitucionais leis estaduais que criminalizassem atividades sexuais privadas, consentidas e não comerciais entre adultos, não somente no Texas, mas em todos os Estados Americanos⁴⁹. No texto do acórdão prolatado do julgado, a Suprema Corte Americana determinou que:

Adult may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons. When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring. The liberty protected by Constitution allows homosexual person the right to make this choice (2478)⁵⁰.

Entretanto, cabe ressaltar que permanecem em vigor legislações estaduais “anti-gays”, como a do Estado Americano do Colorado onde, na Emenda 2 à Constituição Estadual, fica consignado que:

Neither the State of Colorado, through any of its branches or departments, nor any of its agencies, political subdivisions, municipalities or school districts, shall enact, adopt or enforce any statute, regulation ordinance or policy whereby homosexual, lesbian, or bisexual orientation, conduct, practices or relationships shall constitute or otherwise be the basis of or entitle any person or class of persons to have or claim any minority

⁴⁸ ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets & into the courts*. 1ª ed. Michigan: The University of Michigan Press, 2006, pág. 97.

⁴⁹ Vide capitulo Bowers v Hardwick – 1986. BAMFORTH, Nicholas. *Sexuality, Morals & Justice: a theory of lesbian & gay rights law*. 1ª ed. London: Cassel, pág. 26.

⁵⁰ “Adultos podem realizar escolhas, através de seus relacionamentos, no confinamento de seus lares e em suas vidas privadas, mantendo sua dignidade como pessoas livres. Quando a sexualidade encontra sua expressão na conduta íntima com outra pessoa, tal conduta pode ser um elemento de relação pessoal mais duradouro. A liberdade protegida pela Constituição permite aos homossexuais o direito de fazer suas escolhas”. Em ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets & into the courts*. 1ª ed. Michigan: The University of Michigan Press, 2006, pág. 84.

status, quota preferences, protected status or claim of discrimination. This Section of the Constitution shall be in all respects self-executing”⁵¹.

A origem de tal legislação está no grupo fundamentalista cristão “Colorado Springs”, que alega que homossexuais estariam intimamente ligados ao aumento de casos de abusos sexuais de crianças.⁵²

Na Alemanha também observamos um passado histórico com duras leis anti-homossexuais. Durante a Segunda Grande Guerra, os nazistas foram responsáveis pelo aprisionamento de dezenas de milhares de homossexuais masculinos em campos de concentração, submetendo-os, em virtude do ódio, a violências físicas, psicológicas e, como ato final de selvageria, à morte. Muito se fala no genocídio de judeus na Segunda Guerra Mundial, mas pouco se fala da mortandade de ciganos, portadores de deficiências e de homossexuais, que não foram menos cruéis e que também alcançaram números espantosos⁵³.

Em 1945, com o final da guerra, a então Alemanha Ocidental continuou impondo aos homossexuais sobreviventes a aplicação do art. 175 do Código Penal Alemão, cujo teor já servira originalmente para que os nazistas efetuassem as prisões. Os sobreviventes judeus pleitearam e receberam indenizações pelas brutalidades de guerra, enquanto aos homossexuais, tal indenização não foi oferecida⁵⁴. O Código Penal alemão, na redação de 1969, ainda punia relações homossexuais entre homens com menos de 21 anos, bem como a exploração de relações de dependência e a atuação profissional, sendo tal quadro alterado pela reforma penal de 1974, que somente manteve a proteção à juventude, com um limite de idade de 18 anos.

⁵¹ “Nem o Estado do Colorado, através de qualquer de suas partes ou departamentos, nem qualquer de suas agências, subdivisões políticas, municipalidades ou distritos escolares, deverão agir, adotar ou cumprir qualquer estatuto, regulamento, ordem ou política através da qual orientação homossexual, lésbica ou bissexual, condutas, práticas ou relações venham a constituir ou servir de base ou dar poderes a qualquer pessoa ou classe de pessoas a ter ou reclamar qualquer status de minoria, quotas preferenciais, status protetivo ou reclamação de discriminação. Esta seção da Constituição deverá ser em todos aspectos auto-executável”. Em ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets & into the courts*. 1ª ed. Michigan: The University of Michigan Press, 2006, pág. 143.

⁵² ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets & into the courts*. 1ª ed. Michigan: The University of Michigan Press, 2006, pág. 155.

⁵³ BAMFORTH, Nicholas. *Sexuality, Morals & Justice: a theory of lesbian & gay rights law*. 1ª ed. London: Cassel, 1997.

⁵⁴ Idem, *ibidem*, pág. 23.

A Legislação promulgada pelo advento da Comunidade Européia (Convenção Européia) prevê, em seu Artigo 8º, que não pode haver criminalização para sexo privado entre até duas pessoas do mesmo sexo, maiores de 21 anos e que não estejam nas forças armadas⁵⁵. Em países como Holanda, Inglaterra, Suíça e Espanha, práticas homossexuais há muito não são criminalizadas e casais homossexuais podem inclusive casar-se civilmente. Por outro lado, a Polônia tem sido atualmente acompanhada muito de perto, frente às ameaças retrógradas de criação de legislação anti-homossexuais⁵⁶, e a Rússia também tem apresentado sinais de homofobia, ao proibir manifestações de homossexuais, apresentando ainda um rotineiro “controle moral” em suas ruas, no intuito de intimidá-los e agredi-los⁵⁷.

Na América Latina, apenas a Argentina possui, desde abril de 2003, legislação autorizando a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Na Colômbia, em junho de 2007 foi aprovada tal legislação na Câmara dos Deputados, mas barrada logo em seguida no Senado. A forte presença da Igreja Católica na região faz com que qualquer tentativa de avanço legislativo relativamente às questões de orientação sexual seja bloqueada ou atrasada, tendo em vista o conceito católico de que a homossexualidade ofende a Deus e contraria às escrituras e que o prazer vinculado ao sexo é pecaminoso e deve ser evitado⁵⁸.

O Comitê das Nações Unidas para os Direitos Humanos talvez seja o foro internacional mais apropriado às discussões relativas a discriminações em virtude de orientação sexual: apesar da dificuldade de “obrigar-se” as nações ao cumprimento de suas decisões, em virtude principalmente das questões relacionadas à autonomia, a discussão e polêmicas criadas por tais processos causam minimamente um grande desconforto internacional.

⁵⁵ WITEMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, The European Convention and the Canadian Charter*. 1ª ed. Nova Iorque, Oxford University Press Inc., pág. 248.

⁵⁶ A Comunidade Européia exigiu que a Polônia adequasse à norma 2000/76 que proíbe a discriminação por motivos de orientação sexual, com base no art. 15 do Tratado da União Européia, tendo em vista a proposta em trâmite no Parlamento Polonês de punir todos que se propõem a falar sobre homossexualidade em ambientes escolares, incluindo-se em universidades (vide em Folha on line: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u105696.shtml>).

⁵⁷ Vide notícia da *Folha de São Paulo* de 18/06/07 sobre a violência contra homossexuais na Rússia <http://noticias.uol.com.br/ultnot/2007/06/18/ult23u406.jhtm>

⁵⁸ *Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Em tal Comitê foi proferida, em 31 de março de 1994, marcante e inédita decisão em uma Corte Internacional: o Comitê entendeu, ao analisar o caso *Toonen v. Austrália*, que as leis da Tasmânia (Estado australiano) que proibiam o sexo entre homens, constituía um ato arbitrário, contrário ao princípio da privacidade e aos direitos políticos⁵⁹. Constatou-se ainda que a criminalização da homossexualidade não é um ato razoável ou medida proporcional no sentido de alcançar-se um controle na proliferação da AIDS. Após tal decisão o referido texto legal foi alterado, retirando-se dele a criminalização e discriminação combatidas.

A tendência progressista das nações ocidentais não tem sido seguida por outras regiões do mundo, onde a sodomia permanece sendo um crime grave, e o tratamento desigual não é apenas tolerado, mas exigido. Práticas homossexuais continuam sendo punidas com pena de morte no Afeganistão, Mauritânia, Irã, Nigéria, Paquistão, Arábia Saudita, Sudão, Emirados Árabes Unidos, Iêmen; e com pena de prisão em Bangladesh, Butão, Guiana, Índia, Ilhas Maldivas, Nepal, Singapura, Nicarágua e Uganda⁶⁰.

Destaque-se que a tolerância é, antes de tudo, uma exigência ética, sendo conceitualmente classificada em dois tipos: passiva e ativa. A primeira é caracterizada como a atitude de quem aceita a coexistência como “falta de opção”, repercutindo na indiferença, pusilanimidade e na comodidade. Já a segunda, buscada pelos movimentos de defesa dos direitos sexuais, caracteriza-se pelo convívio positivo de quem tem respeito pelo outro e aceita a riqueza multifacetada da realidade. Lembremos por fim que na natureza, as diferenças são irreduzíveis e curiosamente todas elas coexistem e convivem, mesmo dentro de tensões e contradições⁶¹.

5.1. Brasil: de Anti-Sodomita à pretensão Anti-Preconceito

As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, em Portugal e consecutivamente no Brasil, estipulavam rígidas penas para sodomia, considerada, “entre todos os pecados, o mais indigno, sujo e obscuro” e, como consequência. “*todo*

⁵⁹ WINTERMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, The European Convention and the Canadian Charter*. 1ª ed. Nova Iorque, Oxford University Press Inc., pág 144.

⁶⁰ ROUGHGARDEN, Joan. *Evolution's Rainbow*. 1ª ed. Berkeley: University of California Press, 2004.

⁶¹ BOFF, Leonardo. *Virtudes para um outro mundo possível*. Vol. II: convivência, respeito, tolerância. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

homem que cometer tal pecado, por qualquer motivo que seja, será queimado e feito por fogo em pó, por tal que já nunca de seu corpo e sepultura possa ser ouvida memória". Já no caso de obscenidades, *"as pessoas que com outras do mesmo sexo cometerem o pecado de molícia, serão castigadas gravemente com degredo de galés e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverança do pecado"* e *"aquele que tiver conhecimento de algum culpado deste pecado e não denunciar aos tribunais será degredado para sempre fora do Reino"*. Apesar de teoricamente ser muito severa, constatou-se que na prática os sodomitas eram quase todos condenados ao degredo (Brasil ou África) e poucos à fogueira⁶².

As ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até a promulgação da Constituição de 1824. Ainda que a Constituição do Império (1824) atualizasse em linhas gerais as Ordenações Filipinas, o Código Criminal, sancionado em 1830, trouxe o que de mais moderno havia em tal matéria. Com tal código, a sodomia desapareceu da legislação pátria, ao contrário de países como os EUA, Alemanha e Áustria, que só posteriormente reformariam seus textos legais. Tratava-se da vanguarda jurídica inspirada pelo Código Napoleônico (1810) e Napolitano (1819), influenciando o Código Espanhol e os Códigos de muitos países latino-americanos.

Passa-se a partir de então vigorar a "sanção tácita" às relações homossexuais no Brasil, tidas então como uma "ofensa à moral e aos bons costumes". O Código Penal Republicano de 1890 retrocedeu ao trazer a figura do "crime contra a segurança da honra e honestidade das famílias ou ultraje ao pudor", eventualmente aplicado aos homossexuais, incluindo-se também nele o tipo penal que "condenava quem se travestisse com trajes impróprios de seu sexo e os trouxesse publicamente para enganar"⁶³.

Após uma reforma em 1932, foi promulgado um novo Código Penal em 1940, até hoje em vigor. A partir dele, o tema perdeu a relevância penal, deixando de ser "criminalizado" ou oficialmente punido. A única exceção a tal postura positiva está contida no Código Penal Militar (Dec. Lei 1001/69), que no seu artigo 235, ao proibir a prática de atos libidinosos em áreas militares, desnecessariamente inclui a

⁶² CAETANO, Marcello. *História do Direito Português (1140-1495)*. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1985.

⁶³ TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: (a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade)*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, pág. 87.

preconceituosa expressão “pederastia” (art. 235: praticar a pederastia ou outro ato de libidinagem).

Já no que diz respeito ao combate à discriminação, analisando o histórico legislativo nacional, observa-se que o tema da orientação sexual nunca seriamente tratado. A Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, a famosa Lei Afonso Arinos, revolucionou ao penalizar o preconceito de raça e cor, sendo posteriormente ratificada e complementada pelas Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969 e finalmente pela Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985; já o Decreto Legislativo nº 104 de 1964 ratificou a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, proibindo a discriminação com base em cor, raça, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão. A Lei nº 4.898 de 9 de dezembro de 1965 tratou apenas da questão do livre exercício de culto religioso. As Constituições do Brasil de 1967 e 1969 ratificavam a punição ao preconceito de raça, sexo, cor e religião, e por fim, a Lei nº 6.002, de 19 de dezembro de 1973 tratava especificamente da questão do índio e da cultura indígena. Apenas a Lei 9.612/98, em seu artigo 4º, faz uma menção à “preferência sexual”.

Qual a razão para que em nenhum destes textos legais, ter-se fomentado o combate à discriminação quanto à orientação sexual? Seria porque não existiam homossexuais, bissexuais ou transexuais naquelas épocas? Existiam sim, mas com muito menos visibilidade que na atualidade e sofrendo muito mais preconceito e segregação.

A Carta Magna de 1988 consolidou a posição brasileira de refutar, ainda que ideologicamente, uma postura preconceituosa ou segregatória quanto à orientação sexual. Destaque deve ser dado na Constituição Federal aos artigos 3º, IV, art. 5º, XLI e art. 7º, XXX. Analisando tais preceitos, salta o questionamento sobre o porquê do legislador constitucional não ter explicitado a proibição ao preconceito quanto à orientação sexual, repetindo a estratégia legislativa de manter tal questão afastada dos textos legais, como exemplificado no grande número de textos legais anti-discriminatórios supracitados. Prof. José Afonso da Silva nos ajuda a responder tal questão ao nos contar que:

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definitiva que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se medo que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceito.⁶⁴

Talvez, se o legislador constitucional tivesse tido acesso a abordagens de qualidade sobre o assunto, o receio de utilizar-se da expressão “orientação sexual” teria sido superado. Mas, independentemente da não explicitação da expressão “orientação sexual”, clara e inequívoca foi a intenção do legislador constitucional de não permitir condutas preconceituosas ou discriminatórias no país. No destacado art. 3º, IV de nossa Carta Magna, ao determinar que a promoção do bem de todos, independentemente de qualquer forma de discriminação é objetivo de nossa Nação, não se restringiu o legislador a condenar a discriminação por raça, sexo ou religião: incluída, também, deve estar a repudia da Nação à discriminação em virtude da orientação sexual. É importante destacar que as proibições de diferenciação têm sua raiz na enunciação geral do princípio da igualdade, cujo aspecto formal se reforça mediante a enumeração destes critérios, não havendo a obrigatoriedade da expressa enunciação da proibição de discriminação, sendo equívoco o raciocínio que sustenta a taxatividade dos critérios proibitivos de diferenciação⁶⁵.

Em sintonia com este princípio anti-discriminatório, manifestou-se o Desembargador Waldemar Mariz de Oliveira: “... a proibição de uma pessoa de hospedar-se em um hotel, por força da cor de sua pele, representa, por parte da direção do estabelecimento, uma discriminação de natureza racial, que afronta os direitos constitucionais dos cidadãos”. O mesmo pode dizer-se da proibição de

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, pág. 138.

⁶⁵ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

hospedagem ou de frequência a um determinado estabelecimento por razões de orientação sexual ou gênero.

Também no art. 5º, XLI do mesmo diploma, observa-se que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. O pleno exercício da orientação sexual caracteriza-se também como o pleno exercício de uma liberdade fundamental. O ranço inquisitorial que pode ainda permear alguns debates sobre o assunto não pode encobrir a verdade de que, pelo texto constitucional, podemos sim exercer livremente nossa sexualidade, a despeito dos preconceitos existentes: vivemos em sociedade que se acanha ao assumir seu racismo, mas não teme bradar seu repúdio à homossexualidade ou qualquer outra conduta sexual que fuja daquela aceita como “normal” ou “inofensiva” ao padrão machista e paternalista adotado.

Infelizmente, nos textos legais anti-discriminatórios posteriores à promulgação da Constituição, a omissão do combate à discriminação por questões relacionadas à orientação sexual foi mantida: as Leis nº 7.7126, de 05 de janeiro de 1989, nº 8.081, de 212 de setembro de 1990, nº 8.882, de 3 de junho de 1994, nº 9.029, de 13 de abril de 1995, nº 9.455, de 07 de abril de 1997 e nº 9.459, de 13 de maio de 1997 tipificam e punem condutas discriminatórias relacionadas à raça, religião e cor, mas nunca relacionadas à orientação sexual, e enquanto isso, nosso país continua sendo um dos mais violentos também no que tange a crimes cometidos contra homossexuais.

Objetivando sanar a falta de especificidade no que se refere à proteção quanto à orientação sexual do indivíduo, a ex-deputada Marta Suplicy apresentou, em 1995, a Proposta de Emenda à constituição – PEC – nº 139. Esta PEC, que permanece sem apreciação pelo Congresso Nacional, propõe emendas aos artigos 3º e 7º da Constituição Federal, atribuindo-lhes as seguintes redações⁶⁶:

Art. 3º: (...)

IV – promover o bem de todo, sem preconceitos de origem, raça, sexo, *orientação sexual*, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Art. 7º: (...)

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, *orientação sexual*, idade, cor ou estado civil.

⁶⁶ MACEDO, Daniela Cristina Alaniz. *Uma visão jurídica e social da homossexualidade*. 1ª ed. Londrina: Eduel, 2003, pág. 44.

Justificando a PEC, a ex-deputada destacou o fato de que, durante a elaboração da Constituição de 1988, as subcomissões dos Negros, das Populações Indígenas e das Pessoas Portadoras de Deficiência do Congresso Constituinte aprovaram, em 25.05.1987, o seguinte texto para o que seria o artigo 2º:

Art. 2º. Todos, homens e mulheres, são iguais perante a lei, que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos e aos aqui estabelecidos.

Parágrafo 1º – Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, etnia, raça, cor sexo, trabalho, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, ser portador de deficiência de qualquer ordem e qualquer particularidade ou condição social (...).

Entretanto, com a justificativa de “enxugar” o texto constitucional, o relator da Comissão de Sistematização, Deputado Bernardo Cabral, excluiu a expressão “orientação sexual” daquela redação. Quando da revisão constitucional de 1993, o Deputado Fábio Feldmann, já havia apresentado a proposta de emenda constitucional – PRE – nº 0006951-4⁶⁷. Esta emenda visava modificar o inciso XXX do artigo 7º, dando a seguinte redação: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, idade, cor ou estado civil”. Infelizmente, tal matéria nem chegou a ser apreciada pelo Congresso naquela ocasião. Sendo assim, a referida PEC nº 139, de 1995, em nada inovou, e apenas reapresentou para análise do Legislativo a proposta que visa incluir entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor e idade, e orientação sexual.

Algumas leis estaduais começam a vigorar no intuito de implementar o preceito constitucional prescrito no art. 5º, XLI, estabelecendo punições àqueles que pela discriminação, atentarem contra o direito ao exercício da orientação sexual.

O Projeto de Lei nº. 667/200 foi aprovado pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo em 9 de outubro de 2001, tornando-se então na Lei Estadual nº. 10.948/01. Em seus nove artigos, estabelece punições às manifestações atentatórias ou

⁶⁷ CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

discriminatórias praticadas contra o cidadão homossexual, bissexual ou transgênero. Dentre os avanços de tal lei, destaca-se a garantia ao acesso de homossexuais, bissexuais e transgêneros a hospedagens, hotéis e similares, bem como em qualquer estabelecimento privado ou público (verifica-se ainda em muitos Estados que a frequência de homossexuais não é permitida em alguns motéis, restaurantes e outros estabelecimentos) e a livre expressão e manifestação de afeto em lugares onde sejam permitidos aos demais cidadãos. Aos que descumprirem tal lei, são impostas penas pecuniárias e a de suspensão ou cassação da licença estadual de funcionamento⁶⁸.

Minas Gerais, Mato Grosso, Sergipe e Rio Grande do Sul também têm seus diplomas legais anti-discriminatórios. Na contramão de tais avanços, no Estado do Rio de Janeiro, que também possui seu texto legal anti-discriminatório (Lei nº 3.406, de 15.05.2000), foi proposto em 2004 um projeto de Lei para a regulamentação de tratamentos de “cura” para a homossexualidade, a serem oferecidos na rede pública de saúde. Graças ao bom-senso dos legisladores cariocas e à pressão da sociedade civil, tal projeto não foi aprovado.⁶⁹

A despeito destes avanços legislativos, não podemos fechar os olhos para a situação de risco que vivenciam os homossexuais em nosso país. Os números da violência contra gays e lésbicas notadamente destacam a intolerância brasileira: em 2002 foram assassinados 126 homossexuais, isto é, a cada 3 dias um homossexual é brutalmente assassinado no Brasil. Tal informação é ratificada pelos relatórios da Anistia Internacional, do departamento de Estado norte-americano e da Associação Gay e Lésbica internacional, colocando o Brasil como campeão mundial de assassinatos de homossexuais, sendo equiparado a países como Irã, Iraque, Sudão e Zimbábue, países onde a homossexualidade é tida como crime.

Ao falar-se em homicídios de homossexuais estamos nos referindo exclusivamente a homicídios cujo principal motivo foi a orientação sexual da vítima, não se incluindo casos cujo crime ocorreu por outras razões. Este tipo de homicídio é conhecido como “crime de ódio”, isto é, crime no qual o indivíduo é vitimizado devido a sua raça, religião, nacionalidade, orientação sexual, sexo ou deficiência. A violência

⁶⁸ CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia: Programa de Combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

⁶⁹ Idem, *ibidem*.

com que tais crimes são cometidos, choca e chama atenção para que nós, sociedade civil, nos mobilizemos para mudar tal cenário⁷⁰.

5.2. Situações atuais de conflito

Ao caracterizarmos o Brasil como um país pretensamente anti-preconceito, o fizemos com base na constatação da nossa realidade atual. A estrutura social paternalista e conseqüentemente machista predomina no seio de nossa nação, repercutindo de forma retrógrada e preconceituosa nos mais diversos ramos da sociedade. Os exemplos que elencaremos adiante são apenas alguns em cujo Direito deve intervir, seja através de tutelas difusas ou coletivas, ou ainda individuais, para garantir de forma concreta e imediata a aplicabilidade dos princípios de respeito à dignidade humana, isonomia, privacidade, entre outros, combatendo, veementemente, a homofobia em nosso país.

Define-se homofobia como sendo a aversão a homossexualidade ou homossexual⁷¹. Na prática, sabemos que esta aversão não fica apenas no pensamento daqueles que não aceitam conviver com a diferença: ela consubstancializa-se muitas vezes de forma concreta, através de medidas de violência física ou psicológica contra homossexuais, bissexuais ou transexuais, ou ainda por atitudes que objetivam a exclusão deles do meio social, como uma forma de retaliação pela ousadia de exporem-se nos diversos segmentos da sociedade: trabalho, escola, família, igreja, etc. A homofobia é verificada de forma mais presente do que outras formas de preconceito e discriminação. Se hoje não são toleradas formas ou referências discriminatórias a judeus, mulheres ou negros, ainda são toleradas e até estimuladas as manifestações de homofobia.

Acreditamos, verdadeiramente, que a origem de tal conduta preconceituosa está intimamente ligada a dois principais fatores: o primeiro é à falta de conhecimento a respeito da sexualidade humana e conseqüentemente acerca da própria sexualidade; e o

⁷⁰ Vide levantamentos estatísticos acerca de homicídios cometidos contra homossexuais, realizado pelo combativo Grupo Gay da Bahia, em sua página na internet: <http://www.ggb.org.br/downloads/word003.doc>.

⁷¹ HOUAIS, Antônio e Villar, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, pág. 391.

segundo é a intolerância, que é a não aceitação das diferenças, inerentes à existência humana. A ignorância e a intolerância são indissociáveis e não raro estão de mãos dadas com outro negativo sentimento: o medo. O medo de ver na existência alheia a consumação dos próprios e frustrados desejos, sonhos e fantasias que permeiam o consciente ou subconsciente, aliado ainda à moral judaico-cristã machista, que, não raro, encaminha o indivíduo a condutas homofóbicas, violentas, ou não.

5.2.1. Escola e Trabalho

Deve a escola, do ensino fundamental ao universitário, preparar o jovem para a vida em sociedade, inculcando nele, para isso, valores como ética, respeito e solidariedade. No Brasil, em pesquisa recente realizada pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura), 47% dos entrevistados declaram não desejar ter como vizinho um homossexual. E a escola, que deveria ser o fórum de preparo contra tal conduta discriminatória, não está nada preparada para tal seara: 59,5% dos professores declararam-se não preparados para discutir com alunos questões relacionadas à orientação social⁷². Declara a UNESCO que tal quadro reflete a sociedade no qual está inserido, relacionando a origem do preconceito quanto à orientação sexual ao preconceito contra o gênero, ou seja, no caso em tela contra a mulher: ser visto na escola como o “mulherzinha” ou o “efeminado” é estar-se indiretamente associado à figura inferiorizada da mulher em nossa sociedade.

Todos nós conhecemos alguém em nossa história escolar que, por apresentar comportamento distinto do esperado para o seu gênero (rapaz afeminado ou moça masculinizada), era motivo de escárnio diário na escola. E o pior é que ninguém fazia nada para impedir tais condutas verdadeiramente homofóbicas: nem colegas, professores, diretores ou familiares. Hoje, com o advento da internet, a questão tomou dimensões ainda maiores. Recentemente, uma escola particular de São Paulo solicitou que os pais retirassem o filho adolescente da escola, após os colegas descobrirem, através do site de relacionamento “Orkut”, que o rapaz manifestara interesse sexual por homens. A família do rapaz, no intuito de evitar polêmicas, retirou-o da escola como

⁷² Vide em *Folha de São Paulo*, de 25.07.06. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2507200615.htm>

solicitado. Tem a escola este direito? Será que além de não estar comprometida com o esclarecimento e discriminação, ela pode impunemente manifestar uma conduta homofóbica?

A resposta para tais perguntas, além do preconceito presente em nossa sociedade, está intimamente relacionada à falta de uma política pública que inclua a conscientização acerca das questões relacionadas à sexualidade como matéria de cunho obrigatório nas escolas públicas e privadas. Em países da Europa, isto já é uma realidade, mas no Brasil, onde o aluno sequer tem acesso às matérias básicas como Português, Matemática, História, Geografia e Ciências, isto está longe de acontecer. Mas não nos esqueçamos que, aliado à carência de nosso sistema educacional, está o medo de nossa sociedade de que, ao ter acesso a tais informações, o indivíduo “torne-se” homossexual ou comece a praticar sexo “fora do casamento”. Contrariamente, entendemos que tais questões estão intimamente relacionadas ao conceito de cidadania e que o conhecimento acerca da própria sexualidade repercute em avanços sociais como a diminuição de transmissões de doenças sexualmente transmissíveis, gravidez indesejada e, não menos importante, da compreensão de que a sexualidade deve ser enfrentada com menos tabus, preconceitos, traumas e violência. Importante, também, ressaltar o teor da Portaria n. 796, do Ministério da Educação e Saúde, de 29.05.1992, que garante o direito do portador do vírus HIV estudar, proibindo a formação de classes especiais para portadores ou a necessidade deles declararem sua condição aos professores, diretores ou outros membros da comunidade escolar.

Nos Estados Unidos ficou famoso o caso *Fricke v. Lynch*, em que um estudante desejava levar seu namorado ao baile de formatura do colégio, sendo impedido na época. A Corte Americana entendeu que, com base no direito de livre expressão (*free speech*), ele poderia fazê-lo. Tal decisão foi revolucionária, pelo seu pioneirismo e avanço, sendo seguida por outra, no caso *Gay Students Organization v. Bonner*, em que foi garantido a organizações estudantis homossexuais manifestarem-se livremente, com base no direito à livre associação e expressão. Entretanto, em casos como *Bether School District n. 403 v. Fraser* e *Brandenburg v. Ohio*, houve um retrocesso ao decidir-se que em escolas primárias e secundárias, pode haver restrições e censura às discussões e expressões relacionadas à orientação sexual. Mais grave, ainda, foi a absurda decisão dada no caso *Gaylord v. Tacoma School District*, cuja Suprema Corte de Washington

entendeu válida a demissão de um professor sabidamente homossexual, pelo fato de que a presença de um professor homossexual em uma sala de aula poder ser interpretada como uma expressão de aprovação ou encorajamento à homossexualidade, tendo em vista o papel de exemplo moral que os professores devem exercer⁷³.

Assim como na escola, no trabalho também não é muito comum observarmos, principalmente em nosso país, a conduta pessoal de um homossexual revelar sua orientação sexual ou ainda apresentar seu companheiro ou companheira. Tal fato justifica-se diante do grande medo de ser vítima de preconceito, gozações e até sofrer retaliações, como demissão ou “congelamento de carreira” em virtude de tal fato. Espera-se e deseja-se o padrão da hipocrisia, no qual o indivíduo deve apresentar-se sempre como heterossexual e, se possível, levar o “companheiro” do sexo oposto nas festinhas de final de ano, ainda que este “companheiro” seja o amigo ou amiga que aceitou colaborar, no intuito de garantir o emprego do outro.

Da mesma forma como gênero, raça e nacionalidade, a orientação sexual de uma pessoa em nada atrapalha ou diferencia o desempenho de suas funções no trabalho. Mas não são poucos os exemplos, no Brasil e no Exterior, de condutas arbitrárias, justificadas com base em práticas discriminatórias, que terminam por impedir ou limitar o acesso de homossexuais, transexuais e portadores do vírus HIV ao trabalho.

Com relação especificamente aos portadores do HIV, a Organização Internacional do Trabalho, através da Declaração de Consenso, definiu que: 1) a detecção do HIV não deve ser exigida, em hipótese alguma, para pessoas que solicitam emprego; 2) o trabalhador não está obrigado a informar ao empregador sobre sua situação relativa ao HIV; 3) a infecção por si só não significa limitação para o trabalho, e 4) a contaminação não configura motivo para demissão. Infelizmente sabemos que, apesar de não se poder demitir por justa causa, os empregadores encontram outros artifícios para dispensar os empregados contaminados. A este respeito, o Tribunal Regional do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho fixaram o seguinte entendimento:

⁷³ The Editors of the Harvard Law Review. *Sexual orientation and the law*. 3ª ed. EUA, 1990, págs. 82 a 84.

Discriminação – Toda discriminação é sempre odiosa, tanto que o artigo 5º, da CF/88 a proíbe. A saúde também por força constitucional é direito de todos. Assim, a dispensa imotivada do aidético, que em pouco mais de quatro meses implementaria o prazo de garantia de emprego, objeto de norma negociada, constitui triste exemplo de discriminação. A despedida implicaria, em última análise, na sua própria morte. A reintegração, in caso, podia ser feita por meio de cautelar inominada⁷⁴.

Reintegração – Empregado portador do vírus da AIDS – Caracterização da despedida arbitrária. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome de imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solução de que o ordenamento jurídico nacional não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil⁷⁵.

Sendo o trabalho instrumento de inclusão social e de construção da identidade individual do cidadão, não se pode admitir que a discriminação, ainda que camuflada e tácita, torne-se institucionalizada e aceita pela nossa sociedade. As decisões supracitadas consolidam tal entendimento e demonstram consonância com o desejo de transformar nosso país em um Estado democrático de direito.

5.2.2. *Orientação Sexual e Forças Armadas*

Para muitos, um dos principais paradoxos na luta pelo direito dos homossexuais, bissexuais e transexuais seria a questão da atuação de homossexuais, bissexuais e transexuais nas Forças Armadas de uma nação, tendo em vista a estereotipação deles como “afeminados”, passíveis de “sucumbir mais facilmente à tentação, estando constantemente rodeados por pessoas do mesmo sexo”, etc. Em verdade, não há nenhuma incompatibilidade entre exercer-se uma orientação sexual e servir-se à Pátria – tais premissas refletem o preconceito e o machismo que predominam em nossa

⁷⁴ TRT, 3ª Região, MS 76/93, Rel. Juiz Dárcio Guimarães de Andrade.

⁷⁵ TST/RR 21.7791/95.3, Ac. 2ªT., 3.473/97, Rel. Min. Valdir Righetto, j. em 14.05.1997.

sociedade: não nos esqueçamos da luta que foi tida para a integração de mulheres às Forças Armadas nacionais.

No Brasil, as Forças Armadas não admitem em seus quadros qualquer indivíduo que seja identificado como homossexual. No texto de autoria de Ângelo Fernando Facciolli, publicado na revista de Direito Militar, destacam-se os trechos de nítido preconceito: “*constitui o homossexualismo perversão do instinto sexual*” e ainda “*não se concebe o militar desempenhando função de comando ou chefia, ou mesmo um mero representante de sua força, sem um perfil moral necessário para conduzir-se perante o Estado*”. Mais adiante, justificando a não “possibilidade” da presença de homossexuais nas forças armadas, destaca que “*À constituição, portanto, não cabe prever dispositivos que venham a cercear o direito de escolha profissional dos homossexuais, mas de acordo com o tipo de ofício, e se o interesse público for fundado, fixa parâmetros e exigências para seleção desse ou daquele cidadão*”, e conclui dizendo que “*o homossexualismo ou a conduta libidinosa induz desvio de conduta, torna-se, portanto nocivo à coletividade, aos fundamentos e regras que regem toda a estrutura institucional*”.⁷⁶

No Regulamento Disciplinar do Exército – RDE (Dec.-Lei n. 90.608 de 04.12.84) podemos encontrar a seguinte relação de transgressões relacionadas direta ou indiretamente ao exercício do chamado “comportamento homossexual”: Anexo I, n. 43 Portar-se sem compostura em lugar público; n. 45 Frequentar lugares incompatíveis com o decoro da sociedade ou da classe; n. 91 Desrespeitar, em lugar público, as convenções sociais e n. 110 Ofender a moral e os bons costumes por atos, gestos e palavras⁷⁷.

O Primeiro Código Penal Militar a regulamentar os crimes de conduta sexual foi o Código Penal da Armada de 1891, que prescrevia, nos artigos 147 e 148, que “todo indivíduo ao serviço de marinha de Guerra que atentar contra a honestidade da pessoa de um ou outro, a fim de saciar paixões lascivas, ou por depravação moral, ou por inversão do instituto sexual ficaria sujeito às penas de prisão com trabalho de 1 a 4 anos. Já o atual Código Penal Militar, de 21 de Outubro de 1969, prevê o crime de pederastia

⁷⁶ Revista de Direito Militar, n. 23, Maio/Junho, 2000. DOU – Brasília, pág. 36 à 38.

⁷⁷ Idem, ibidem.

ou ato de libidinagem no seu artigo 235, com o seguinte texto: “Praticar ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar. Pena – Detenção, de seis meses a um ano.

Mas tal postura preconceituosa não é exclusiva do nosso país. Nos Estados Unidos, há muito tempo a mesma luta tem sido travada. Famosa ficou a frase do Sargento Leonard Matlovich, que se tornou um símbolo do movimento pelos direitos dos homossexuais: “Quando eu estava nas Forças Armadas, eles me deram uma medalha por matar dois homens, e uma dispensa por amar a um⁷⁸”. Continuamente os tribunais americanos defrontam-se com ações promovidas em virtude de questões relacionadas à homossexuais nas Forças Armadas, CIA, FBI, Pentágono e até em Grupos de Escoteiros, a despeito do “1964 Civil Rights Act” (Ato de Direitos Civis 1964), que proíbe discriminação em empregos, locais de hospedagem, educação e restaurantes, criado em razão das lutas por igualdades raciais nos anos 60, mas cuja interpretação deveria ser estendida às questões de orientação sexual.

Cabe ressaltar que “condutas homossexuais” por parte de membros das forças, estão sujeitas à Corte Marcial. A argumentação trazida pelas Forças Armadas americanas para a não permissão da presença de homossexuais estaria no fato de que:

a) militares reclamam que a presença de gays e lésbicas no serviço poderia exacerbar os sentimentos anti-gays entre as pessoas, causando problemas de disciplina e moral, tensões e hostilidades, bem como a falta de respeito por oficiais gays, b) militares alegam que gays e lésbicas não seriam capazes de realizar seus deveres efetivamente por causa do envolvimento em relações emocionais com outros gays e lésbicas, bem como pelo medo que sua homossexualidade seja descoberta, c) receia-se que oficiais gays ou lésbicas pudessem entrar em relacionamentos com soldados sob seu comando, bem como famílias recusarem-se a permitir que seus filhos se alistem em virtude da presença de homossexuais nas forças armadas, d) haveria o risco de que pessoas nos países estrangeiros reagirem negativamente à presença de gays e lésbicas, e) a tolerância à condutas homossexuais, caracterizada pela aceitação de tais pessoas nas forças armadas, poderia ser entendida como uma tácita aprovação a esta conduta⁷⁹.

⁷⁸ “When I was in the military, they gave me a medal for killing two men – and a discharge for loving one” in ROBSON, Ruthann. *Gay men, lesbians and the law*. 1ª ed. Nova Iorque, Chelsea House Publishers, 1997, pág. 37.

⁷⁹ The Editors of the Harvard Law Review. *Sexual orientation and the law*. 3ª ed. EUA, 1990, pág. 51.

Os críticos a tais absurdas justificativas contrapõem-se no sentido de que pesquisas realizadas na Marinha Americana revelaram que o desempenho de membros homossexuais era superior ao de heterossexuais, e se o critério de exclusão for “evitar-se tensões”, mulheres e minorias raciais também não poderiam ser admitidos.

Perry Watkins foi convocado para lutar na Guerra do Vietnã. Na sua ficha de inscrição, ele declarou-se homossexual e, a despeito disso, foi enviado à guerra. Nas atualizações de cadastro rotineiras, ele continuamente declarava-se homossexual, até o dia em que, numa revisão mais “cautelosa” dos formulários, observou-se tal “desconfortável” declaração. Perry foi afastado das Forças Armadas em virtude da sua orientação sexual, pleiteando, posteriormente, uma indenização na Justiça. A Suprema Corte Americana, ao examinar a questão em fase recursal, não se debruçou nos princípios da igualdade, privacidade ou da dignidade da pessoa humana: decidiu a favor de Perry com base apenas no fato de que as Forças Armadas sempre souberam da orientação sexual dele, não podendo, assim, puni-lo apenas após 15 anos de serviços⁸⁰. Semelhante situação, mas não com o final semelhante, afligiu o jovem Timothy Curran que, ao ter sido “descoberto” como homossexual, foi expulso do Grupo de Escoteiros na Califórnia por “conduta fora dos padrões”. Após uma longa batalha judicial, com vários recursos e polêmica, a decisão de expulsão foi mantida.

A Inglaterra tornou-se pioneira ao declarar, em janeiro de 2000, que os homossexuais serão igualmente aceitos em suas corporações, afirmando que a conduta militar permanecerá sendo orientada pelos rígidos princípios de hierarquia e disciplina, consubstanciados no acatamento à autoridade e ao integral cumprimento dos deveres, inexistindo com tal admissão qualquer ameaça à instituição.

5.2.3. *Sexualidade, Mídia e Consumo*

Para muitos indivíduos, a mídia é a mais importante fonte de informação sobre o mundo, sendo certo que imagens pouco realistas das chamadas minorias sexuais podem trazer efeitos nocivos ao promoverem a ilusão de que tais pessoas não vivenciam alegrias, problemas do dia-a-dia ou emoções humanas. Além disso, a falta de modelos

⁸⁰ ROBSON, Ruthann. *Gay men, lesbians and the law*. 1ª ed. Nova Iorque, Chelsea House Publishers, 1997, pág. 41.

positivos nos quais os homossexuais ou bissexuais possam se espelhar geram sentimentos de inferioridade e alienação, principalmente relacionados às imagens estereotipadas dos homossexuais: a mídia brasileira privilegiou fundamentalmente a imagem do homossexual violento e do homossexual afeminado. Desde os anos 70, a imagem do homossexual afeminado pontuou grande parte dos programas humorísticos nacionais, que de forma geral, vêm sempre ratificando o estereótipo negativo, jocoso e inferiorizado da figura do homossexual, sendo ele aquele que é motivo maior de humilhação, riso e desdém, criando por fim a falsa imagem de que aquilo é ser homossexual e, portanto, para que o expectador também não seja motivo de riso e desprezo, deve ele fugir e em coro condenar, a todo custo, tal conduta.

A teledramaturgia nacional também seguia os mesmos passos, mostrando o homossexual sempre como o “cabeleireiro ou mordomo afeminados”, sendo que apenas nos últimos anos, ela preocupou-se em mostrar indivíduos não estereotipados como personagens secundários, mostrando exemplos positivos de homossexuais que têm uma vida comum e não são motivo de riso ou chacota, construindo com isso um tímido, mas perceptível avanço, repercutindo numa visão mais positiva sobre a questão homossexual. Já os programas de ordem jornalística policial valorizavam a imagem do homossexual relacionado a crimes violentos e sanguinários. Felizmente, organizações de luta pelo direito das comunidades GLBTT (gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e transgêneros), juntamente com Ministério Público Federal, promoveram medidas inéditas para combater o preconceito na televisão, que serão mais adiante discutidas e expostas.

Gays, lésbicas, bissexuais e transexuais, por óbvio sempre foram consumidores. O interessante fenômeno que se observa é que, desde a década de 90, quando a AIDS deixou de ser associada apenas ao segmento homossexual, apesar do grande preconceito ainda existente, a competição entre as empresas fez com que esta parcela passasse a chamar a atenção delas, repercutindo em estratégias de marketing e mídia direcionadas especificamente a este grupo. Correspondentes a cerca de 8% da população adulta ocidental, os homossexuais são classificados pelos especialistas de marketing nos Estados Unidos como “DINKS” (double income, no kids), ou seja, consumidores que não têm filhos e, por geralmente possuírem um elevado nível de escolaridade, conquistam altos rendimentos e conseqüentemente altos gastos com viagens, roupas,

produtos de luxo e cultura, sendo considerados como “o mercado dos sonhos” e como um público formador de opinião, ou seja, conquistá-los pode significar também conquistar-se uma outra parcela da sociedade, com pensamento mais avançado e mais aberta a novas tendências e produtos⁸¹.

No Brasil, apesar do movimento mercadológico para homossexuais ser bastante recente, observa-se que o número de estabelecimentos voltados ao público gay dobrou nos últimos anos: são aproximadamente 200 empresas, nos mais diversos segmentos, e mais de 1000 sites na Internet, voltados especificamente para o público homossexual⁸². Entretanto, forte preconceito em nosso país faz com que a exploração de tal mercado ainda seja feita de forma muito tímida, ratificando a idéia de que se aceitar homossexuais como consumidores não significa aceitá-los como cidadãos. A publicidade direcionada a tal público é sempre cercada de muita polêmica no Brasil.

Há pouco tempo, a figura estigmatizada do homossexual ainda cercava nossa mídia, ratificando o estereótipo do homossexual afeminado, fútil e, conseqüentemente, fruto de chacota. Não podemos esquecer, também, a polêmica jurídica gerada em 2006 em São Paulo, quando um anúncio de uma linha de preservativos e lubrificantes, direcionado ao público gay, feito em alguns outdoors na cidade, mostrava uma foto de dois homens lado a lado – ressalta-se que não havia qualquer beijo ou cena de sexo em tal anúncio. O CONAR, Conselho Nacional de Auto-Regulamentação, após receber reclamações de consumidores, determinou a retirada de tais anúncios. Entretanto, permanecem sem resposta as questões: Por que a mídia brasileira tolera e até incentiva propagandas com cunho sexual, desde que heterossexuais, e não permite uma propaganda dirigida à comunidade homossexual, ainda que sem qualquer cunho pornográfico? Não teriam os homossexuais, bissexuais e transexuais o direito ao acesso a campanhas publicitárias a eles dirigidas?

Vale destacar-se também iniciativas positivas da mídia. Nos anos 70, o perfume Rastro lançou a primeira campanha publicitária em que, de forma sutil, era mostrado um casal homossexual masculino, sem qualquer traço de preconceito a tal situação⁸³. O

⁸¹ ROBSON, Ruthann. *Gay men, lesbians and the law*. 1ª ed. Nova Iorque, Chelsea House Publishers, 1997.

⁸² NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Caravansari, 2003, pág. 181.

⁸³ TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: (a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade)*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

Ministério da Saúde também revolucionou com a propaganda em que numa família, o pai conversava com o namorado do filho, tentando proteger sua prole em uma situação de final de relacionamento. Com extrema delicadeza e bom senso, mostrou-se que, independentemente da orientação sexual, o filho deve ser naturalmente acolhido no seio familiar e não discriminado. Du Loren e Telefônica Celular, também mostraram corajosamente em suas campanhas visões positivas da homossexualidade, isentas de qualquer preconceito.

5.2.4. *Casamento e Adoção*

Não é o foco deste trabalho traçar um estudo profundo acerca das questões relacionadas à união civil entre pessoas do mesmo sexo, nem tampouco acerca da adoção por homossexuais: tais assuntos são tão complexos que exigem um trato delicado e específico. Entretanto, por se tratarem de temas atuais e cuja problemática atinge a comunidade homossexual de nosso país e do mundo, nos debruçaremos brevemente sobre eles.

Faz-se mister sublinhar que o tratamento jurídico em torno da homossexualidade é muito mais importante e abrangente que a possibilidade de registro civil de eventual vida a dois. É de relevância incomparavelmente superior o exame da eficácia dos direitos fundamentais quando se trata das vivências homossexuais. As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos, sendo incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à margem determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

A expansão da liberdade individual, representada pela não intromissão do Estado na vida privada e em sua intimidade, possibilitando assim a plena consumação das múltiplas formas de afeto, envolve a tônica de toda esta discussão. No intuito de regulamentar as parcerias entre pessoas do mesmo sexo e as suas consequências para o mundo do direito, foi proposto pela ex-deputada Marta Suplicy o Projeto de Lei n.º 1.151/95, denominado “União Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo”; que em novembro

de 1996 teve seu título alterado para “Contrato de Parceria Civil Registrada entre Pessoas do Mesmo Sexo”. Não é o objetivo do projeto dar “*status*” de casamento a tais uniões, mas sim, proteger os direitos patrimoniais dos contratantes, principalmente no que diz respeito aos direitos sucessórios, benefícios previdenciários, direito à nacionalidade no caso de estrangeiros que tenham parceiro brasileiro e seguro saúde. Entretanto, frente à força dos grupos conservadores em nosso Congresso, tal projeto encontra-se parado, não tendo aproveitado a corrente renovadora que conseguiu avanços nesta questão em muitos países do mundo. Em um pronunciamento, a CNBB (Confederação dos Bispos do Brasil), com relação a tal projeto manifestou que:

Aos Senhores Parlamentares apelamos que se oponham e votem contra os projetos de lei, em tramitação no Congresso nacional, prejudiciais à instituição familiar, como os que ampliam os casos de despenalização do aborto, o que legaliza a união civil de pessoas do mesmo sexo e os que permitem a esterelização humana como método de planejamento familiar⁸⁴.

O próprio Código Civil de 2002 permaneceu silente quanto a tal questão, consagrando o atraso de nosso país na conquista de uma sociedade mais justa e sem preconceitos, repetindo modelos que tentam padronizar as relações amorosas dentro do limitado esquema heterossexual judaico-cristão, fingindo não ver a existência das uniões homoafetivas. A alternativa seria trilhar o entendimento dominante de que o parceiro tem direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de uma sociedade de fato com os requisitos do artigo 1.363 do Código Civil. Já o Supremo Tribunal de Justiça chegou a reconhecer a sociedade de fato entre dois homens, conferindo ao companheiro sobrevivente o direito à partilha dos bens adquiridos na constância da união afetiva homossexual, pela aplicação do artigo 1.363 do antigo Código Civil, apresentando a seguinte ementa: “*O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do C.Civil*”⁸⁵. Destaca-se que este reconhecimento ao direito à meação, com base na teoria da sociedade de fato, não significa reconhecimento ou equiparação da união homoafetiva ao concubinato ou casamento heterossexual.

⁸⁴ MACEDO, Daniela Cristina Alaniz. *Uma visão jurídica e social da homossexualidade*. 1ª ed. Londrina: Eduel, 2003, pág. 33.

⁸⁵ Recurso Especial nº 148.897-MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10.02.98.

Não podemos deixar de verificar que, o art. 226 de nossa Constituição Federal explicita que “a família, base da sociedade, tem proteção especial do Estado”. Mais adiante, em seu parágrafo 4º, complementa que se entende, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, clarificando que, em verdade, existe mais de uma espécie de entidade familiar, além daquela formada pelo matrimônio heterossexual. Pois bem, se a Constituição reconhece a pluralidade das entidades familiares, o entendimento hermenêutico da questão deveria abrir a possibilidade plena de reconhecimento das uniões homossexuais, acrescidas de filhos ou não, também como uma entidade familiar. Nossa sociedade não pode abrigar a manutenção do modelo machista do pátrio poder: hoje, grande parte dos lares brasileiros é chefiada por mulheres, que acumulam funções de profissional, dona de casa e mãe, isso sem falar das infinidades de casos de mães e pais solteiros que criam seus filhos fora dos padrões tradicionais de família, concretizando todos estes exemplos a inequívoca pluralidade de estilos de vida, desempenhados na sociedade atual. Sendo assim, dentro dessa atmosfera de concretas mudanças, há espaço para o rompimento da torpe moral sexual instituída e para o reconhecimento justo e inovador das uniões homossexuais como uma questão de direito de família contemporâneo.

É certo que, o homossexual, seja como pai ou como filho, é um ente presente em muitas famílias e, sendo assim, a união afetiva de pessoas do mesmo sexo, também deveria ser reconhecida como entidade familiar, tendo em vista que no atual estágio de compreensão do fenômeno familiar pelo ordenamento jurídico brasileiro, prevalece a proteção da realidade diante do preciosismo da forma. Os laços afetivos e sexuais, duradouros e estáveis, íntimos e externos construídos por dois homens ou duas mulheres devem, por medida de justiça, ser qualificados como uma entidade jurídica familiar.

Com relação à adoção por casais homossexuais, a questão é ainda mais controversa e polêmica. Há a crença de que um casal de homossexuais, homens ou mulheres, não teria condições morais e psicológicas para fornecer à criança condições plenas para seu desenvolvimento. O sexo “desviante” e a vida proscria e pregressa dos homossexuais não lhes permitiriam a troca de amor necessária à criação de um filho. Como poderiam ousar eles reivindicar o direito à adoção, não seguindo eles próprios os padrões da família tradicional? Como esta criança apresentaria seus “dois pais” ou suas “duas mães” nas festas do colégio, sem ser ridicularizada pelos colegas? E mais, não

estaria esta criança adotada por um casal homossexual condenada a também sê-lo? Observa-se que todas estas questões, continuamente formuladas e apresentadas quando se discute o tema da adoção por homossexuais, são, na verdade, fruto do grande preconceito e dos estigmas que cercam esta questão.

Em resposta a tais indagações, cabe esclarecer que a homossexualidade não é “doença” que se transmita pelo convívio. Como já explicado anteriormente, a formação da orientação sexual é um fator complexo, fruto de diversos fatores pessoais, genéticos, sociais e familiares – se assim não fosse, como poderíamos explicar todos os homossexuais filhos de um casamento heterossexual, que seguiu os padrões estabelecidos pela sociedade? Da mesma forma, casais homossexuais podem sim criar filhos que venham a apresentar orientação sexual diferente da sua, ou seja, heterossexuais. Com relação à segregação social que esta criança eventualmente sofreria, isto efetivamente pode acontecer, mas não podemos em contrapartida deixar de lembrar que, há 30 anos, quando os primeiros casos de “desquitados” surgiam no país, esta nova estrutura familiar também era segregada, não importando a classe social ao qual se fizesse parte. O aumento de casos e a própria pressão dessas novas famílias para que a sociedade as aceitasse, fez com que hoje o fato de ser ou não filho de pais separados, tivesse passado a ser algo irrelevante no que diz respeito à aceitação social, no dia a dia das crianças.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque, em 26 de janeiro de 1990 e ratificada pelo Brasil, através do Decreto 99.710/90, prevê em seu artigo 3.1 que: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. Este princípio da proteção do “interesse maior da criança” é repetido no art. 1º, III da Constituição Federal e no art. 6º da Lei nº 8.069/90. Complementa o artigo 227 da nossa Constituição Federal que é direito básico dos filhos a ter uma família e crescer num ambiente digno e sadio, que atenda ao menos as suas necessidades: habitação, saúde e educação. Sendo assim, o mais lógico seria que se fizesse a verificação se a adoção por homossexuais preencheria esta função, ou se ao revés, os homossexuais devem permanecer, nesse particular, excluídos do universo de titularidades que o próprio sistema tem por tarefa distribuir. Além disso, o cerne da

questão está em desvendar se a exclusão da adoção por homossexuais está calcada no perverso sistema de discriminação, resquício de uma compreensão moralista em relação à concepção sócio-histórica da humanidade, ou no simples fato de ser essa providência a que melhor atende ao interesse da criança – nem toda adoção por homossexuais será boa para a criança, nem toda será ruim: a decisão deve ser tomada com base no interesse da criança e na isenção de preconceito contra a figura do homossexual adotante⁸⁶.

O caminho hoje adotado por homossexuais desejosos por adotarem é seguir o preceito determinado no art. 42 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que determina que “podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente do estado civil”. Em um casal, um deles pleiteia a adoção do menor e, se aprovado, assume individualmente a guarda e responsabilidade pelo menor; mas este modelo não é o almejado pelos casais homoafetivos, por ser ele a repetição da hipocrisia e do desejo social de que tais casais permaneçam marginalizados na sociedade. – em uma sociedade que diz respeitar a igualdade, por que um casal heterossexual pode e um homossexual não?⁸⁷. Alguns juízes têm ousado nesta questão, autorizando a adoção pelo casal homossexual, como foi feito pioneiramente numa Comarca do interior de São Paulo, onde um casal de cabeleireiros conseguiu adotar uma menina, como casal, tendo passado por todo trâmite e análise social de praxe. A outro caso semelhante na Comarca de Ribeirão Preto, onde outro casal de homossexuais pleiteia a adoção de quatro irmãos, desejando mantê-los unidos no mesmo lar adotivo.

Em países como Espanha, Holanda, Dinamarca, Suécia e Finlândia, a adoção por casais homossexuais é regulamentada e permitida. Já em terras brasileiras, a opinião pública, talvez por ignorância ou desconhecimento da questão, manifestou-se, em pesquisa realizada pelo jornal Folha de São Paulo, demonstrando que 49% dos entrevistados são contra a união entre pessoas do mesmo sexo, e 52% declaram-se contra a adoção por casais homossexuais⁸⁸. Em um país onde o abandono e a marginalização de menores são tão constantes ao ponto de alcançarem a banalização, a

⁸⁶ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸⁷ Hoje existem alguns julgados onde a questão da homossexualidade do adotante foi apontada como fator determinante para a não concessão, tendo os Tribunais refutado tal argumento, destacando-se a Apelação Cível nº35466-0/7 – Câmara Especial TJSP – RJ 23/201.

⁸⁸ Vide em *Folha de São Paulo* de 08.04.07. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0804200706.htm>.

cegueira do preconceito inibe a visão de que a adoção por casais homossexuais, além de uma questão de igualdade formal, possa ser uma chance importante para muitas crianças cujas possibilidades de pleno desenvolvimento serão negadas.

5.2.5. *Violência e Perseguição à Homossexuais*

O Brasil é talvez um dos países onde são cometidos o maior número de crimes contra homossexuais, masculinos e femininos. Alguns casos ficaram famosos, como o do adestrador de cães que foi barbaramente morto em fevereiro de 2000, por um grupo de skinheads na Praça da República, ou mais recentemente (junho de 2007) a morte do turista francês na porta de um restaurante de frequência homossexual no bairro dos Jardins, em São Paulo. Mas infelizmente, a grande maioria dos crimes cometidos em virtude da orientação sexual sequer chega aos registros policiais, e muito menos a uma condenação judicial.

A homofobia apresenta-se em nossa sociedade por meio de duas formas de violência: física e não física. A primeira atinge, de forma brutal, a integridade corporal do indivíduo, quando não chega às raias do homicídio. A segunda, consiste na injúria e no não reconhecimento, caracterizado na forma de um ostracismo social, criando condições para modos de tratamento degradante e insultuoso⁸⁹.

Os homossexuais, bissexuais, transexuais e transeñeros, assim como os heterossexuais, têm direito a serem tratados com o respeito universal nas manifestações públicas de todos, e assim como já não se toleram discursos que incitem ao ódio entre grupos sociais, o direito também serve para coibir as manifestações públicas ultrajantes. Não se trata, nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes, de uma criminalização do tratamento ofensivo dispensado à pessoa do gay ou lésbica, mas de um crime contra a paz pública, por ter-se como vítima a coletividade, diante do atentado contra a convivência democrática⁹⁰. Além disso, os ambientes de preconceito e de violência acarretam, de forma direta, a dificuldade de manejo dos meios processuais por parte dos

⁸⁹ *Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pág. 130.

⁹⁰ *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Francisco Loyola de Souza, et. al. (org.) Célio Golin. 1ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2003, pág. 34.

homossexuais, tendo em vista o receio das repercussões da declaração da orientação sexual em meio público e oficial, circunstância que causaria o constrangimento em virtude do preconceito predominante em nossa sociedade. Tal fato gera como consequência a chamada “invisibilidade homossexual”, realidade que marca a diferença de acesso à justiça em razão da orientação sexual⁹¹.

O projeto para criminalizar a conduta homofóbica (PLC 00122/2006), proposto pela deputada Federal Iara Bernardi objetivado alterar a Lei nº 7.716/89, encontra-se parado no parlamento brasileiro, tendo sua votação obstada pela chamada “ala evangélica” de deputados e senadores⁹².

5.2.6 Saúde

Vivemos em um país onde saúde é privilégio de poucos. O acesso ao sistema público de saúde é pífio, não se tem hospitais, profissionais e nem medicamentos suficientes para minimamente garantir-se o atendimento básico à população. Especificamente no que se diz respeito à orientação sexual, o acesso à informação sobre métodos contraceptivos e meios de evitar-se o contágio por doenças sexualmente transmissíveis também carecem de melhorias.

Ao falarmos do exercício da orientação sexual, não podemos nos esquecer que a não concessão pelo governo de um programa sério de conscientização da natalidade apresenta-se como um grande limitador a tal direito. A mulher e o homem devem ter acesso às informações e métodos que lhes garanta a prática do sexo saudável e se por eles desejado, também abrangendo métodos contraceptivos. O direito de escolha por engravidar, ou não, deve ser concedido e garantido à mulher como política pública de governo, não devendo ser mitigado por dogmas religiosos antiquados e irresponsáveis, que induzem a um crescimento populacional fora de controle, gerando conseqüentemente graves problemas sociais. As tutelas de direitos difusos podem e devem ser utilizadas no intuito de garantir-se a implementação de tais políticas públicas.

⁹¹ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁹² MACEDO, Daniela Cristina Alaniz. *Uma visão jurídica e social da homossexualidade*. 1ª ed. Londrina: Eduel, 2003.

Existem doenças que são socialmente aceitas, como gastrite, artrites, etc., e outras que estigmatizam o portador, seja pelo medo do contágio, seja pela certeza da falta de alternativas de cura. No passado, a tuberculose, a sífilis e a lepra causavam discriminação e a intolerância, esse papel hoje é encabeçado pela AIDS. A conexão entre uma doença e a atividade sexual do indivíduo fomenta um preconceito que vitimiza muito mais que a própria doença, que é associada à irresponsabilidade e “fraqueza moral”. A confirmação de um diagnóstico soropositivo exerce um grande impacto psicológico, transformando a vida dos que precisam enfrentar a angústia provocada pela nova situação, tendo o soropositivo que lidar com a doença, seus medos e preconceitos. Antigamente, considerada como “o câncer dos gays”, a AIDS continua sendo um importante ponto de reflexão dentro de nossa sociedade, não estando restrita apenas à comunidade homossexual, como antes se imaginava. Hoje se sabe que a doença não escolhe sexo, cor ou classe social – no Brasil, o sexo feminino já responde pela maior parte dos casos de AIDS em 229 cidades brasileiras, sendo que a grande maioria delas não fazia parte do chamado “grupo de risco”, tendo sido contaminadas, em casa, pelos seus maridos⁹³.

Felizmente o Brasil possui políticas de atendimento aos portadores da doença, que têm acesso aos medicamentos necessários à concessão de uma melhor qualidade de vida – mas não podemos nos esquecer que tais políticas são fruto da grande pressão exercida no judiciário pelos militantes e corajosos operadores do direito, que souberam posicionar-se e pressionar o governo. Mas isso não significa que a situação esteja pacificada: os planos de saúde continuam a negar ou restringir tratamento aos associados portadores do vírus HIV, ignorando completamente o teor do art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor; em muitos municípios não existem leitos disponíveis para tratamento dos infectados e a proliferação da doença no meio carcerário continua totalmente fora de controle.

O Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de não ser cabível a utilização da Ação Civil Pública para fins de proteger direitos individuais, nem se presta à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta comissiva ou omissiva da parte do réu, não revestindo o caso em apreço no

⁹³ SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 218.

conceito constante da Lei 7.347/85. Hoje é certo que a ação civil pública não se presta como meio adequado a indenizar cidadãos que tenham sido contaminados pelo vírus HIV em transfusões sanguíneas realizadas em quaisquer estabelecimentos do país:

Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21, da Lei 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta casa julgadora⁹⁴.

A questão dos laboratórios, que insistem em proteger suas patentes, repercutindo na indisponibilidade de tratamento à grande maioria de infectados, é outra importante questão de discussão. Até que ponto, frente a uma pandemia como a AIDS, os interesses financeiros dos laboratórios devem subjugar o quadro de morte e doença que assistimos? O mercado farmacêutico é extremamente dirigido à obtenção da máxima rentabilidade, não lhe importando um ganho menor, diante da grande demanda existente, e qualquer ameaça de quebra de patentes, como as feitas pelo Brasil, repercutem na contra-ameaça de paralisação de pesquisas e investimentos. O Direito, por mais que responda muitas vezes tardiamente aos anseios sociais, não pode manter-se inerte frente a tal situação. Esta é uma grande área de oportunidade para atuação do Ministério Público, no intuito de obter-se, através da propositura de Ações Civis Públicas, a garantia da continuidade de fabricação e fornecimento de diversos medicamentos, seja através dos próprios laboratórios ou através do governo que deve, com a quebra de patentes, assumir tal função.

Por fim, não podemos deixar de mencionar a questão da cirurgia de redesignação de sexo, tão importante para que a transexual obtenha sua integração individual e social, sincronizando alma e corpo. Importante ressaltar que tal cirurgia não é realizada apenas na transexual para mudança do sexo masculino para o feminino, mas também para do sexo feminino para o masculino, de maior grau de dificuldade e mais comumente realizado nos Estados Unidos e Europa. Como já discorremos anteriormente, com a Resolução nº 1482/97 do Conselho Federal de Medicina consolidou-se o entendimento da possibilidade de realização da cirurgia no país, desde que respeitados os requisitos médico-psicológicos exigidos. Entretanto, o acesso a tal cirurgia é bastante limitado,

⁹⁴ STF, Rec. Esp. 220.256, SP, Rel. Min. José Delgado, j. em 14.09.99, DJ de 18.10.99.

caro e conseqüentemente difícil, ocasionando tristes estatísticas de automutilação e conseqüentes mortes de transexuais. Além da questão da necessidade de adequação do no registro civil do prenome e sexo após a realização da cirurgia, o próprio direito à realização de tal procedimento médico deve ser garantido pela administração pública a estes cidadãos que como todos, buscam apenas a felicidade.

6.

Direitos Sexuais e o Pensamento Sistemático de Canaris

É o Direito um modo de resolver casos concretos, tendo particular aptidão para aderir à realidade, e mesmo quando desamparado pela reflexão dos juristas, historicamente sempre procurou soluções possíveis. Quando longe desta procura de resolução de casos concretos, o Direito cai no chamado irrealismo metodológico, que pode ser interpretado como a incapacidade de acompanharem-se as novas necessidades enfrentadas pelo Direito⁹⁵. A discussão sobre a existência de Direitos Sexuais dá-se dentro de tal perspectiva.

Como já explanado anteriormente, o conceito de sexo, até há poucas décadas, estava intimamente relacionado ao conceito de reprodução, dentro do matrimônio socialmente permitido e reconhecido. O advento da psicanálise (Freud), os estudos mais profundos a respeito da sexualidade humana (Kinsey e Foucault) e a descoberta de meios anticoncepcionais mais eficazes (pílula anticoncepcional – anos 60) fizeram conjuntamente com que, de forma gradativa, fosse verificada uma dissociação entre o sexo e a reprodução. A passagem do tempo atua nas relações humanas, não sendo o direito exceção e, frente a esta nova realidade, a Ciência do Direito deve também posicionar-se.

O sexo e o prazer passaram a ser discutidos de forma mais contínua, ainda que cercada de preconceito e pudores. A mulher passara, com o advento da pílula, a ter ainda que hipoteticamente, o direito de escolha sobre se e quando engravidar, e ainda de praticar o sexo apenas na busca do prazer, prerrogativa anteriormente reservada apenas aos homens. Palavras como orgasmo e ponto “G”, até então desconhecidas de grande parte da população, passaram a ser utilizadas em programas femininos, de transmissão

⁹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

nacional. Questões polêmicas como aborto, homossexualidade e prostituição passaram a estar mais presentes nas discussões diárias.

Com essa verdadeira revolução sexual, como se posicionou o Direito? Podemos falar em Direitos Sexuais ou Direitos de Sexualidade? Defendemos que sim, que tais direitos seriam interdependentes e transindividuais, fundamentados nos direitos de liberdade, previstos nas normas de princípio dos sistemas constitucionais modernos⁹⁶. Tais direitos estariam vinculados à saúde, ao prazer, à reprodução e à cidadania sexual. Com o pressuposto da liberdade e da autonomia, condições para a afirmação e reconhecimento de uma democracia liberal, tem-se, também, os parâmetros para a afirmação da existência de um direito da sexualidade.

O direito baseia-se em relações estáveis, atadas a fenômenos que se repetem, independentemente da consciência que tenhamos disso. O pensamento sistemático, proposto por Canaris baseia-se num direito adequadamente ordenado, formado por poucos e alcançáveis princípios, fugindo da idéia de ser um mero postulado. Justifica-se no princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade, segurança jurídica e na tendência à generalização. Dá-se num panorama cuja Ciência Jurídica deva ser clara e precisa, apta a responder a uma realidade em permanente evolução. Quatro são os requisitos básicos presentes no sistema por ele formulado: tratar-se-ia de um sistema aberto, móvel, heterogêneo e cibernético. Aberto, por permitir questões a ele exteriores e que terão que encontrar saídas, bem como compatível com os elementos materiais a ele estranhos. Móvel por ser intermutável, não hierarquizável. Heterogêneo por propor áreas de densidade diversas, de coberturas integrais até quebras intra-sistemáticas. Cibernético por estar pronto a modificar-se e adaptar-se em função de seus elementos periféricos.⁹⁷

O grande mérito do pensamento de Canaris está na concepção de um sistema jurídico calcado em princípios gerais de Direito, e não em normas, conceitos, institutos jurídicos e valores, como foi de uma forma geral proclamado pelos doutrinadores do Direito. A justificativa da escolha dos princípios para compor este sistema baseia-se no

⁹⁶ *Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pág. 102.

⁹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

fato de que o princípio explicita e extrapola a unidade valorativa do Direito, mantendo-se, ao mesmo tempo, em mobilidade, considerando que nem todos os princípios de Direito já foram ou estão formulados. O princípio ocuparia justamente o ponto intermediário entre o valor e o conceito, excedendo o primeiro por estar já suficientemente determinado para depreender as consequências jurídicas, possuindo como resultado uma configuração especificamente jurídica, superando por sua vez o conceito, por não estar suficientemente determinado para esconder a valoração. Tais princípios não trariam consigo a exigência de exclusividade, repercutindo em que uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, possa, também, ser conectada livremente a outro princípio determinado. Por fim, necessitariam, para ser realizados, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio.

Com base em tais ensinamentos, podemos concluir que para que os Direitos Sexuais existam, não há a necessidade da promulgação de Códigos ou diplomas legais disciplinando específica e diretamente tal questão. A nossa realidade jurídica apresenta, per si, uma série de princípios gerais de Direito que justificam, disciplinam e coordenam as questões relacionadas à orientação sexual e Direitos Sexuais em nosso país.

Nas palavras do Prof. José Reinaldo de Lima Lopes, os direitos sexuais significam a liberdade do indivíduo conduzir sua atividade ou vida sexual de tal maneira que não lese igual liberdade dos outros. Ressalta-se que restrições a essa liberdade podem ser auto-impostas por motivos variados, por determinação legal, em função da proteção da liberdade alheia. Em tal sentido vão algumas restrições fundamentadas na pressuposição da capacidade da pessoa escolher sua atividade sexual – por isso, as idades mínimas determinadas em lei para além das quais o direito presume a violência de contato⁹⁸. As questões relacionadas à sexualidade ratificam a necessidade de afirmação forte e completa dos direitos de liberdade, evitando assim que a democracia as esqueça. Lembremo-nos ainda de que, como descrito em capítulos anteriores, em momentos históricos distintos, as normas relacionadas às práticas e identidades sexuais não estavam fundadas em pressupostos de liberdade, mas de controle do Estado,

⁹⁸ *Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pág. 64.

repercutindo em que o pressuposto da liberdade de pensamento fosse totalmente corrompido.

Alexy lembra que o conceito de liberdade é um dos conceitos práticos mais fundamentais e, ao mesmo tempo, menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado, tendo em vista que, tudo o que possa ser considerado como bom ou desejável é vinculado a ele, valendo tanto para discussões filosóficas quanto para polêmica política. O que ele chama de direito fundamental à liberdade, protegeria, então, não somente o direito de uma pessoa “fazer”, mas também o direito dela “ser”⁹⁹.

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. 2ª ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

**Os princípios de Direito justificadores da existência
dos Direitos Sexuais e do exercício da orientação sexual
através das tutelas de Direitos Difusos e Coletivos**

Ensina-nos o Prof. José Reinaldo de Lima Lopes que o direito de uma sociedade democrática não é um direito sem moral, mas um direito que assume em sua base uma moral de caráter crítico, distinto dos regimes autoritários dos últimos dois séculos. Não se pode cair no erro de entender-se como moral de uma sociedade democrática a moral tida como tradicional ou de uma maioria: em verdade, a moral democrática deve ser entendida como aquela que busca estabelecer com princípio a dignidade igual e universal das pessoas, e essa dignidade inclui a liberdade de fazer tudo aquilo que não causa dano a outrem¹⁰⁰.

Ao falarmos de princípios de direito, não podemos nos esquecer das lições trazidas por Norberto Bobbio a respeito:

Muitas normas da Constituição são princípios gerais do Direito; mas, diferentemente das normas do Código Civil, algumas delas esperam ainda ser aplicadas: são princípios gerais expressos não aplicados. Ao lado dos princípios gerais expressos há os não expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração das normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comprando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema¹⁰¹.

As regras e princípios diferenciam-se, entre si, pelo grau de abstração, de determinabilidade de aplicação a caso concreto e a sua fundamentalidade no sistema de fontes do Direito: os princípios têm grau de abstração mais elevado que as regras. Estas

¹⁰⁰ SUR – *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2005, ano 2, n. 2. Edição em Português, pág. 70.

¹⁰¹ BOBBIO, NORBERTO. *Teoria do ordenamento jurídico*. 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, pág. 159.

têm aplicação direta, ao passo que os princípios necessitam de mediações concretizadoras a cargo do legislador ou do aplicador¹⁰². As regras irão ou não reger uma situação, não havendo meio-termo, enquanto os princípios, diversamente, têm um campo de aplicação maior, irradiando-se pelo sistema e normatizando inúmeras situações jurídicas, não sendo possível esgotá-las de antemão, espelhando por fim os valores sociais supremos de uma nação.

Princípios de direito estão intimamente relacionados às normas de direitos fundamentais. Robert Alexy, importante pensador do direito, ensina que as normas de direitos fundamentais diferenciam-se em normas do tipo princípio e normas do tipo regra. Seguindo a enumeração dos diversos critérios de distinção correntes: determinabilidade dos casos de aplicação, processo de geração, caráter explícito de conteúdo valorativo, referência à idéia de direito, importância para o ordenamento jurídico, alcança-se as três teorias acerca da distinção. A primeira teoria afirma a impossibilidade de qualquer distinção definitiva, uma vez que a pluralidade de normas efetivamente existente possibilita infindáveis combinações de critérios. A segunda sustenta que a diferenciação entre princípios e regras é apenas de grau de generalidade, compartilhando princípios e regras da mesma realidade. A terceira, que foi por ele adotada, diferencia princípios e regras qualitativamente¹⁰³.

Não podemos nos esquecer também que nossa Constituição deve ser entendida como um sistema aberto de normas e princípios. Complementa o Prof. Willis Santiago que:

(...) normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade.¹⁰⁴

¹⁰² SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 2.

¹⁰³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

¹⁰⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RSC Editora, 2005, pág. 67.

Destaca, ainda, o autor que a principal característica que distingue os princípios jurídicos das normas (que são regras), é que os primeiros são mais abstratos, não se reportando, ainda que hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação fática, que dê suporte à incidência de norma jurídica.

Ensina por fim Celso Antônio Bandeira de Mello que a violação de um princípio é muito mais grave do que a transgressão de uma norma, tendo em vista que a desatenção ao princípio implica em ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. Para ele, seria a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, porque representa insurgência contra todo o sistema e uma subversão aos valores fundamentais¹⁰⁵. A generalidade é a principal característica dos princípios constitucionais, garantindo-se assim que o texto constitucional não seja estanque ao ponto de inviabilizar a geração de outros princípios e a inovação constante da sociedade. Cabe ainda ressaltar que a interpretação de tais princípios deve ser sempre progressiva, de forma a espelhar-se os avanços e anseios sociais

Não podemos nos esquecer que o objetivo fundamental do Estado brasileiro, fixado no artigo 3º de nossa Constituição Federal, é o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dentro do conceito de “bem de todos”, temos intimamente vinculado o conceito da busca individual da felicidade: cabe ao Estado facilitar ao cidadão os meios para que ele possa, em um ambiente livre de preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação, trilhar os caminhos que o levem ao encontro da felicidade. E ao falarmos de felicidade, não podemos pensar em um conceito de caráter ou construção coletiva para tal questão: o conceito de felicidade é personalíssimo, construído com base nas experiências, características e anseios individuais. E um dos requisitos básicos para que possamos alcançar a felicidade é vivência plena da orientação sexual individual.

Quais princípios de direito justificam os direitos sexuais e o exercício da orientação sexual através da utilização das tutelas de direitos difusos? O direito à sexualidade, pelo qual deve ser garantido ao indivíduo o exercício pleno, livre e

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1995, pág. 20.

consensual de sua orientação sexual, seja ela qual for, ou ainda à adequação física relacionada às questões de gênero, estão intimamente relacionadas a uma série de princípios e direitos já consagrados em nosso ordenamento jurídico, que seriam simultaneamente protegidos e, ao mesmo tempo, servem de base para a própria proteção legal ao direito de exercício da orientação sexual. Destacamos o relacionamento desta questão com os princípios da dignidade da pessoa humana, direito da personalidade, igualdade e respeito à privacidade.

7.1. Dignidade da Pessoa Humana

O primeiro deles seria o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de um dos princípios fundamentais que orientam a interpretação e construção do sistema jurídico brasileiro. Tal princípio pode ser bem expresso pela fórmula kantiana: é o valor de cada ser humano que não pode ser trocado por nada, não pode ser comprado por nada e não pode ser instrumento de nada. José Afonso da Silva ensina em sua obra que:

Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-los para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a, quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc. não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana¹⁰⁶.

É importante ainda ressaltar que a dignidade de uma pessoa não deve estar vinculada apenas a uma determinada orientação sexual, devendo ser garantido a todos o livre exercício de sua sexualidade, respeitando-se a privacidade de cada um, tendo em

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, pág. 93.

vista que na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade constitui alicerce fundamental.

7.2. Personalidade

O direito da personalidade, que deve ser entendido, seguindo-se as lições de Orlando Gomes, como sendo aquele considerado essencial à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina a fim de resguardar sua dignidade. Seria o direito de viver em sociedade, mantendo ao mesmo tempo as características pessoais e morais de sua própria personalidade. Ainda para o autor, deve o direito de a personalidade estar sempre apoiado no Direito Positivo, para que se reconheça assim o pluralismo inerente a esse direito ante a diversidade de bens jurídicos em que recaem, razão esta por serem reconhecidamente heterogêneos¹⁰⁷. O exercício de tal direito repercute no dever jurídico de abstenção para todos os membros da coletividade, pois são direitos inerentes à pessoa humana, sendo por consequência inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Não há como haver qualquer dissociação do direito à personalidade e do consecutivo direito ao exercício da sexualidade: o exercício do Direito à Personalidade só é plenamente exercido quando a sociedade pode garantir, de forma serena e concreta, a realização da sexualidade do indivíduo, de forma saudável e livre.

7.3. Igualdade

Muitas obras também já foram escritas sobre a polêmica da igualdade, tendo sido ela um dos princípios balizadores da Revolução Francesa: Igualdade, Fraternidade e Liberdade. Ao falarmos de igualdade, sempre salta-nos a mente a questão: somos todos iguais? Em verdade somos diferentes, e é nesta diferença que está baseado o encantamento do ser humano enquanto grupo. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, a preocupação com as questões relacionadas à dignidade, liberdade e autonomia de todos

¹⁰⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, págs. 153 a 157.

os homens foi explicitada de forma a garantir que o princípio da igualdade fosse respeitado em nosso planeta, por estar ele intimamente ligado ao princípio da não-discriminação¹⁰⁸. Em nosso texto constitucional, muitos artigos são dedicados a tal tema, dentre eles: artigos 1º, inc. III; 3º, inc. III e IV; 4º, inc. VIII; 5º, inc. XLI e XLII, parágrafos 1º e 2º; 216 incisos I, II, III, IV e V e parágrafo 5º; 242, parágrafo 1º e artigo 68 das disposições transitórias..

Não podemos nos esquecer que a igualdade, juntamente com a liberdade, é um dos princípios orientadores da democracia, sistema de governo includente, preocupado com minorias e grupos vulneráveis. É inegável que somos aparentemente diferentes, precisamos aceitar com tolerância este fato. A igualdade total somente ocorre no nível do imaginário. As pessoas são diferentes e devem ser tratadas de forma distinta para minimizar as desigualdades e o binômio odioso exploração/dominação¹⁰⁹.

A utilização das tutelas de direitos difusos como arma para salvaguardar-se o respeito ao princípio da igualdade em nossa sociedade é ponto de extrema importância. O que se deseja é a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual: homossexual ou heterossexual, sendo essa a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitiva das discriminações por motivo de orientação sexual. Como já ressaltado anteriormente, nossa Constituição exalta, em seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como base e fundamento do Estado Democrático de Direito. No entanto, não podemos nos esquecer que os princípios da igualdade da pessoa humana e da proibição da discriminação são complementares, sendo certo que a igualdade de direitos implica na absoluta ausência de discriminação. É certo ainda que a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 3º, IV e 5º, XLI, vedou a discriminação com base na orientação sexual, uma vez que esta é abrangida pela expressão “quaisquer outras formas de

¹⁰⁸ “Art. I – Todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. II – Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Art. VII – Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

¹⁰⁹ SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 37.

discriminação”, reforçando tal objetivo ao determinar que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Entretanto, a despeito da explícita proibição de qualquer espécie de discriminação, tal vedação, no que se refere à discriminação pela orientação sexual, é praticamente inócua, tendo em vista a ausência de sanção para as condutas discriminatórias.

Roger Raupp Rios ensina que a igualdade formal, que é a igualdade perante a lei, só alcançará a universalidade do direito mediante a ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual, universalizando a aplicação das normas jurídicas independentemente da orientação sexual dos indivíduos. Afirmar ainda que, ao invés da cristalização da “normalidade heterossexual”, revelada tanto na invocação de “direitos homossexuais” como no apelo ao “direito à diferença”, seria necessário afirmar o “direito à indiferença”, pelo respeito às diversas modalidades de orientação sexual, todas sob o pálio de uma mesma regulação geral. Pela concretização deste imperativo jurídico de igualdade formal, enfrenta-se o desafio de uma realidade de discriminações em virtude de orientação sexual. Na tentativa de implementar-se referido imperativo jurídico, diante das vicissitudes verificadas na realidade social, foram positivados critérios proibitivos de diferenciações, desdobramentos da igualdade perante a lei. Ratifica ainda que a necessidade de um elenco de proibições de diferenciação jurídica é tanto maior quanto forem os preconceitos e as discriminações experimentadas por pessoas e grupos, com base numa ou noutra característica. No domínio específico da orientação sexual, é impositivo o tratamento igual sempre que não se apresentarem razões suficientes para justificar a desigualdade de tratamento¹¹⁰. Ensina, ainda, o brilhante autor que “*a necessidade de um elenco de proibições de diferenciação jurídica é tanto maior quanto forem os preconceitos e as discriminações experimentadas por pessoas e grupos, com base numa ou noutra característica*”. Deste modo, ao longo da história, esses critérios foram paulatinamente enumerados, tais como raça, cor, sexo, idade e religião¹¹¹.

¹¹⁰ *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Francisco Loyola de Souza, et. al. (org.) Célio Golin. 1ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

¹¹¹ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pág. 71.

7.4. Liberdade

Tão difícil quanto falar em igualdade é falar em liberdade. Para tanto, nos socorremos nas lições da filósofa Hannah Arent, que nos ensina que:

(...) todas as questões práticas, e em especial as políticas, encontram a liberdade humana como uma verdade evidente por si mesma, e é sobre essa suposição axiomática que as leis são estabelecidas nas comunidades humanas, que decisões são tomadas e que juízos são feitos¹¹².

Liberdade, como conteúdo de não impedimento, é descrita por Celso Lafer como sendo “a faculdade natural de se fazer o que se quer, com exceção daquilo que se proíbe”¹¹³. Ela é, ao mesmo tempo, o direito de fazer tudo aquilo que não é proibido, mas também de resistirmos a tudo aquilo que entendemos como ilegal. Também está contido em tal princípio o direito de ser diferente dos modelos pré-estabelecidos unilateralmente pela maioria dominante, repercutindo este direito à diferença, inclusive no poder de plenamente exercer-se a orientação sexual individual.

O Prof. José Reinaldo de Lima Lopes, magistralmente, nos ensina que para que uma sociedade de pessoas livres exista e continue a existir, é preciso que ela diga menos a respeito do bem da vida de cada um, para dizer mais a respeito da vida de todos em comum, mesmo que todos pensem diferentemente¹¹⁴. Complementa que a liberdade nem sempre se estende a todos, embora se possa presumir que todos são, em princípio, capazes de liberdade, podendo-se deduzir que todos podemos desenvolver nossa própria autonomia. Essa presunção pode ser contrariada por fatos, pode haver seres humanos incapazes de certos aprendizados sociais e, portanto, de se tornarem autônomos na condução de sua vida no meio de outros seres humanos. Mas ela pode ser presumida, e se quisermos restringir tal liberdade ou autonomia presumida, deve-se demonstrar detidamente os motivos. Complementa o mestre que se a concepção de autoproteção da sociedade confundir-se com a proteção de seu sistema moral vigente, cuja base é eventualmente o nojo, a repulsa e o desconforto de alguns ou mesmo da maioria de seus membros contra alguns outros cidadãos, o que se estará protegendo não é própria sociedade, mas o sentimento ou o gosto de certo grupo, ainda que majoritário. Em tal cenário, não há que se falar em liberdade.

¹¹² ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Coleção debates políticos. 1ª ed. São Paulo: 1972, pág. 189.

¹¹³ LAFER, Celso. *Ensaio sobre a liberdade*. 1ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1980, pág. 12.

¹¹⁴ *Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pág. 47.

O direito a liberdade inclui o direito à escolha de formas de vivência da sexualidade. O acesso a métodos de prevenção à doenças sexualmente transmissíveis, o direito de opção pela adoção de métodos anticoncepcionais e a decisão sobre como, quando, em que condições e com quem manter relações sexuais são questões intimamente relacionadas à liberdade dos indivíduos. A opinião pública apresenta-se hoje como um importante fator de restrição à liberdade. Essa é uma forma de dominação e opressão que não se limitam ao espaço privado e não permitem aos indivíduos exercerem, ou melhor, ainda, desenvolverem sua autonomia. Não podemos nos esquecer, por fim, que sem autonomia, não há liberdade¹¹⁵.

7.5. Respeito à Privacidade

Quanto ao Princípio do Respeito à Privacidade, consagrado como o direito de “estar sozinho”, tem seu entendimento estendido ao sentido de que duas pessoas maiores de idade, em local privado, têm o direito de praticar atos sexuais com mútuo consentimento sem qualquer penalização ou constrangimento por parte do Estado. Imoral não seria a realização de tais atos, mas violar tal princípio, tendo em vista que a experiência sexual dos seres humanos é profundamente pessoal, espontânea. É a expressão maior das suas fantasias íntimas e vulnerabilidades, não tendo qualquer espaço para críticas ou observações externas. Não se pode ainda esquecer que a violação de tal princípio repercute imediatamente no desrespeito ao princípio da dignidade.

O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário proíbe, em seu art. 11,2 o tratamento ofensivo e a ingerência arbitrária na vida privada das pessoas: *“Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. As ofensas proferidas em público contra um grupo de cidadãos, dirigidas ao grupo, atinge a cada cidadão que pertença ao grupo”*.

¹¹⁵ *Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pág. 57.

8.

Consagração das questões sobre direitos sexuais e direitos ao exercício da Orientação Sexual como um Direito Difuso e Coletivo

Depois de toda explanação acerca das questões relativas à orientação sexual trazidas pelo presente trabalho, passamos agora a estudá-las na perspectiva da teoria dos direitos ou interesses difusos e coletivos, teoria esta que vem consagrar a inquestionável complementaridade entre as esferas pública e privada, para a construção de uma sociedade democrática e para a efetividade dos direitos humanos. A filósofa Hannah Arendt nos ensina que:

conviver no mundo significa essencialmente ter um mundo de coisas interposto entre os que nele habitam em comum como uma mesa se interpõe entre os que se assentam ao seu redor, pois, como todo intermediário, o mundo ao mesmo tempo separa e estabelece uma relação entre os homens¹¹⁶.

A esfera pública, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e, contudo evita que colidamos uns com os outros, enquanto a esfera privada trata das questões particulares, íntimas ou relativas à privacidade.

Na busca por uma definição de direito difuso, Prof. José Carlos Barbosa Moreira contribui ao descrever “interesses difusos” como sendo aqueles que se caracterizam, em primeiro lugar, por uma pluralidade de titulares, em número indeterminado e, ao menos para fins práticos, indeterminável; em segundo lugar, pela indivisibilidade do objeto do interesse, cuja satisfação necessariamente aproveita em conjunto, e cuja postergação a todos em conjunto prejudica. Complementa ainda que a inexistência de relação jurídica-base impossibilita a determinação dos titulares, mas numa perspectiva mais ampla, encontra-se o elo que liga estas pessoas¹¹⁷.

¹¹⁶ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*/Hannah Arendt; tradução de Robeto Raposo, posfácio de Celso Lafer, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pág. 62.

¹¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

Os interesses ou direitos difusos seriam aqueles que pertencem a um número indeterminado de titulares, sendo tidos como indivisíveis os interesses, porque à medida que algo for feito para protegê-los, todos aqueles mesmos titulares se aproveitarão, mas em caso contrário sairão todos prejudicados. Já os interesses coletivos seriam classificados como sendo também indivisíveis, mas pertencentes a um número determinado de titulares (grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou à parte contrária por uma relação jurídica base).

Complementa o Prof. Kazuo Watanabe ao indicar que a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos deve ser feita molecularmente em benefício de todos os atingidos, sendo suficiente uma só demanda coletiva cuja sentença fará coisa julgada *erga omnes*. Lembra ainda que o que expõe o autor da demanda coletiva como causa de pedir, no aspecto ativo, são os interesses ou direitos difusos ou coletivos, cujas notas características são as acima ressaltadas, dentre as quais sobressaem a natureza transindividual e o caráter indivisível e, no aspecto passivo, a violação desses mesmos interesses ou direitos, indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, em se tratando dos difusos, e de todas as pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, em se cuidando dos coletivos¹¹⁸.

Analisando tão importantes definições, resta uma dúvida: interesse ou direito difuso e coletivo? A doutrina clássica entende que somente se poderia utilizar a terminologia “direito” quando a titularidade do interesse juridicamente protegido estivesse relacionada a um ente perfeitamente determinável, sendo o “interesse” aquilo que conecta uma pessoa a um bem de vida, em virtude de um determinado valor que este bem possa apresentar para ela. De forma contraposta e mais atualizada, a doutrina moderna entende que podemos sim falar em um “*direito subjetivo pertencente a todos*”, refutando a teoria pela qual não seria possível atribuir-se subjetividade jurídica (direito subjetivo) aos interesses transindividuais juridicamente protegidos.

Ensina-nos Elida Séguin que a sociedade inicia timidamente um processo de conscientização da necessidade da proteção ao respeito dos direitos coletivos e difusos,

¹¹⁸ Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover, et. al. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

num movimento de microdesvitimização, privilegiando a análise de situações específicas e individualizadas de vitimização, adotando comportamentos de ações afirmativas em prol das minorias e dos grupos vulneráveis¹¹⁹.

Os direito sexuais e ao exercício da orientação sexual, seja ela qual for, representa claramente um direito difuso e coletivo, e a busca pelo direito ao reconhecimento evoca a aplicação de novos e eficazes remédios jurídicos para tanto. O número de titulares é indeterminado, também são indivisíveis os benefícios de uma conquista ou os ônus de uma derrota na medida em que, ao garantir-se o exercício de uma orientação sexual, protege-se ou beneficia-se não só a um ente, mas a todos, que poderão, da mesma forma, exercer tal direito. Protege-se também a sociedade, frente à perspectiva de que se estará tutelando também o exercício de direitos e garantias fundamentais, base necessária ao Estado de Direito. Dependendo da pretensão a ser formulada, os direitos sexuais e ao exercício da orientação sexual podem apresentar-se com características de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Não se pode conceber um país democrático onde homens e mulheres não tenham resguardadas uma esfera de vida independente, autônoma e cuja possibilidade para a existência do pluralismo e diversidade também sejam resguardadas. Complementa Roger Raupp Rios que a esfera privada, ao gestar as condições de construção da autonomia individual, está intimamente ligada à existência e aprofundamento da esfera pública. Da vida em comunidade brotam as condições concretas, as informações, os subsídios por meios dos quais o indivíduo, ao construir-se, insere-se na coletividade e ali passa a construir o social, por sua participação única e irrepetível, decorrente de sua dignidade humana¹²⁰.

Ainda que os sexualmente orientados à homossexualidade ou bissexualidade figurem estatisticamente como grupo minoritário na sociedade atual, não se pode negar ou mitigar a eles o direito ao exercício da cidadania, da autonomia sexual individual e do respeito ao desenvolvimento da personalidade. Profa. Ada Pellegrini Grinover escreve que:

¹¹⁹ SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 25.

¹²⁰ *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Francisco Loyola de Souza, et. al. (org.) Célio Golin. 1ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2003, pág. 179.

(...) somente em épocas recentes que novos corpos intermediários começam a surgir e a proliferar; novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias de nossa época, que não são mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas.¹²¹

O Estado Democrático de Direito é campo fértil para que a aplicação de conceitos de direitos difusos e coletivos proliferem. Lembremos da lição do Prof. Celso Ribeiro Bastos que nos ensina que:

A idéia democrática é eminentemente evolutiva e hoje abre muito espaço não só à procura de fazer valer a vontade popular, como de não buscar a sua representação apenas nos legisladores eleitos, mas também nas organizações civis da sociedade, tais como: sindicatos, associações de classe, partidos políticos, enfim, em diversos setores da sociedade nos quais se procura um contrapeso para o próprio Estado. É, portanto, uma democracia calcada fundamentalmente na divisão do poder, não somente na divisão clássica, que triparte o poder em três órgãos diferentes: Legislativo, Executivo e Judiciário, mas com reconhecimento de diversos outros poderes dentro da sociedade: os poderes locais, regionais, municipais, dos Estados-Membros, das províncias, aqueles existentes dentro da organização econômica, a indústria, assim como das igrejas, das manifestações de defesa do consumidor, enfim, tudo aquilo que possa representar a expressão dos diversos segmentos da vontade popular¹²².

É mandatório observarmos a lição de José Reinaldo da Lima Lopes que ensina que, para que o direito promova as mudanças necessárias à remoção de injustiças historicamente consolidadas contra grupos estigmatizados como o dos homossexuais, deve-se mobilizar instituições jurídicas como a da ação coletiva ou ação civil pública, que seria o meio eficaz pelo qual alguns membros do grupo podem conseguir o reconhecimento de direitos que se estenderão a todos, sendo que, pelo resultado do processo, todos os membros de tal classe ou grupo se beneficiam com um resultado positivo, diminuindo o risco de exposição dos mais vulneráveis. O silêncio do sistema jurídico cultiva a intolerância: se a liberdade de consciência é inviolável, aqueles que não partilham das convicções religiosas dos outros (mesmo que os outros sejam a

¹²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*. 1 ed. São Paulo: Max Limonad, 1984, pág. 64.

¹²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Democracia*. In: *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 38.

maioria) não podem submeter-se a leis cuja razão de ser justifica-se apenas pela crença religiosa. Em síntese, a defesa do direito dos homossexuais funda-se na defesa do direito dos indivíduos deste grupo de conduzirem suas vidas, de serem tratados como seres humanos independentemente de pertencerem a tal grupo. Os direitos que se pede sob esta forma de reconhecimento não são exclusivamente individuais, mas universais¹²³.

Aponta, ainda, o referido jurista que a ação civil pública tem também seus problemas jurídico-políticos específicos: pode ser usada (1) de maneira paternalista (já que há alguns fundamentos da ação civil pública de caráter claramente paternalista, como a idéia de que os grupos por ela defendidos são hipossuficientes e necessitam de um representante, porque são incapazes de se defenderem a si mesmos) e (2) de maneira desmobilizadora (já que pode estimular o efeito carona, ou comportamento predatório, permitindo que um beneficiário da ação não arque com os custos). Estes dois “defeitos” da ação, segundo ele, precisam ser lembrados pelos que dela fazem uso, mas é inquestionável que problemas distributivos precisam de remédios judiciais específicos, como é a ação civil pública. Entretanto, ressalta ele que a ação coletiva ou a ação civil pública são meios eficazes para que alguns membros de um grupo consigam o reconhecimento de direitos que se estenderão a todos. Sendo assim, membros isolados ou grupos de pessoas estigmatizadas com maiores recursos – especialmente psicológicos – poderão exercer o papel indispensável do desbravador, sem que seja preciso cada membro arcar solitariamente com os custos altíssimos da exposição e da luta¹²⁴.

As Doutrinas Americana e Inglesa não apresentam a mesma caracterização de direitos difusos e coletivos que a doutrina brasileira apresenta. Entretanto, tanto ações coletivas como individuais podem ser propostas em questões relativas ao exercício na orientação sexual, com base nos seguintes princípios doutrinariamente consagrados: Imutabilidade e Respeito à Privacidade¹²⁵. O Princípio da Imutabilidade baseia-se no fato de que a orientação sexual humana é biologicamente pré-determinada, não havendo

¹²³ *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Francisco Loyola de Souza, et. al. (org.) Célio Golin. 1ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2003, págs. 19 à 25.

¹²⁴ *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2005, ano 2, n. 2. Edição em Português, pág. 74.

¹²⁵ BAMFORTH, Nicholas. *Sexuality, Morals & Justice: a theory of lesbian & gay rights law*. 1ª ed. London: Cassel, pág. 206.

qualquer “responsabilidade moral” do indivíduo quanto a ela. Da mesma forma, por tal princípio, a lei não poderia punir ninguém em virtude de questões relativas à raça ou gênero: deve o Estado Democrático proteger o interesse das minorias, sejam elas raciais, políticas, econômicas ou sexuais.

Em razão disso, nos anos 60 nos Estados Unidos surgiram as Affirmative Action (ações afirmativas), que são um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas¹²⁶. Tais ações são propostas em face dos governos estaduais, municipais ou federais e, eventuais abusos ou irregularidades concernentes ao desrespeito ao princípio da igualdade são julgados pelas cortes locais e, em última instância, pela Suprema Corte Americana. Consubstancializam-se em medidas especiais que buscam eliminar o desequilíbrio existente entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas, implementando no plano fático uma igualdade concreta (igualdade material), que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar. Exemplo destas medidas é a fixação de quotas para empresas, universidades, etc., para admissão de entes que tenham histórico de preconceito: mulheres, negros e deficientes físicos principalmente. Contudo, a idéia de que as ações afirmativas possam recuperar o respeito próprio das minorias e reduzir o grau de rejeição da sociedade é passível de críticas, tendo em vista que novas formas de discriminação podem passar a existir. Como exemplo, um homossexual ou negro que assuma uma vaga na universidade em razão de ações afirmativas, poderia ser visto, por professores e alunos aprovados pelos critérios regulares, de maneira distinta.

Como exemplo concreto de ação afirmativa proposta com relação à orientação sexual, podemos citar a aprovação recente em diversos estados americanos (Iowa, New Jersey, Oklahoma, Minnesota, dentre outros) de normas que impedem que a administração pública pratique discriminação contra homossexuais na contratação de empregados ligados ao atendimento ao público. Da mesma forma, destinados à

¹²⁶ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001, pág. 27.

educação através da Basic Educational Opportunity Grants (BEOGs) para a concessão de bolsas de estudo e créditos educativos deve obrigatoriamente ser destinado às minorias étnicas e sexuais. Outro importante caso é o da Agência Federal EEOC (Equal Employment Opportunity Commission), que por tais ações deve ter a responsabilidade de promover ações, inclusive em juízo, para combater casos de discriminação no campo das relações de trabalho¹²⁷. Com relação ao Brasil, destacamos que a questão das ações afirmativas é bastante recente, não fazendo parte de nossa tradição política, sendo destacados os exemplos da criação das Delegacias de Proteção ao Direito da Mulher, a lei de cotas para a contratação de portadores de necessidades especiais e o programa de tratamento da Aids.

Homossexuais e bissexuais em verdade não são “novos grupos ou nova classe de indivíduos”, mas como já explanado neste trabalho, são indivíduos que exercem sua orientação sexual desde a antiguidade. Entretanto, frente a todo preconceito e opressão a que foram e são submetidos, somente muito recentemente no Brasil começaram a organizar-se através de associações e lutar pelo exercício pleno da cidadania. Tais associações, assim como o Ministério Público, são partes legítimas para a propositura de ações coletivas, como previsto está nos artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, no intuito de defender-se o exercício livre da orientação sexual, aplicando-se assim os princípios constitucionalmente previstos e as legislações anti-preconceito que começam a se desenvolver. Felizmente, hoje já temos alguns bons exemplos da atuação dos Ministérios Públicos, principalmente federal, na propositura de Ações Cíveis Públicas objetivando, com base no princípio da igualdade, garantir-se a proteção e o exercício digno da orientação sexual.

¹²⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

9.

**Tutela Jurisdicional dos Direitos Metaindividuais
(Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos)**

Muito preconceito ainda se observa no mundo jurídico no que diz respeito à aceitação da existência de direitos ou interesses que suplantam o limite do “puramente” público ou privado. Não vêm as mentes retrógradas que não há como não se constatar a existência desses interesses plurindividuais comuns a parcelas significativas da sociedade – o não reconhecimento desse fato leva fatalmente à conclusão de que o Estado não estaria então representando totalmente à própria sociedade.

Observando-se tal problema no interior do Estado (questão institucional), os interesses difusos teriam uma origem na própria crise de representação política. Seriam eles então uma forma de exigência de novas formas e de novos canais de legitimação das atividades do Estado e dos poderes públicos, bem como de participação dos cidadãos no exercício de seus direitos.

Quando a ordem jurídica confere proteção a determinado interesse, dada a sua importância para a organização e convívio social, surge o interesse jurídico, suscetível de ser invocado perante terceiros e de ser objeto de tutela jurisdicional. Sendo assim, o interesse é qualificado como jurídico quando, em face de sua inserção no campo do direito, ele passa a poder ser exigido perante outrem, frente a possibilidade de seu resguardo pelos instrumentos que, para tal fim, a lei disponibiliza. Seguindo este princípio, verifica-se que o interesse jurídico pode ser compreendido em duas modalidades: a de natureza substancial (primária), quando se revela no campo do direito material, e a de caráter instrumental (secundária), quando se manifesta no domínio do direito processual, correspondendo, neste sentido, ao interesse de agir como condição para o exercício do direito de ação, tendo por condicionamento a necessidade e a utilidade do bem jurídico almejado.

No caso deste interesse (primário, originário, de direito material) quedar-se insatisfeito, dessa insatisfação ilegítima ou contrária ao ordenamento jurídico nasce, uma necessidade diversa, de um bem da vida diverso, ou seja, a necessidade de se obter a proteção judicial para mediante coação jurisdicional, se conseguir o bem da vida primitiva e originariamente desejado para satisfação daquela necessidade primária ou originária. Tal necessidade nova e este bem da vida diverso perseguidos, como meio, para obtenção do bem da vida originariamente desejado e conseqüente satisfação do interesse originariamente constituído, é o que pode ser denominado interesse processual.

Importante ressaltar que as duas modalidades referidas guardam entre si estreita correlação, tendo em vista que a verificação em sede processual, pertinente à necessidade e utilidade da prestação jurisdicional buscada (o interesse de agir), implica em observar-se com foco de atenção na existência do interesse no plano material.

Ao longo dos tempos, fomentou-se a idéia de que, baseando-se no interesse, o direito público seria aquele que protege os interesses do Estado, da comunidade, e pelo direito privado, são protegidos os interesses privados. Entretanto, sabemos que tal divisão, rígida e não mais adequada à atual realidade social, remonta suas origens à postura de reconhecimento exclusivo na ordem jurídica e política, das figuras do Estado e do indivíduo, afastando-se qualquer referência a entes intermediários entre estes dois pólos.

Colocando-se então o foco no cidadão e na sua individualidade associativa, viria a tutela dos interesses difusos a contribuir na ampliação da esfera pública, do espaço público das liberdades individuais e dos direitos coletivos. Entretanto, não podemos esquecer que a organização do Estado, seja do ponto de vista legislativo, seja do ponto de vista administrativo, continua a privilegiar as relações em que as posições individuais e a pública se apresentam constituídas distantes da salutar força da mediação social.

Ao falar das transformações do Estado, não podemos deixar de analisar a perspectiva evolutiva da questão dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos de Primeira Geração, identificados como direitos negativos, de defesa contra intromissões abusivas, são os que dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor “liberdade”. Alguns documentos

históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de Primeira Geração: Magna Carta de 1215, Paz de Westfália (1648, Habeas Corpus Act (1679, Bill of Rights (1688), etc.¹²⁸

Já os Direitos Humanos de Segunda Geração foram inspirados pelo momento histórico da Revolução Industrial européia, a partir do séc. XIX, buscando-se ressaltar a importância dos direitos sociais, culturais e econômicos, almejando assim maior “igualdade”. A Constituição de Weimar, de 1919 e o Tratado de Versalhes (OIT) são um reflexo destas preocupações.¹²⁹

Marcados pela alteração da sociedade e por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), os Direitos Humanos de Terceira Geração buscam refletir as preocupações mundiais surgidas em virtude de tais mudanças, destacando-se, dentre os temas de abrangência, o preservacionismo ambiental e as dificuldades de proteção dos consumidores.

A evolução de nossa sociedade, os avanços científicos e tecnológicos teriam lançado-nos na Quarta Geração dos Direitos Humanos: frente aos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana através da manipulação indiscriminada do patrimônio genético, viriam tais direitos a balisar estas questões. Sendo assim, em que medida a sexualidade deve ser compreendida como integrante dos direitos humanos? Dever-se-ia, para tanto desenvolver-se, nas palavras de Roger Raupp Rios, um direito democrático da sexualidade, em que fosse propiciado proteção jurídica e promoção da liberdade e da diversidade, invocando princípios de direito que, buscando o maior âmbito de liberdade possível, auxiliem na criação de um espaço livre de rótulos e menosprezos a questões relacionadas à homossexualidade, bissexualidade e transgêneros.¹³⁰

A força do “corporativismo”, observada historicamente, despertou nos indivíduos a importância associativa, com a formação crescente de grupos representativos de interesses comuns vinculados a causas as mais diversas e a

¹²⁸ *Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

¹²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

¹³⁰ *Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

consciência reivindicativa em relação aos direitos sociais, culminando com o seu reconhecimento e proteção constitucional. Não se pode deixar de mencionar também que a evolução industrial, tecnológica, dos meios de comunicação e das alterações da organização econômica exerceram papel importante nesta quebra de paradigmas.

Como fruto de tais evoluções, surgem os interesses transindividuais, compreendendo os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, firmando espaço entre os extremos da dicotomia clássica, ou seja, entre o direito público e privado.

Os interesses coletivos e difusos podem ser classificados como uma modalidade dos interesses transindividuais ou metaindividuais, com a nota característica básica de se projetarem para além da esfera individual (subjativada), posicionando-se na esfera coletiva, cuja titularização (não determinada individualmente) figura em um grupo, uma categoria ou classe de pessoas (determinadas ou determináveis) ou ainda em toda a coletividade (indeterminada).¹³¹

Ponto conceitual fundamental, a transindividualidade ou metaindividualidade transcende a esfera individual de um ou alguns titulares, adequando-se ao universo de uma dada coletividade. Traz como consequência a indivisibilidade do objeto, ou seja, não se pode fracioná-lo, em partes devidas a cada beneficiário, tendo em vista que somente ter-se-á a satisfação quando considerado o todo coletivo.¹³²

Os interesses de consumidores de um determinado produto ou serviço, de uma categoria de trabalhadores, da classe dos aposentados, dos contribuintes de um determinado produto, de pessoas portadoras de deficiência física, dos moradores de uma cidade cujo meio-ambiente sofre ameaças, dos que têm o exercício de sua orientação sexual mitigado por atos preconceituosos, são exemplos de interesses coletivos e difusos.

Luís Filipe Colaço Antunes, professor português, chama atenção para o fato de que o Estado é ineficiente na sua própria organização e, por consequência, as leis não

¹³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

¹³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

teriam capacidade para o desenvolvimento de uma atividade pacificadora e de justiça social, sendo ainda a chamada “crise da lei” acentuada pelo fenômeno desregulatório, que, queiramos ou não, também ameaça a tutela dos interesses difusos¹³³.

Este refúgio que o ordenamento jurídico tradicionalmente busca na função jurisdicional justifica o porquê de, principalmente nos anos 90, os direitos difusos terem adquirido uma projeção e polêmica tão grande, muito em função das questões de tutela jurisdicional. Mas o principal mérito desta luta pelo exercício destes direitos difusos está na consolidação do conceito de “plurisubjetividade coletiva”¹³⁴.

A doutrina, a princípio, considerava como sinônimos os termos coletivo, difuso e individuais homogêneos, posição incorreta frente às diferenças observadas na configuração de tais interesses, principalmente quanto ao universo de afetação concernente a cada um: os interesses difusos espraiam-se em um campo de maior abrangência e grau de indeterminação dos sujeitos e respectivo âmbito de identificação, os interesses coletivos, em sentido estrito, circunscrevem-se a uma esfera menor, numa extensão delimitada, afeta a grupo, categoria ou classe de pessoas, passíveis de determinação.

Com relação aos interesses difusos e coletivos, destacam-se dois pontos de identificação existentes quanto à conceituação. O primeiro diz respeito aos destinatários: em ambos os direitos, verifica-se a presença da natureza de transindividualidade, de forma que o tratamento deve levar em conta o conjunto. O segundo consiste na indivisibilidade do direito, significando que não se objetiva a identificação do quinhão do direito de cada integrante do grupo, mas a proteção legal como um todo, abstraindo-se da situação jurídica individual de cada beneficiário.

No Brasil, a diferenciação entre os interesses foi concluída em nível legal, por meio da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), tendo captado o legislador a forte necessidade de estatuir no âmbito normativo a definição das respectivas categorias, demarcando as características básicas com vistas a facilitar a sua proteção legal (art. 81).

¹³³ ANTUNES, Filipe Colaço. *Colocação institucional, tutela jurisdicional dos interesses difusos e “ação popular de massas”*. Em http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_7523_1_0001.htm.

¹³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

9.1. Distinção entre Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Antes de entrarmos em tão interessante seara, uma importante pergunta deve ser respondida: afinal de contas, são interesses ou direitos difusos e coletivos?

Anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, não existia referência à defesa de interesses. A defesa judicial era de direito subjetivo referido a um titular determinado ou ao menos determinável, o que impedia a defesa de “interesses” pertinente, ao mesmo tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa coletividade. A estreiteza do conceito tradicional do direito subjetivo impedia essa tutela jurídica. Atualmente, com uma concepção mais ampla do direito subjetivo, abrangendo também o que outrora se tinha como mero “interesse” na ótica individualista, então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional.

A Carta Constitucional de 1988 colocou fim à questão entre “interesses” e “direito”, pois se refere em seu art. 129 II a “interesses” e “direitos”, dando a ambos a mesma tutela jurídica e jurisdicional. Aliado a isso, o legislador ordinário referiu-se indiferentemente a “interesses ou direitos” (CDC, art. 82 e incisos; inc. IV do art. 1º da Lei 7.347/85, inserido pelo art. 110 do CDC), tornando improfícua a discussão.¹³⁵

Ao ser formulada, a legislação pertinente ao tema adotou a distinção que os juristas já faziam do assunto. José Carlos Barbosa Moreira¹³⁶ há muito ensina que as relações jurídicas dos integrantes do grupo podiam ser distintas, mas eram análogas por derivarem de uma relação jurídica-base. Os indivíduos, nessa categoria, não precisam ser determinados, mas são determináveis. Os interesses difusos, por outro lado, eram caracterizados como aqueles que, não tendo vínculos de agregação suficientes para a institucionalização perante outras entidades ou órgãos representativos, estariam em estado fluido e dispersos pela sociedade civil como um todo. Nesse agrupamento, os indivíduos são indeterminados, exatamente porque é impossível destacar cada integrante, isoladamente, do grupo que integra.

¹³⁵ *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover, et. al. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

¹³⁶ Moreira, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais nº 61, págs. 188-189.

9.2. Interesses Coletivos

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, inc. II, indica que os interesses coletivos são aqueles 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.

Determinados interesses dos indivíduos, aproximados pela semelhança e finalidade, podem sofrer agregação, reunindo-se em torno de uma organização, traduzida por um ente representativo, de vida autônoma, como se observa as associações e sindicatos.

Adquirem assim os interesses pessoais um vínculo organizativo, aglutinando-se e perdendo, cada um, a feição individual, para ceder, ao interesse comum identificado com o próprio grupo, com a coletividade representada. A titularidade do interesse não é exclusividade de ninguém, mas de todos os membros. Observa-se que estes, em regra, mantêm entre si um elo fundado numa relação jurídica-base, decorrentes da condição de membros associados a um ente jurídico.

Tais interesses, contudo, afastam-se dos supra-individuais tendo em vista a existência de uma possibilidade de determinação dos entes (são determináveis até mesmo pela própria existência de uma relação jurídica a uni-los, o que facilita, em muitos casos a individualização dos interessados). Os entes estão unidos porque pertencem a uma mesma categoria, com ela mantendo cada qual uma relação jurídica idêntica e, por definição, acham-se unidos para alcançar aquilo que sintetiza as aspirações do grupo, identificando-o como tal. Daí poder-se afirmar que o traço distintivo básico do interesse coletivo é a “estrutura organizacional”. Sem um mínimo de organização, os interesses não se podem “coletivizar”, não se podem aglutinar de forma coesa e eficaz no seio de um determinado grupo.

Os interesses de natureza coletiva caracterizariam assim “síntese, antes que mera soma” de vários interesses individuais, expressando uma aspiração coletiva representada pelo ente que os congrega e afeta a todos os sujeitos, globalmente considerados, determinados ou determináveis, integrantes do grupo, da classe ou da categoria¹³⁷.

¹³⁷ Neto, Xisto Tiago de Medeiros. *Os interesses Jurídicos Transindividuais: coletivos e difusos*. http://www.prt21.gov.br/dt_2_01.htm.

Sendo assim, os interesses coletivos postulam-se em situação intermediária entre os interesses particulares e o interesse geral.

O art. 81, parágrafo único, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) define que são considerados interesses coletivos 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”¹³⁸.

Enumeram-se como características principais dos interesses coletivos: (a) a sua transindividualidade, uma vez que se manifestam por força da própria coletividade, não se conformando ao âmbito individual; (b) a abrangência de um número de indivíduos determinado ou determinável, alcançados pela integração em torno do interesse indivisível ou ao ente que congrega o interesse; (c) a existência de um vínculo associativo, uma relação jurídica base entre os integrantes do grupo; (d) a indivisibilidade do interesse, não se podendo fracioná-lo, em partes, entre os indivíduos integrantes da coletividade, pois afeto a todos indistintamente e a nenhum pessoalmente.

Seria um exemplo de interesse coletivo, no campo dos direitos sexuais e ao exercício da orientação sexual o pleito formulado por um grupo de funcionários homossexuais de uma empresa, deliberadamente demitidos em virtude da orientação sexual.

9.3. Interesses Individuais Homogêneos

O inciso III do mencionado art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, identifica o que denomina de interesses ou direitos individuais homogêneos, conceituando-os como os que decorrem de origem comum.

Os interesses que compartilham os titulares dos interesses individuais homogêneos são divisíveis, cindíveis, passíveis de ser atribuídos a cada um dos interessados, na proporção que cabe a cada um deles, mas que, por terem uma origem comum, são tratados coletivamente.

¹³⁸ *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover, et. al. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

Não há que se falar em relação jurídica-base a unir os interessados: esses interesses originam-se não de uma idêntica relação jurídica, mas sim de circunstâncias fáticas. As principais diferenças entre os interesses individuais homogêneos e os coletivos (*stricto sensu*) situam-se também na divisibilidade daqueles e indivisibilidade destes e no fato da ligação dos interessados que são titulares dos interesses coletivos, no sentido estrito, dar-se por uma mesma relação jurídica-base.

Caracterizam interesses integrados à esfera coletiva, não pela essência em si, já que a sua visualização aponta um feixe de interesses individuais homogeneizados, mas apenas em face da exteriorização de sua proteção. Apresentam-se como exemplos: a suspensão injustificada, pelo empregador, dos depósitos do FGTS pertinente a um grupo de trabalhadores, o acréscimo indevido da taxa de iluminação pública em relação aos moradores de um mesmo bairro, etc.¹³⁹

Tendo em vista que a legislação, ao incluir no sistema de proteção coletivo os interesses ou direitos individuais homogêneos, trouxe ao cenário jurídico uma categoria até então timidamente explorada pela doutrina, advieram posições diversas em relação à sua classificação, resultando em dificuldades práticas no que pertine aos instrumentos legais disponíveis à tutela jurisdicional.

Como pontos principais, destacamos que: (a) podem ser objeto de tratamento coletivo, não obstante a natureza individual, em virtude de se originarem de uma situação comum, como a feição homogênea; (b) englobam uma série de indivíduos, precisamente identificados ou identificáveis; (c) os interesses são divisíveis entre os sujeitos; (d) não ocorre relação jurídica-base entre os indivíduos, nem entre entes e a parte contrária: a sua ligação se dá unicamente pela origem comum em razão da qual os interesses decorrem¹⁴⁰. Exemplo de interesse individual homogêneo, no campo dos direitos sexuais e ao exercício da orientação sexual, seria o pleito formulado por um grupo de transtêneros, que se utilizam de um determinado hormônio, peculiar à sua condição, tendo ele provocado efeitos colaterais graves, não informados pelo fabricante.

¹³⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁴⁰ PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Importante também ressaltar que, quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas que, conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

9.4. Interesses Difusos

Quanto aos interesses difusos, pode-se dizer que são interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso. Hugo Nigro Mazilli¹⁴¹ ensina que seriam eles “como feixe de interesses individuais, com pontos em comum”, ou seja, um conjunto de interesses individuais, em que cada um dos elementos do grupo indeterminado de pessoas possui seu interesse, mas que guardam pontos comuns entre si.

No Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único, inciso I, descreve o legislador que os interesses difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”¹⁴² As principais diferenças entre os interesses individuais homogêneos e os difusos, residem na divisibilidade daqueles e indivisibilidade destes e, ainda, na possibilidade de identificação dos interessados naquela modalidade e na impossibilidade de identificação desta.

Os interesses difusos são fenômeno típico de uma sociedade de massa, que prestigia valores jurídicos dentro de uma concepção coletiva (social) – muito mais do que aquela que apenas compreende o indivíduo isoladamente considerado – e que se abre à sua proteção, ainda que não tenham tais interesses qualquer aglutinação em torno de um ente jurídico ou determinação em relação aos sujeitos interessados. Poderão

¹⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

representar até a globalidade dos indivíduos de uma sociedade, circunstancialmente envolvidos numa situação de fato. Há doutrinadores que os caracterizam como sendo direitos de terceira geração, pela relação com questões vinculadas à qualidade de vida, meio ambiente e informação¹⁴³.

Profa. Ada Pellegrini Grinover ensina que:

os interesses difusos compreendem interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas e fatores conjunturais ou externamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas sinteticamente referidas à qualidade de vida. E essas necessidades e esses interesses, de massa, sofrem constantes investidas, freqüentemente também de massas, contrapondo grupos versus grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólo.¹⁴⁴

O fator quantitativo também serve para identificar os interesses difusos, diferenciando-os das demais categorias de interesses metaindividuais, tendo em vista que eles podem dizer respeito a toda humanidade, o que não acontece, por exemplo, com os interesses coletivos em sentido estrito.

Os pontos principais que caracterizam os direitos difusos são:

(a) quanto à titularidade, observa-se a indeterminação dos sujeitos, pois o interesse alcança pessoas indeterminadas ligadas apenas por circunstâncias de fato, como consumir um dado produto e viver em uma mesma localidade. De acordo com a amplitude do desrespeito ao interesse difuso, pode ser atingida uma parcela da comunidade (por exemplo, a população que habite nas proximidades da margem de um rio) ou mesmo a comunidade por inteiro (contaminação de um importante manancial de águas). Diferentemente da noção de direito subjetivo, nos interesses difusos não há titular definido, com o poder de exigir de outrem certo bem da vida apropriado individualmente;

¹⁴³ PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

¹⁴⁴ Grinover, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

(b) manifesta indivisibilidade do objeto, considerando-se que não se concebe, pela sua natureza, repartir-se o interesse difuso em quinhões ou quotas entre as pessoas ou grupos (não se apropria individualmente, por exemplo, o ar que se respira ou a qualidade da água que se bebe). A satisfação de um repercutirá na satisfação de todos, e a lesão a um constituirá numa lesão à toda coletividade;

(c) possuem uma potencial e larga conflituosidade, por força de que, encontrando-se desagregados, sem vínculo jurídico básico, os interesses difusos enfrentarão, em regra, resistência em face de outros interesses. Por exemplo, a interdição da demolição de um prédio histórico atende aos interesses da comunidade local, mas conflita com os interesses da construtora de um shopping-center;

(d) não há vínculo associativo entre os interessados, nem a uni-los um liame fixado por uma relação jurídica básica, nos moldes do que se observa com os interesses coletivos – ocorre apenas uma identificação circunstancial, fluida, em razão de uma situação de fato.¹⁴⁵

Como exemplo de um interesse difuso, no campo dos direitos sexuais e ao exercício da orientação sexual, podemos elencar o pleito formulado por uma associação de proteção ao direito de transexuais, solicitando a autorização de que cirurgias de mudança de sexo fossem realizadas pelo sistema público de saúde.

É de grande importância o trabalho doutrinário, legal e jurisprudencial no sentido de conceituar e caracterizar os interesses transindividuais, pois, na realização de tal exercício, consolida-se fortemente o conceito de cidadania.

9.5. Ministério Público e os interesses transindividuais

O poder de intervenção do Ministério Público no processo civil existe de acordo com o interesse público em questão. Na defesa de interesses indisponíveis tidos pela ordem jurídica como essenciais à sociedade, é outorgada ao Ministério Público a possibilidade de manejar a ação civil pública, já quando o interesse, apesar de

¹⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

indisponível, depende da iniciativa de seu respectivo titular, cabe ao Ministério Público o seu acompanhamento para fiscalização do respeito à legalidade.

O art. 129, III da Constituição Federal diz que o Ministério Público é legitimado para o ingresso de ação civil para interesses difusos e coletivos. A lei que rege a ação civil pública já atribuía tal legitimação ao parquet e assim também fez o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 82, sendo que nesse ordenamento foi ampliado o raio de ação da instituição para incluir também a defesa dos interesses individuais homogêneos.¹⁴⁶

A ação coletiva somente pode ser instaurada por ou em face de legitimado extraordinário. A legitimação do Ministério Público é extraordinária, tendo em vista ele em nome próprio, interesses alheios. A alegação de que se trataria de uma legitimação por substituição processual não se revelaria suficiente para a compreensão do tema. Os juristas e constituintes, ao discutir a ação civil pública, preocuparam-se em não mitigar os direitos individuais, procurando, ao mesmo tempo, encontrar maneira de superar a complexa situação de milhares de processos, versando sobre o mesmo tema e sujeitos a decisões contraditórias e dificultando, por consequência, o acesso ao judiciário. Buscava-se uma tutela de situações jurídicas, direitos subjetivos, que se encontravam em um limbo (direitos difusos e coletivos), destituídos de titularidade clara e de proteção jurisdicional, como consequência dessa dificuldade. Adotou-se a técnica da legitimação por substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva¹⁴⁷.

Inicialmente, cogitava-se que somente haveria legitimação extraordinária ativa, porque ao pólo ativo atendem as necessidades de economia processual e acesso à Justiça que movimentaram as forças sociológicas e políticas para a aquisição da conquista no plano jurídico. Como mencionado anteriormente, evoluiu-se para admitir-se, também, a legitimação coletiva passiva. Atualmente, trata-se de concepção razoavelmente aceita em nível doutrinário, e consagrada em todos os projetos de codificação da legislação coletiva já apresentados. A legitimação coletiva possui as seguintes características:

¹⁴⁶ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁴⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie e Hermes Zaneti Junior. *Curso de Direito Processual Civil*, vol 4. (Processo coletivo). 2ª ed. Editora Podivm, Salvador, 2007.

a) está regulada, inicialmente, por lei (art 5º da Lei Federal nº 7.347/95; art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, etc.); b) é conferida a entes públicos privados, despersonalizados, e até ao cidadão na ação popular; c) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados, na forma do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor e seus incisos); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger os seus direitos, cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma, exclusiva e concorrente simples¹⁴⁸.

Importante também ressaltar que alguns interesses não podem ser atribuídos a qualquer coletividade, pois são pertencentes à humanidade, como é o caso da proteção da floresta amazônica ou dos oceanos, por exemplo, e em tais casos o Ministério Público não está a substituir essa ou aquela parte, mas defendendo em juízo, em nome próprio, interesse público por determinação legal.

Quanto aos interesses individuais homogêneos, a questão torna-se um pouco mais polêmica. Alguns doutrinadores alegam que tais interesses são cindíveis e disponíveis, portanto inclusos na esfera de defesa individual por cada um dos interessados. Entretanto, mas sábia e aplicada doutrina é aquela que afirma que a Constituição Federal, em seu art. 127, caput, que compete ao Ministério Público a defesa “dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, deve-se estender o campo de atuação para aqueles interesses que, apesar de individuais, apresentam grande destaque na sociedade, devendo ser tutelados pelo Ministério Público.¹⁴⁹

Ainda que não seja parte, deve o Ministério Público intervir obrigatoriamente como *custos legis*, tendo em vista os interesses envolvidos. A indisponibilidade que caracteriza os direitos transindividuais implica na impossibilidade de renúncia deles por seus titulares, ou pelos órgãos incumbidos de sua proteção. É sabido que tais interesses, via de regra, envolvem os interesses econômicos de vários grupos, havendo sempre o risco de colusão entre as partes, pressões do autor coletivo visando receber vantagens

¹⁴⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie e Hermes Zaneti Junior. *Curso de Direito Processual Civil*, vol 4. (Processo coletivo). 2ª ed. Editora Podivm, Salvador, 2007, pág 207.

¹⁴⁹ *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pelegrini Grinover, et. al. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

em troca da desistência da causa. Por esse motivo se faz imprescindível a intervenção do Ministério Público, sempre que um desses interesses vai a juízo.

9.6. Direito Comparado

Verificando os sistemas do Common Law, observa-se que a tutela dos direitos ou interesses transindividuais é tradicional e bastante arraigada: o instituto das *class actions* do sistema norte-americano, que avençava a possibilidade dos representantes de um grupo agirem em juízo, tinha como base a *equity* e antecedentes no Bill of Peace do século XVII. Assim dizia o art. 10 da Court of Judicature Act de 1873: “*Havendo multiplicidade de partes comungando do mesmo interesse em uma controvérsia, uma ou mais das partes podem acionar ou serem acionadas ou serem autorizadas pela Corte para litigar em benefício de todas as demais*”.¹⁵⁰

Nos Estados Unidos, as “Federal Rules of Civil Procedure” de 1938 fixaram, na regra 23, as normas fundamentais que balizavam as *class actions*: a) seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da *class*; b) caberia ao juiz o controle sobre a adequada representatividade; c) também ao juiz competiria verificar a comunhão de interesses entre os membros da *class*.¹⁵¹

As dificuldades práticas, quanto à configuração e requisitos de uma ou outra de suas categorias, com tratamento processual próprio, levaram o Advisory Committee on Civil Rules a modificar a disciplina da matéria na revisão feita pela Federal Rules de 1966. Dispõe a alínea “a” da Regra 23 que: “um ou mais membro da classe podem demandar ou serem demandados..” Assim, a legitimação ativa ou passiva para defender em juízo os interesses da categoria é outorgada a qualquer integrante, desde que titular de uma posição juridicamente idêntica à dos demais.¹⁵²

A referida Regra 23 outorga amplos poderes ao órgão jurisdicional perante o qual a ação foi aforada. Tais poderes permitem ao magistrado valorar, a todo o

¹⁵⁰ GREY, Antony. *Speaking out*. 1ª ed. Londres: Cassel, 1997.

¹⁵¹ WINTERMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, The European Convention and the Canadian Charter*. 1ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 1997.

¹⁵² Idem, *ibidem*.

momento, a legalidade e a oportunidade da ação. Destaca-se ainda que, no procedimento das *class actions*, nem todos os titulares do direito discutido participam do contraditório. O interesse desses é tutelado pelos *class representatives*. A decisão proferida na *class action* projetará seus efeitos não só às partes (em sentido formal), mas também a todos os integrantes do grupo.

Quanto ao questionamento referente à possibilidade de conciliação entre um contraditório restrito às partes ideológicas com as garantias do *due processo of law*, a orientação que hoje prevalece é no sentido de que a rigidez do exame da *adequacy of representation* é garantia suficiente para as partes, em sentido amplo.

Quanto à coisa julgada produzida no processo da *class action*, também se verifica uma exceção à regra, também vigente na *commom law*, de que o julgado opera os seus efeitos tão-somente entre as partes. A alínea “c” da Regra 23 preceitua que o julgamento proferido em uma *class action*, favorável ou contrário, será diretamente eficaz a todos aqueles que o tribunal declarar integrantes do grupo. Sendo assim, verificada a adequada representação da classe e tendo seus respectivos integrantes recebido uma *fair notice* do processo, a coisa julgada vale para todos eles; caso contrário, verificando-se possível ofensa às garantias do *due processo of law*, o efeito declaratório do *decisium* se restringe apenas aos litigantes que participaram do contraditório.

A Regra nº 23, alínea “c”, incisos 2 e 3 das Federal Rules de 1966 ainda, expressamente, prevê a possibilidade de optar-se pela exclusão da coisa julgada, sendo abrangidos por ela aqueles que, informados da demanda “da maneira melhor de acordo com as circunstâncias” (inclusive mediante intimação pessoal, quando passíveis de identificação), não tiverem procedido ao pedido de exclusão. É o critério denominado *opto ut*, reafirmado pela Suprema Corte norte-americana, que dispensou os demais, não optantes pela exclusão, de expresso consentimento para integrar a demanda (o que corresponderia ao critério do *opt in*). Em outras palavras, adotado o critério do *opto ut*, os que deixam de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada sem necessidade de anuência expressa, mas desde que tenha havido notícia do ajuizamento da ação.¹⁵³

¹⁵³ WINTEMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, The European Convention and the Canadian Charter*. 1ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 1997.

A Lei Royer francesa, de 27 de dezembro de 1973, é outro exemplo de tutela de interesses difusos e coletivos – por ela, fica facultado às associações de consumidores legalmente constituídas o direito de pleitearem a reparação do dano comum. Tal lei foi fruto da verificação, ao longo de anos, de que o consumidor singular era por demais fraco para se opor às grandes corporações de fabricantes de produtos e, por sua vez, o órgão estatal destinado a protegê-lo e o Ministério Público permaneciam inertes¹⁵⁴.

Já na Alemanha, uma Lei de 21 de julho de 1965 legitimou as associações de consumidores, em via exclusiva, e por categoria, a litigar em juízo contra atos de concorrência desleal que prejudiquem coletivamente os interesses de seus membros. Tal lei exige como requisito de legitimação: ter personalidade jurídica, ter como uma de suas finalidades institucionais a prestação de informações aos consumidores e ter atividade comprovada nos seus respectivos setores¹⁵⁵. No Direito alemão, não há limite territorial para a atuação das associações: elas podem ajuizar ações contra publicidade enganosa, fraude em liquidações, fraude em vendas a varejo por atacadistas e transgressões a normas referentes a pesos e medidas.

Nos sistemas do Civil Law, coube ao Brasil a primazia de introduzir no ordenamento a tutela dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, antes de tudo pela reforma de 1977 da Lei da Ação Popular, depois, mediante lei específica de 1985, sobre a denominada “ação civil pública”, a seguir, em 1988, elevando ao nível constitucional a proteção dos referidos interesses, e finalmente, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de todo e qualquer interesse ou direito transindividual). Este código foi além da dicotomia dos interesses difusos e coletivos, criando a categoria dos chamados interesses individuais homogêneos, que abriram caminho às ações reparatórias dos prejuízos individualmente sofridos (correspondendo, no sistema norte-americano, às *class actions for damages*).

Faz-se mister também mencionar que o Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América recepcionou a idéia brasileira da tutela jurisdicional dos interesses difusos, com algumas modificações em relação a legitimação (que inclui qualquer

¹⁵⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os Sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁵⁵ NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Os interesses Jurídicos Transindividuais: coletivos e difusos*. http://www.prt21.gov.br/dt_2_01.htm

interessado) e ao controle sobre a representatividade adequada (que no Brasil não é expresso). Com relação a coisa julgada, o regime brasileiro do julgado *erga omnes*, salvo insuficiência de provas, foi igualmente adotado.¹⁵⁶

O Uruguai optou, em seu Código Geral de Processo de 1989, por repelir as regras do Código Modelo de Processo Civil. Já na Argentina, primeiro a jurisprudência e depois o Código Civil e Comercial da Nação de 1993, seguiram o Código Modelo Ibero-Americano, até que a Constituição de 1994 contemplou, no art. 43, os chamados “direitos de incidência coletiva”, para cuja tutela prevê o amparo e a legitimação ampla para o exercício de sua defesa. Mas a doutrina preconiza a introdução, no ordenamento, de ações específicas, à semelhança das existentes no modelo brasileiro.

Outros ordenamentos ibero-americanos introduziram, de alguma forma, a tutela dos interesses difusos e coletivos em seus sistemas. No Chile, foi ampliada a abrangência da ação popular, com regulamentação em várias leis especiais e no Código Civil. No Paraguai, a Constituição consagra o direito individual ou coletivo de reclamar da autoridade pública a defesa do ambiente, da saúde pública, do consumidor e outros que, por sua natureza, pertençam à coletividade, mas não contemplam expressamente instrumentos processuais para este fim. No Peru, há alguma legislação esparsa e específica para a tutela de certos direitos coletivos, no campo das organizações sindicais e das associações dos consumidores. Na Venezuela, a Constituição prevê a possibilidade de qualquer pessoa entrar em juízo para a tutela de seus direitos ou interesses, inclusive coletivos ou difusos, mas não há lei específica que regule a matéria. A jurisprudência venezuelana reconhece legitimação para os mesmos fins ao Ministério Público, com base na legitimação geral que lhe confere a Constituição. Na Colômbia, a Constituição de 1991, o art. 88, atribui nível constitucional às ações populares e de grupo e autorizou o legislador a definir os casos de responsabilidade objetiva pelo dano causado a interesses e direitos coletivos¹⁵⁷.

Já os portugueses, em 1985, introduziram em seu sistema as ações relativas às cláusulas gerais, com legitimação conferida ao Ministério Público. Em 1995, inovaram com a Lei da Ação Popular, que também intenciona proteger os interesses individuais

¹⁵⁶ GUZMAN, Ramiro Bejarano. *Procesos Declarativos*. Buenos Aires, ed. Temis, 2001.

¹⁵⁷ Idem, *ibidem*, págs. 160-163.

homogêneos, com legitimação para o cidadão, associações e fundações com personalidade jurídica e as autarquias, continuando, em 1996, com criação das ações inibitórias para a defesa dos interesses dos consumidores¹⁵⁸.

A Constituição Portuguesa, através do seu artigo 268.º/4, (anteriormente artigo 268.º/3), apresenta uma via administrativa para a tutela dos interesses difusos, ao dizer que: “*É garantido aos interessados recurso contencioso com fundamento em ilegalidade contra quaisquer actos administrativos independentemente de sua forma, que lesem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos*”. Esta leitura é reforçada com a última revisão Constitucional, que aditou ao mesmo artigo um novo n.º 5, com a seguinte redação: “*É igualmente sempre garantido aos administrados o acesso à justiça administrativa para tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos*”¹⁵⁹.

Já a nova redação do n.º 3 do artigo 52º da Constituição Portuguesa, trazida pela última revisão constitucional, configura uma então nova ação para a tutela dos interesses plurindividuais, designada como “ação popular de massas” para os interesses difusos. Nela, a legitimação cabe às associações e entes intermédios que tenham como fim estatutário a defesa dos interesses difusos, e sem prejuízo da legitimidade de todo e qualquer particular, como acontece com as *class actions* do direito americano.

Diferentemente do Brasil, a legitimidade principal da ação não deve caber ao Ministério Público que, pela sua colocação no âmbito da Magistratura Portuguesa, não pode assumir uma posição de protagonismo cívico.

¹⁵⁸ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

¹⁵⁹ ANTUNES, Filipe Colaço. *Colocação institucional, tutela jurisdicional dos interesses difusos e “ação popular de massas”*. Em http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_7523_1_0001.htm

10.**Instrumentos Processuais para a Defesa
dos Interesses Transindividuais****10.1. Ação Popular**

Por período expressivo, a ação popular – AP – figurou como único instrumento disponibilizado no cenário nacional para a proteção de interesses coletivos. No decorrer de sua evolução histórica, manteve sua nota essencial, ao permitir ao povo reivindicar, por um de seus membros, a tutela de um interesse não-exclusivo, pertencente à coletividade.

O surgimento da Ação Popular deu-se no intuito de defesa da coisa pública, remontando sua origem histórica no período romano. Em nosso ordenamento, ao tempo da colônia, já eram aplicáveis os interditos pretorianos destinados à defesa de bens públicos de uso comum do povo. Inserida de início na Constituição Federal de 1824, a Ação Popular, ora ignorada, ora restaurada nas Cartas Magnas que se sucederam, consolidou-se através da Constituição Federal de 1988, encontrando-se regulamentada pela Lei Federal n. 4.717 de 29 de junho de 1965.¹⁶⁰

Analizando tal instrumento, verifica-se que a Ação Popular foi tratada sempre como garantia constitucional, tendo como característica fundamental a correção de atos atentatórios à coisa pública. Nesse aspecto, embora encaminhado à cognição judicial por um único legitimado – o cidadão – o direito por ela buscado não se restringe à subjetividade do seu autor, sendo tal instrumento inadequado às pretensões de natureza individual. Tem como característica a natureza corretiva, pois o autor popular postula a correção da irregularidade perpetrada pela própria administração e a reparação do dano a esta porventura causado.

¹⁶⁰ ANTUNES, Filipe Colaço. *Colocação institucional, tutela jurisdicional dos interesses difusos e “ação popular de massas”*, em http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_7523_1_0001.htm

A leitura do art. 5, LXXIII da Constituição Federal fixa a dimensão e objeto da Ação Popular, ao estabelecer que esse instrumento se destina a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Essa norma ainda é regulada pela Lei n. 4.717, embora esta última tenha se sujeitado a alterações por força da nova disciplina constitucional, que amplia os bens jurídicos de proteção pela utilização da Ação Popular, devendo ser interpretada sob essa nova ordem. Em prol desses bens e valores, através da Ação Popular se busca obter como pedido a invalidade de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos ao patrimônio público.¹⁶¹

Na Lei n. 4.717, encontramos a definição de patrimônio público, compreendendo bens e direitos de valor econômico, além de artístico, estético, histórico e turístico, os quais não necessariamente passíveis de avaliação pecuniária.

A Ação Popular oportuniza a obtenção de uma sentença declaratória ou constitutiva na parte principal – conforme se declare respectivamente nulo ou se anule objeto de impugnação – e condenatória quanto à perdas e danos. Há também o cabimento de pedido cautelar.

Possui legitimidade ativa *ad causam* para sua utilização exclusivamente o cidadão, isto é, o eleitor achando no gozo dos direitos políticos, com plena capacidade política ativa, sendo a prova feita com o título eleitoral ou com documento correspondente. Como substituto processual, o cidadão poderá exercer diretamente a função fiscalizadora da atividade administrativa, no exercício de um poder cuja natureza é qualificada como essencialmente política. Exceção a tanto se dá na ocorrência de assunção do pólo ativo por parte do Ministério Público, ante a hipótese de desistência do autor ou se este, por motivo diverso, provocar sua extinção.

10.2. Mandado de Segurança Coletivo

Inserido na Constituição Federal de 1988, o mandado de segurança coletivo tem origens em instituto congênere – o mandado de segurança individual – o qual foi

¹⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

instituído para a defesa de direito individual, ambos, porém guardando como fim a proteção a direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*. Este, do qual o mandado de segurança é ramo, servia à proteção não só da liberdade de locomoção, como também do direito contra atos abusivos do poder da autoridade pública.¹⁶²

No entanto, a reforma constitucional processada em 1926 desvestiu o instituto do *habeas corpus* da incumbência de defender os direitos individuais perante ato ilegal de autoridade, o que tornou necessária a criação de um outro remédio destinado a tanto. O mandado de segurança vingou na Assembléia Constituinte de 1934 como meio de defesa do direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. Mesmo ignorado na Carta de 1937, o instituto continuou sendo acolhido nos Tribunais com base em legislação infralegal, até ser restabelecido na Constituição Federal de 1946 e perdurado nas seguintes. Ainda em 1951 foi editada a Lei n. 1.533, que passou a regular o mandado de segurança.

Na Constituição em vigor acresceu-se o Mandado de Segurança Coletivo, em molde singular, uma vez que seu objeto não foi descrito, limitando-se o legislador a definir os legitimados ativos para sua propositura, pelo que se conclui que sua aplicação não difere das hipóteses predispostas na Constituição Federal de 88 para o mandado de segurança individual. E, embora até então inexistia lei que o regulamente, o mandado de segurança coletivo é instituto de uso corrente tendo em vista sua aplicabilidade imediata, por extensão interpretativa do disposto no parágrafo primeiro do art. 5 da Constituição Federal, como acolhido nos Tribunais.¹⁶³

Os requisitos necessários para a sua utilização identificam-se, em parte, com aqueles destinados à sua modalidade individual. Seu objeto também será a correção do ato ou omissão de autoridade que se afigure ilegal e ofensivo a direito líquido e certo do impetrante. Esse conceito – direito líquido e certo – é requisito fundamental do mandado de segurança. Líquido e certo é o direito, em definição singela, quando indiscutível o fato trazido a juízo, quando provado de plano, documental e convincentemente. Haverá de prescindir a demonstração da existência do direito de

¹⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

¹⁶³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

quaisquer outros meios de prova, sob pena de o seu reconhecimento demandar de ação ordinária. Impõe-se a sua impetração munida de prova pré-constituída, justificando o procedimento sumaríssimo documental deferido ao mandado de segurança.

Difere, pois, do mandado de segurança individual tão somente no que diz com a sua legitimidade *ad causam*, devendo, o direito ameaçado ou violado, relacionar-se à sociedade como um todo ou com determinada coletividade.¹⁶⁴

Ação de conhecimento, conforme a doutrina prevalente poderia ser qualificada como declaratória, constitutiva ou condenatória, consoante o pedido formulado. E, ainda, naqueles casos em que se pretende compelir a Administração Pública a fazer ou não fazer algo, há que se reconhecer, conforme divergente corrente doutrinária, uma sentença ou ação mandamental, como, aliás, é usualmente reconhecido nos Tribunais.

Quanto aos legitimados para o seu uso, deu-se discriminação específica na Constituição Federal de 1988, imputando-se tal papel a partido político com representação no Congresso Nacional, associações e entidades de classe legalmente constituídas em funcionamento há, pelo menos, um ano.

10.3. Ação Civil Pública

Objetivando a defesa de interesses transindividuais, a Ação Civil Pública foi expressa primeiramente na Lei Complementar n. 40/81, ao atribuir ao Ministério Público, dentre suas atribuições institucionais, a sua promoção. A Lei n. 7.347/85, que leva o seu nome, adotou esse instrumento, ao designá-lo para a defesa de interesses metaindividuais relacionados ao meio ambiente, aos consumidores e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Já a Constituição Federal de 1988 conferiu-lhe status de preceptivo constitucional, ampliando seu espectro, destinando ao Ministério Público a função de promovê-la em defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente de quaisquer outros interesses difusos e coletivos¹⁶⁵.

¹⁶⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor introduziu significativas alterações na Lei de Ação Civil Pública, conferindo-lhe o âmbito inicialmente desejado pelos mentores do seu primeiro projeto, ao autorizar a defesa, por meio da ação coletiva, de qualquer interesse difuso ou coletivo. Instituída uma interação genérica entre essas Leis, ambas repercutiram em instrumentos de igual tutela, porém específicos: Lei n. 7.913/89 (defesa de investidores do mercado imobiliário), Lei n. 7.853/89 (defesa de pessoas portadoras de deficiência), Lei n. 7.853/89 (Estatuto da Criança e do Adolescente), etc.

Através da Ação Civil Pública, tal qual sucede com a Ação Popular e o Mandado de Segurança Coletivo, rechaça-se igualmente o princípio tradicional da ação como um direito subjetivo para a defesa de direito próprio, ao atribuir a órgãos públicos e privados o direito de postular em juízo a defesa de direitos não individuais *stricto sensu*. Trata-se, pois, de estatuto de natureza basicamente processual, pois disponibiliza instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo, da tutela dos direitos metaindividuais descritos em lei esparsas substantivas a partir das matérias enumeradas no dispositivo acima citado.

A Ação Civil Pública define seu objeto no artigo Terceiro, cujo teor determina que: “*A ação poderá ter por objeto condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer*”, o que, a princípio, sugere seu caráter exclusivamente condenatório. Todavia, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que se move em interação com a Lei de Ação Civil Pública, atribuiu-lhe maior envergadura, para admitir pedidos de natureza constitutiva, declaratória, mandamental e executiva, ao ser preceituado, no art. 83, que: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.¹⁶⁶

Por ocasião do advento da Lei n. 7.347, a Ação Civil Pública ensejava exclusivamente pedido ressarcitório e cominatório. O art. 117 do Código de Defesa do Consumidor ampliou, no entanto, esse panorama trasladando para a ação civil pública todo o disposto no título III do Código de Defesa do Consumidor. Assim, o art. 83 desse

¹⁶⁶ MAZILLI, Hugo Nigro. *Interesses coletivos e difusos*. São Paulo, in Justitia – Órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo n. 157.

diploma faz comportar a ação civil pública pedidos de diversas naturezas, a saber: desconstitutivo, mandamental, cautelar, condenatório. Como assevera a doutrina, preocupado com a instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo, o legislador, ao editar tal artigo, tratou de tornar mais explícitos os princípios da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código de Defesa do Consumidor, tornando claro que o sistema processual para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos é dotado de todas as espécies de ações, capazes de propiciar uma adequada e efetiva tutela¹⁶⁷.

No que respeita à legitimação para agir, a edição da Lei de Ação Civil Pública em 1985 representou a superação da insuficiente legitimidade para agir em defesa de direitos coletivos, antes limitada, em regra, ao cidadão por meio da Ação Popular. Nesse sentido, constam no seu texto os legitimados para a sua propositura, tendo sido arrolados como substitutos processuais o Ministério Público, a União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações. A Ação Civil Pública tem sido bastante utilizada pelo Ministério Público e organizações sociais para a defesa dos interesses relacionados aos Direitos Sexuais e ao exercício da Orientação Sexual.

10.4. Liquidação nas Ações Coletivas

Ensina-nos a Profa. Patrícia Miranda Pizzol que, frente à propositura de ação coletiva visando a tutela de interesses difuso ou coletivo, com pedido de condenação genérica, a liquidação desta sentença poderá ser individual, nos casos previstos no art. 103, parágrafo terceiro do Código de Defesa do Consumidor, ou também será coletiva, promovida pelo autor da ação ou por outro legitimado do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, respeitando-se, neste caso, o prazo estipulado no art. 15 da Lei de Ação Civil Pública¹⁶⁸.

No caso da liquidação coletiva, a preferência para realizá-la é do próprio autor, não excluindo a legitimidade do Ministério Público ou dos demais legitimados para o

¹⁶⁷ MILARÉ, Edis. *Ação civil Pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo, RT, 1995 (em cooperação com diversos autores).

¹⁶⁸ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas Ações Coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

ajuizamento dessas ações. Ressalta-se ainda que, se no prazo de sessenta dias a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória a liquidação e posterior execução não forem promovidas pelo autor, poderá o Ministério Público promovê-las.

Em ações coletivas, a execução poderá ser provisória ou definitiva, podendo sempre ser promovida com fulcro nas certidões das liquidações individuais, em que deve contar informação sobre o trânsito em julgado ou não, em conformidade com o estabelecido no parágrafo primeiro do art. 98 do Código de Defesa do Consumidor. A despeito de tal preceito ter sido redigido no intuito de disciplinar a execução nas ações que tutelam interesses coletivos e difusos, deve também ser aplicado aos casos de ações condenatórias fundadas em interesses coletivos ou difusos, julgadas por meio de sentença que contenha condenação genérica, podendo o magistrado fixar o *quantum debeatur*, se estiverem presentes nos autos os elementos que sejam necessários para tanto.¹⁶⁹

10.5. Exemplos de atuação do Ministério Público na defesa dos Direitos Difusos relacionados aos Direitos Sexuais e ao exercício da orientação sexual

Em pesquisa realizada em nossa jurisprudência nacional, felizmente já encontramos alguns bons exemplos da utilização dos mecanismos de tutela dos interesses difusos como forma de defesa dos direitos sexuais e do exercício digno da orientação sexual. Com muito gosto trazemos alguns destes exemplos:

a) Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 – 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre.

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pela Procuradoria da República no Rio Grande do Sul (Ministério Público Federal), que acatou denúncia do grupo Nuances – Grupo pela Livre Orientação Sexual, em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, tendo por objeto a extensão dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão aos casais homossexuais. Tal ação trouxe consigo um importante marco histórico, por ter sido a primeira decisão judicial no Brasil que reconhece direitos de igualdade dos

¹⁶⁹ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas Ações Coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

homossexuais perante o INSS, fortalecendo, nas palavras de Paulo Gilberto Cogo Leivas¹⁷⁰, a jurisprudência que afirma o uso da ação civil pública como instrumento adequando para a garantia de direitos fundamentais das chamadas minorias e para a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos difusos e coletivos.

A Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF 4, sendo relator o Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, proferiu a seguinte ementa do acórdão (DJU de 26.07.2000, Boletim n. 40/2000, p. 679/691):

CONSTITUCIONAL – PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL – NORMAS CONSTITUCIONAIS. CF, ART. 226 PARÁG. 3º – INTEGRAÇÃO – HOMOSSEXUAIS, INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMPLITUDE DA LIMINAR. ABRANGÊNCIA NACIONAL. LEI Nº 7347/85, ART. 16, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.494/97

1 – As normas constitucionais, soberanas embora na hierarquia, são sujeitas a interpretação. Afasta-se a alegação de que a espécie cuida de inconstitucionalidade de lei; o que ora se trata é de inconstitucionalidade na aplicação da lei; o que se cuida não é de eliminar por perversa a disposição legal; sim de ampliar seu uso, por integração.

2 – É possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de companheiro previsto no art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro não fique relegado à miséria após a morte de quem lhe provia os meios de subsistência.

3 – Rejeitada foi a alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado da constitucionalidade pela própria Corte Constitucional em reclamação contra a mesma liminar ora telada, sob o fundamento de

¹⁷⁰ *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Francisco Loyola de Souza, et. al. (org.) Célio Golin. 1ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2003, pág. 111.

que a ação presente tem por objeto direitos individuais homogêneos, não sendo substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade.

4 – A nova reação dada pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, muito embora não padeça de mangra de inconstitucionalidade, é de tal impropriedade técnica que a doutrina mais autorizada vem asseverando sua inocuidade, devendo a liminar ter amplitude nacional, principalmente por tratar-se de ente federal.

O resultado da iniciativa e coragem do Ministério Público Federal gaúcho foi que, em obediência a ordem judicial, o INSS publicou a IN nº 57/2001, publicada em 10.10.01, determinando que o companheiro ou a companheira homossexual do segurado inscrito no Regime Geral da Previdência Social (RGPS) passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a união estável, pode pleitear a pensão por morte e auxílio reclusão.

b) Caso Rede TV – Programa João Kleber

Em 24 de outubro de 2005, o Ministério Público Federal, representado pelos Procuradores Regionais dos Direitos do Cidadão, e as organizações da sociedade civil Intervenientes – Coletivo Brasil de Comunicação Social, Dentro de Direitos Humanos, Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo – AIESSP, Ação Brotar pela cidadania e Diversidade Sexual – ABCDS e Identidade – Grupo de ação pela Cidadania Homossexual, propuseram Ação Civil Pública com Pedido de Antecipação de Tutela contra a Rede TV (TV Ômega Ltda.) e seu apresentador João Kleber, para que não fossem mais veiculadas as chamadas “pegadinhas” que diariamente instigavam a violência contra grupos discriminados, humilhavam e ridicularizavam pobres, gays, idosos e deficientes físicos. Os autos de tal processo receberam o número 2005.6100.024137-3¹⁷¹.

A atuação pronta do Ministério Público e das organizações sociais fez com que, em 15 de novembro do mesmo ano, fosse firmado Termo de Acordo Judicial no qual os

¹⁷¹ Vide em <http://www.jfsp.gov.br/cgi-bin/consulta.cgi?Consulta=11&Mostra=1&Forum=0&NaoFrames=&Proc=2005.61.00.024137-3&Maximo=100>

réus comprometeram-se a abster de exibir as chamadas “pegadinhas”, bem como exibir em rede nacional 30 programas com conteúdo de direitos humanos, custeados pelas rés (R\$200.000,00), bem efetuar depósito no Fundo de Defesa de Direitos Difusos no valor de R\$400.000,00.

3 – Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul em face da União Federal, objetivando a inclusão na tabela do SIH-SUS (Sistema Unificado de Saúde) de Procedimentos médicos de transgenitalização (Processo: 2001.71.00.026279-9)¹⁷².

A Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, deu provimento à apelação apresentada pelo Ministério Público Federal contra a decisão de primeira instância que negava a inclusão da cirurgia de transgenitalização (cirurgia de adequação do órgão sexual do paciente ao sexo “psicológico” dele). Vale a pena a leitura da Ementa do julgamento:

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIH-SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

1 – A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde.

2 – A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis.

¹⁷² Vide em <http://www.trf4.gov.br/trf4/jurisjud/imprimir.php?selecionados='TRF400153297'>

3 – A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade.

4 – O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos).

5 – O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis.

6 – A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos.

7 – A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso.

8 – O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e

diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição.

9 – A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexistente risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos.

10 – A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde.

11 – Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público.

12 – As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador.

13 – As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

14 – A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas.

15 – Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Corte Europeia de Justiça, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal.

DIREITO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO.

16 – O Ministério Público Federal é parte legítima para a propositura de ação civil pública, seja porque o pedido se fundamenta em direito transindividual (correção de discriminação em tabela de remuneração de procedimentos médicos do Sistema Único de Saúde), seja porque os direitos dos membros do grupo beneficiário têm relevância jurídica, social e institucional.

17 – Cabível a antecipação de tutela, no julgamento do mérito de apelação cível, diante da fundamentação definitiva pela procedência do pedido e da presença do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, dado o grande e intenso sofrimento a que estão submetidos transexuais nos casos em que os procedimentos cirúrgicos são necessários, situação que conduz à auto-mutilação e ao suicídio. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

18 – Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é possível a atribuição de eficácia nacional à decisão proferida em ação civil pública, não se aplicando a limitação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (redação da Lei nº 9.494/97), em virtude da natureza do direito pleiteado e das graves consequências da restrição espacial para outros bens jurídicos constitucionais.

19 – Apelo provido, com julgamento de procedência do pedido e imposição de multa diária, acaso descumprido o provimento judicial pela Administração Pública.

Além dos casos supra descritos, são acrescentados no presente trabalho (Anexos) o texto de outras Ações Cíveis Públicas promovidas pelo Ministério Público e organizações da sociedade no intuito de defenderem-se os direitos relacionados ao exercício da orientação sexual. Tais trabalhos demonstram de forma inequívoca que as questões relacionadas à orientação sexual e direitos sexuais já são tratadas em nossa sociedade como questões de Direito Difuso e Coletivo, tomando-se proveito das tutelas específicas de direito propiciadas por ele.

11.

Conclusão

Leonardo Boff nos ensina que o outro representa sempre um desafio, seja pela estranheza que provoca, seja pelo fato de não ser alguém do nosso mundo, um desafio de compreensão e deciframento, sendo o preconceito, por consequência, um obstáculo ao verdadeiro conhecimento, nem sempre fácil de ser superado. Lembra ainda que, “em Cristo não há pagão nem judeu, nem homem nem mulher, todos são um em Cristo” (Gl 3,28), devendo todos ser respeitados e acolhidos¹⁷³.

Nesta perspectiva de respeito e acolhimento, lembremo-nos que o objetivo fundamental do Estado brasileiro, fixado no artigo 3º de nossa Constituição Federal, é o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Cabe então ao Estado facilitar ao cidadão os meios para que ele possa, em um ambiente livre de preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação, trilhar os caminhos que o levem ao encontro da felicidade. E um dos requisitos básicos para que possamos alcançar a felicidade é vivência plena da orientação sexual individual.

Entretanto, o histórico trazido acerca das questões relacionadas à orientação sexual no decorrer dos tempos, demonstrando a dificuldade e preconceitos relacionados a tal tema, fazem com que de individuais, as questões relacionadas à orientação sexual alcancem um caráter transindividual. E na presença da natureza de transindividualidade, devemos sempre levar em conta o conjunto. Abstrai-se da situação jurídica de cada beneficiário e busca-se a proteção legal como um todo.

¹⁷³ BOFF, Leonardo. *Virtudes para um outro mundo possível*. Vol. II: convivência, respeito, tolerância. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

A relevância do estudo dos direitos transindividuais consubstancia-se no fato de que vivemos em uma sociedade cujos problemas atingem, de forma cada vez mais comum, “coletividades”. Sejam homossexuais, portadores de deficiência, idosos ou consumidores, o chamado “mundo sem fronteiras” ou globalizado faz com que os problemas sejam sentidos coletivamente e, por consequência, também devam ser enfrentados de forma coletiva.

O vanguardismo dos direitos difusos e coletivos não pode, talvez pelo vício do tradicionalismo jurídico, ver-se limitados tão somente às questões já “codificadas”, quais sejam, consumidor, criança e adolescente, meio-ambiente e, mais recentemente, idoso. Outros problemas também enfrentados por grupos ou coletividades devem ter a proteção jurídica dos direitos transindividuais, notadamente aquele que é objeto deste trabalho: a garantia do exercício da orientação sexual e dos direitos sexuais.

Canaris ensina que o Direito deve buscar a resolução de casos concretos, devendo estar apto a adequar-se à realidade, e mesmo quando desamparado pela reflexão dos juristas, historicamente sempre buscou soluções possíveis. Quando longe desta procura de resolução de casos concretos, o Direito ficaria restrito ao irrealismo metodológico, que é a incapacidade de acompanharem-se as novas necessidades enfrentadas pelo Direito¹⁷⁴.

A discussão sobre o enquadramento dos Direitos Sexuais no contexto dos Direitos transindividuais dá-se nesta busca de fuga do mencionado irrealismo metodológico. Defendemos que os Direitos Sexuais e ao exercício da orientação sexual são transindividuais, fundamentados nos direitos de liberdade, previstos nas normas de princípio dos sistemas constitucionais modernos¹⁷⁵. Tais direitos estariam vinculados à saúde, ao prazer, à reprodução e à cidadania sexual. Com o pressuposto da liberdade e da autonomia, condições para a afirmação e reconhecimento de uma democracia liberal, tem-se, também, os parâmetros para a afirmação da existência de um direito da sexualidade.

¹⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

¹⁷⁵ *Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pág. 102.

Deve a Ciência Jurídica ser clara e precisa, apta a responder a uma realidade em permanente evolução. O sistema jurídico deve ser concebido através de princípios gerais de Direito, e não em normas, conceitos, institutos jurídicos e valores, como foi de uma forma geral proclamado pelos doutrinadores do Direito. A justificativa da escolha dos princípios para compor este sistema baseia-se no fato de que o princípio explicita e extrapola a unidade valorativa do Direito, mantendo-se, ao mesmo tempo, em mobilidade, considerando que nem todos os princípios de Direito já foram ou estão formulados.

O princípio ocuparia justamente o ponto intermediário entre o valor e o conceito, excedendo o primeiro por estar já suficientemente determinado para depreender as consequências jurídicas, possuindo como resultado uma configuração especificamente jurídica, superando por sua vez o conceito, por não estar suficientemente determinado para esconder a valoração. Tais princípios não trariam consigo a exigência de exclusividade, repercutindo em que uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, possa, também, ser conectada livremente a outro princípio determinado. Por fim, necessitariam para ser realizados da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio.

Com base em tais ensinamentos, podemos concluir que para que os Direitos Sexuais existam, não há a necessidade da promulgação de Códigos ou diplomas legais disciplinando específica e diretamente tal questão. A nossa realidade jurídica apresenta, per si, uma série de princípios gerais de Direito que justificam, disciplinam e coordenam as questões relacionadas à orientação sexual e Direitos Sexuais em nosso país.

A defesa do exercício da orientação sexual e do combate ao preconceito não deve ser encarada como uma luta apenas da chamada “minorias homossexual”. Uma sociedade tida como democrática não pode coadunar com condutas opressoras e preconceituosas, que segregam e oprimem “minorias”. O “diferente” não pode continuar sendo vítima da clandestinidade a qual é subjugado, devendo a ele ser garantido o exercício da cidadania, e por consequência de sua orientação sexual.

Além disso, os insultos e violências, explícitos ou não, cometidos em virtude do exercício da sexualidade alheia revelam-se como uma clara violação de direitos fundamentais. Infelizmente não é difícil defrontar-se com tratamentos degradantes

dispensados à homossexuais, a despeito da vedação apresentada pelo art. 5, inc. III, da Constituição Federal. Nosso sistema jurídico garante e valoriza a pluralidade de formas de vida e de pensamento, e não legitima que o Estado patrocine a uniformização, o conformismo e a submissão.

O argumento de que a “moral judaica cristã” dominante não abarca as questões do livre exercício da orientação sexual também não é válido. A moral na sociedade democrática não pode ser aquela imposta pela classe dominante, mas deve ser crítica e não segregatória. Além disso, a barreira democrática e constitucional da liberdade de convicção religiosa, descrita no Artigo 5, inc. VI da Constituição brasileira é expressa ao dizer que “É inviolável a liberdade de consciência e crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Seguindo-se o preceito de que a liberdade de consciência é inviolável, todo aquele que não compartilha de determinada convicção religiosa, não pode submeter-se a leis ou comportamentos que estejam justificados com base na crença religiosa.

Lembremo-nos de que o direito de uma sociedade democrática não é um direito sem moral, mas um direito que assume em sua base uma moral de caráter crítico, distinto dos regimes autoritários dos últimos dois séculos. Não se pode cair no erro de entender-se como moral de uma sociedade democrática a moral tida como tradicional ou de uma maioria: em verdade, a moral democrática deve ser entendida como aquela que busca estabelecer com princípio a dignidade igual e universal das pessoas, e essa dignidade inclui a liberdade de fazer tudo aquilo que não causa dano a outrem¹⁷⁶.

O exercício das tutelas de direitos difusos e coletivos na busca da realização livre do exercício da orientação sexual e dos direitos sexuais objetiva que o respeito, que é a contrapartida da dignidade universal, seja concedido de forma plural, generosa e eficaz. A sociedade organizada e o Ministério Público devem, cada vez mais, utilizar-se das tutelas de Direito Difuso e Coletivo como arma contra o preconceito e a desigualdade, garantindo assim a contínua luta por uma sociedade democrática e justa para todos, cujas diferenças não sejam fator de exclusão, mas ao contrário, de valorização e respeito.

¹⁷⁶ SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, 2005, ano 2, n. 2. Edição em Português, pág. 70.

12.

Referências Bibliográficas

- A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Francisco Loyola de Souza, et.al. (org.) Célio Golin. 1ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.
- ALEXY, Robert, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, 2ª ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- AMARAL, Sylvia Mendonça do. *Manual prático dos direitos dos homossexuais e transexuais*. 1ª ed. São Paulo: Edições Inteligentes, 2003.
- ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets & into the courts*. 1ª ed. Michigan: The University of Michigan Press, 2006.
- ANTUNES, Filipe Colaço. *Colocação institucional, tutela jurisdicional dos interesses difusos e “ação popular de massas”*. Em http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_7523_1_0001.htm
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARENDT, Hannah. *A condição Humana*/Hannah Arendt; tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer, 10ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007
- ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Coleção debates políticos, 1ª ed. São Paulo: 1972.
- BAMFORTH, Nicholas. *Sexuality, Morals & Justice: a theory of lesbian & gay rights law*. 1ª ed. London: Cassel, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Democracia*, in *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1994.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*/Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOFF, Leonardo. *Virtudes para um outro mundo possível*. Vol. II: convivência, respeito, tolerância. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.
- BURKE, Robin. *A Matter of Justice – lesbians and gay men in law enforcement*. 1ª ed. Nova Iorque: Routledge, 1996.
- CAETANO, Marcello. *História do Direito Português (1140-1495)*. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1985.
- CANARIS, Claus–Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover, et. al. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia: Programa de Combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DIDIER Júnior, Fredie e Hermes Zaneti Junior. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4. (Processo coletivo). 2ª ed. Editora Podivm, Salvador, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça – as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

- DRESCHER, J. *Psychoanalytic therapy and the gay man*. 1ª ed. Hillsdale, NJ: The Analytic Press, 1998.
- ESTLUND, M. David e Nussbaum, Martha C. *Sex, Preference, and Family – essays on law and nature*. 1ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.
- Em defesa dos direitos sexuais*. (org.) Roger Raupp Rios; José Reinaldo de Lima Lopes, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Ética, Sexualidade, Política*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- FOCAULT, Michael. *História da sexualidade*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os Sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GREY, Antony. *Speaking out*. 1ª ed. Londres: Cassel, 1997.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. *A problemática dos interesses difusos*. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Tutela dos Interesses Difusos*. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Código Brasileiro de Defesa da Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RSC Editora, 2005.
- GUZMAN, Ramiro Bejarano. *Processos Declarativos*. 1ª ed. Buenos Aires: ed. Temis, 2001.

- HERTZ, Frederick. *Legal Affairs*. 1ª ed. Nova Iorque: Owl, 1998.
- Imagem & Diversidade Sexual – estudos da homocultura*. Denílson Lopes, et. al. (orgs.). São Paulo: Nojosa edições, 2004.
- KINSEY, Alfred. *Sexual Behavior in the Human Male*. 4ª ed. Bloomington – IN, Indiana University Press, 1984.
- LAFER, Celso. *Ensaio sobre a liberdade*. 1ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1980.
- LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- LEWES, K. *The Psychoanalytic Theory of Male Homosexuality*. 2ª ed. New York: Simon and Schuster, 1988.
- LIMA, Luiz Tenório Oliveira. *Freud*. 1ª ed. São Paulo: Publifolha, 2001.
- MACEDO, Daniela Cristina Alaniz. *Uma visão jurídica e social da homossexualidade*. 1ª ed. Londrina: Eduel, 2003.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses coletivos e difusos*. São Paulo, in Justitia – Órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo n. 157.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

- MELLO Filho, José Celso. *Constituição Federal notada*. São Paulo, Saraiva, 1992.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001.
- MILARÉ, Edis. *Ação civil Pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo, RT, 1995 (em cooperação com diversos autores).
- MILL, John Stuart. *On Liberty*. Oxford University, 1859 (digitalizado em 27.07.06 por Google).
- MODESTO, Edith. *Vidas em arco-íris*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.
- NAPHY, William. *Born to be Gay – história da homossexualidade*. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).
- NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Os interesses Jurídicos Transindividuais: coletivos e difusos*, http://www.prt21.gov.br/dt_2_01.htm
- NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Caravansari, 2003.
- OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito da autodeterminação sexual: dignidade, liberdade felicidade e tolerância*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- PASSARELI, Santoro, apud VIGORITI, Vincenzo. *Interesssi colletivi e processo*. 1ª ed. Milão: Giuffrè, 1979.

- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas Ações Coletivas*. 1ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 4, num. 2, julho/dezembro. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.
- Revista de Direito Militar*, n. 23, maio/junho. Brasília: Tribunal Superior Militar, 2000.
- ROUGHGARDEN, Joan. *Evolution's Rainbow*. 1ª ed. Berkeley: University of California Press, 2004.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RIOS, Roger Raupp. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- ROBSON, Ruthann. *Gay Men, lesbians and the law*. 1ª ed. Nova Iorque, Chelsea House Publishers, 1997.
- SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- Seleções jurídicas – Adv Advocacia Dinamica, julho 2007. COAD – Centro de Orientação, atualização e desenvolvimento profissional.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

- SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. *O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português*. Vol. I, 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.
- SOARES, Orlando. *Sexologia Forense*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.
- SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2005, ano 2, n. 2. Edição em Português – Rede Universitária de Direitos Humanos – São Paulo.
- The Editors of the Harvard Law Review, *Sexual orientation and the law*. 3ª ed. Boston, 1990.
- TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso: (a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade)*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- TÓIBÍN, Colm. *Amor em Tempos Sombrios*; tradução Cordelia Magalhães, 1ª ed. São Paulo: Arx, 2004.
- WINTERMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, The European Convention and the Canadian Charter*. 1ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 1997.

Anexo 1

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUÍZ FEDERAL DA _____ VARA CÍVEL DA
SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pela Procuradora da República infra-assinada, e as organizações da sociedade civil, **ESTRUTURAÇÃO – GRUPO HOMOSSEXUAL DE BRASÍLIA**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o número 01101595001-34, sediada nesta capital à SRTVS 701, Ed. Chateaubriand, bloco 01, sobreloja, sala 27/28, Asa Sul, Caixa Postal 3636, CEP. 70084-970, neste ato representado pela advogada que subscreve a presente inicial; **INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL**¹, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o número 06040910/0001-84, com sede na Rua Heitor de Souza Pinheiro, 300 – Portal do Morumbi – São Paulo – SP, neste ato representada pela advogada que subscreve a presente inicial; **COTURNO DE VÊNUS – ASSOCIAÇÃO LÉSBICA FEMINISTA DE BRASÍLIA**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o número 07961582/0001-11, sediada nesta capital à CBN 13, cpte 01, ap 403, Edifício santa Muniz, Taguatinga Norte, Caixa Postal 3546, CEP 70089-970 – Brasília – DF, neste ato representada pela advogada que subscreve a presente inicial, vêm respeitosamente à presença de Vossa Excelência propor a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

em face da **TV GLOBO LTDA.**, empresa concessionária de serviços de radiodifusão, registrada no CNPJ/MF sob o número 33.252.156/0001-19, por seu representante legal, com endereço para citação na Rua Lopes Quintas nº 303, Bairro Jardim Botânico, Rio de Janeiro / RJ, CEP 22460-010, e da

¹ As procurações, estatutos e atas da assembléia de constituição das associações civis estão juntadas no doc. 01.

UNIÃO, (Ministério das Comunicações) pessoa jurídica de direito público, a qual poderá ser citada por intermédio de seu Procurador Regional da União, no Setor de Autarquias Sul, quadra 02, Bloco E, 2º andar, sala 206, Ed. PGU, Asa Sul – Brasília – DF, CEP 70070-906, pelas seguintes razões de fato e de direito:

DOS FATOS

O Ministério Público Federal no Distrito Federal, por sua Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, recebeu representação assinada por Andréa Stefanie, cujo nome civil é Felipe Augusto P. Da Silva, na qual esta se insurgia contra o programa Zorra Total, veiculado pela primeira ré, em decorrência do referido programa veicular cenas em que transexuais e travestis eram “mostrados de forma esdrúxula, desrespeitosa e marginal”, em franco desrespeito às lutas e direitos desta minoria.

Colho da representação os seguintes excertos:

“A cada vez que um desses programas mostra quadros ou cenas de transexuais e travestis, incitam o público médio a ter ódio e desprezo, provocando como consequência das cenas e teor transfóbico, agressões verbais, físicas, violência descabida a todos e todas nós.”

(...)

“O Zorra Total insiste, praticamente todas as semanas, em mostrar gays e transgêneros de forma ridícula e absurda. Na cena a que me refiro, do dia 24/01/2004, uma linda moça transexual é achincalhada pelo humorista “Tom Cavalcante” – que pergunta se ela “já cortou o p...”. Ela vira para câmera e faz sinal de que já “cortou” os órgãos genitais. Ora, todo mundo sabe que, nas cirurgias de trangenitalização, não se corta ou retira nada, apenas se modifica. Na mesma cena, o humorista acima citado, joga piadas e diz que ela não pode entrar no recinto, pois, segundo ele, “ela não é ela” ou “ele não é ele”.

(...)

“é claro que coisas como esta “permitem” que o povo “julgue”, “condene” e “execute” – acima da lei e da justiça – a “pena” para o transexual e a travesti. Sabemos de situações em que travestis e transexuais foram agredidos: verbal, moral e até fisicamente, depois de veicular cenas como as acima descritas. Palavras como “traveco safado”, “viadinho”, “vira homem traveco”, etc., causam transtornos enormes na vida de travestis e transexuais. Fui agredida verbalmente várias vezes após exibição de programas como “Zorra Total (...)”.

(...)

“a realidade dos transexuais e travestis é muito dura. Temos que viver á margem da sociedade, com empregos ou funções que ninguém deseja, às vezes até programas sexuais temos que fazer pra sobreviver.”

(...)

“pedimos ao MP que interceda, aplique a lei tendo por base nossa Carta Magna, onde reza que não se pode discriminar alguém por motivo algum. Apurando os fatos, responsabilizando os culpados, havendo valores, que as causas transexuais e travestis sejam beneficiadas.”

Consciente de que a relação entre o humor e as práticas discriminatórias como as denunciadas constitui tema controverso, a PRDC-DF buscou realização de uma audiência pública sobre o tema, no intuito de colher as impressões da sociedade em geral e dos grupos atingidos, em especial; aprofundar-se no estudo da temática e buscar legitimação para as decisões que viriam a ser tomadas no âmbito do processo administrativo. O propósito da audiência pública foi o de discutir até que ponto o propósito de divertir é argumento legítimo para a divulgação televisiva da imagem de pessoas caracterizadas de forma jocosa e estereotipada. Até que ponto a divulgação televisiva de tais estereótipos constituiria prática discriminatória?

Assim, por considerar imprescindível para o exercício de suas finalidades institucionais abrir tal debate com a sociedade, é que a PRDC/DF promoveu **Audiência Pública sobre o conteúdo de quadros humorísticos televisivos que envolvem a imagem GLBT**, no dia 22/07/2005, às 09:00 no Auditório Principal da Escola Superior do Ministério Público.

A Mesa desta Audiência Pública foi formada, além dos representantes da TV Gazeta e TV Globo, pelas seguintes autoridades: O Subsecretário de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos da SEDH, **Perly Cipriano**; O Diretor do Departamento de Justiça, Títulos, Classificação e Qualificação do Ministério da Justiça, **José Eduardo Elias Romão**; a Professora da Faculdade de Direito da UNB, **Alejandra Pascual**; o Secretário de Direitos Humanos da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, **Cláudio Nascimento**, e a Regional dos Direitos do Cidadão, **Livia Nascimento Tinôco**, que conduziu os trabalhos.

No início dos trabalhos, foi exibida uma amostra do conteúdo televisivo editada a partir de cópias VHS disponibilizadas à PRDC pelas emissoras televisivas que veicularam os já mencionados quadros humorísticos. E, após, foi solicitada a cada componente da Mesa, a realização de uma avaliação sobre esta amostra de conteúdo (cópia DVD em anexo) que pudesse oferecer resposta à questão: *“Trata-se de conteúdo discriminatório? Sim. Não. Por quê?”*.

Após esta fase, o debate foi também aberto ao público para colher informação sobre as posições da sociedade quanto ao caráter – discriminatório ou não – destes mesmos quadros humorísticos.

Não foi difícil, ao final, concluir pela presença de conteúdos compostos de graves tratamentos discriminatórios, conforme já havia relatado a representante ao Ministério Público. A constatação foi unânime, à exceção das conclusões das representantes das emissoras de TV envolvidas no debate. Ainda, assim, é de todo recomendável que V. Excelência assista às fitas que contêm tudo que se passou na audiência pública, com o fim de verificar que, em determinados momentos, até mesmo os representantes das emissoras TV Globo e TV Gazeta admitiram o tratamento discriminatório.

Como resultado de tudo o que se discutiu e concluiu o Ministério Público Federal, visando a dar solução extrajudicial à demanda que lhe fora trazida, expediu, nos termos da Lei Complementar nº 75/93, recomendação a duas emissoras representadas, nos seguintes termos:

RECOMENDAÇÃO Nº 015 / 2005 PRDF / PRDC / LT

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, mediante ato da Procuradora da República signatária, no exercício de suas funções institucionais de que tratam os artigos 127 e 129, inciso III, da Carta Republicana em vigor, e especialmente o artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93 (“**Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União... XX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção de providências cabíveis**”);

CONSIDERANDO o disposto no artigo 5º, I, da Lei Complementar nº 75/93, que estabelece como função institucional do ministério Público da União **a defesa dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis**, bem como o disposto em seu artigo 6º, VII, que prevê competir ao Ministério Público da União **a proteção dos direitos constitucionais**;

CONSIDERANDO que a Carta Constitucional de 1988 deixa claro o seu propósito de instituir um **Estado Democrático, destinado à assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar o desenvolvimento, a igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**;

CONSIDERANDO que dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil está **a dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, III), e que há determinação constitucional de que um de seus objetivos fundamentais é a **promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação** (CF, art. 3º, IV);

CONSIDERANDO que em uma interpretação extensiva do conceito “discriminação por sexo” inclui-se obrigatoriamente a discriminação por orientação sexual;

CONSIDERANDO que, a teor do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, é **direito e garantia fundamental de todos ser tratados como iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à liberdade, à igualdade e à segurança**;

CONSIDERANDO que a preocupação do constituinte e do legislador ordinário com a defesa das minorias sociais é inteiramente justificada, por que essa proteção não interessa apenas à próprias pessoas em situação de vulnerabilidade social, mas sim à toda coletividade;

CONSIDERANDO que o próprio governo federal, em maio de 2004, lançou um programa nacional denominado “Brasil Sem Homofobia – Programa de combate à violência e à discriminação contra gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros (GLBT) e de promoção da cidadania homossexual”, que tem como princípio “**a reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e violência, e que, portanto, o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais é um compromisso do Estado e de toda a sociedade brasileira**”;

CONSIDERANDO que a luta dos movimentos sociais minoritários no Brasil pela defesa dos seus direitos tem promovido, de forma crescente e paulatina, o combate à invisibilidade da comunidade GLBT na sociedade, ao tempo em que tem contribuído a incrementar, como consequência das políticas de inclusão social, a conscientização da população sobre o caráter amplamente arraigado e disseminado de tais práticas discriminatórias na cultura brasileira, bem como sobre a necessidade de fomentar a equidade no trato dos problemas relacionados à diferença;

CONSIDERANDO que a preocupação dos movimentos sociais minoritários da sigla GLBT e de diversos segmentos da sociedade civil com relação aos crimes de ódio cometidos contra GLBT se fundamentam em dados empíricos contundentes, tais como, por exemplo:

- “*A pesquisa realizada sobre o Disque Defesa Homossexual (DDH) da Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro revelou que nos primeiros 18 meses de existência do serviço*

(junho/1999 a dezembro/2000) foram recebidas 500 denúncias, demonstrando que, além de um número significativo de assassinatos (6,3%), foram freqüentes as denúncias de discriminação (20,2%), agressão física (18,7%) e extorsão (10,3%)”;

- “Os resultados de recente estudo sobre violência realizado em 2002 no Rio de Janeiro pelo Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, Centro de Estudos e de Segurança e Cidadania/UCAM, e Centro latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos/IMS / UERJ, envolvendo 416 homossexuais (gays lésbicas, travestis e transexuais) revelaram que 60% dos entrevistados já tinham sido vítimas de algum tipo de agressão motivada pela orientação sexual, confirmando assim que a homofobia se reproduz sob múltiplas formas e em proporções muito significativas. Quando perguntados sobre os tipos de agressão vivenciada, 16,6% disseram ter sofrido agressão física (cifra sobe para 42,3% entre travestis e transexuais), 18% já haviam sofrido algum tipo de chantagem e extorsão (cifra que, entre travestis e transexuais, sobe para 30,8%) e 56,3% declararam já haver passado pela experiência de ouvir xingamentos, ofensas verbais e ameaças relacionadas à homossexualidade. Além disso, devido a sua orientação sexual, 58,5% declararam já haver experimentado discriminação ou humilhação tais como impedimento de ingresso em estabelecimentos comerciais, expulsão de casa, mau tratamento por parte de servidores públicos, colegas, amigos e familiares, chacotas, problemas na escola, no trabalho ou no bairro”. (CONSELHO Nacional do Combate à Violência e Discriminação. Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e Promoção da Cidadania Homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004);

CONSIDERANDO que os serviços de radiodifusão sonora e dos sons e imagens têm natureza de serviço público federal, nos termos do artigo 21, inciso XI, letra a da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que tramita nesta Procuradoria da República no Distrito Federal o Procedimento Administrativo nº 1.16.000.001045 / 2004-18, instaurado em razão de Representação encaminhada pelo Movimento transexual de Brasília, que denuncia discriminação por orientação sexual consistente na veiculação de quadros humorísticos televisivos que, ao associar a imagem GLBT (gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros) a conteúdos jocosos e estereotipados, **“incitam o público a alimentar o ódio e desprezo à comunidade GLBT e provocam, como consequência de seu teor homofóbico, agressões verbais, físicas e violência contra este segmento populacional”**.

CONSIDERANDO constar nos autos apuratórios cópias VHS dos programas apontados como discriminatórios pela supracitada Representação (Zorra Total, da TV Globo e Sérgio Malandro, da TV Gazeta); bem como posicionamento formulado pelas respectivas emissoras de televisão no sentido de negar o caráter discriminatório destes quadros humorísticos, sob o argumento de que as referências jocosas e/ou estereotipadas são próprias às situações cômicas, **“além de permitidas constitucionalmente em razão da liberdade de expressão e manifestação do pensamento”** (TV Gazeta), e que têm apenas **“a pretensão de divertir, sem o intento de transmitir qualquer mensagem”**, não sendo possível, portanto, **“acreditar que possam denegrir a honra e o bom conceito de qualquer classe social, sobretudo junto à sociedade”** (TV Globo);

CONSIDERANDO que, em face da controvérsia a respeito da relação entre humor e discriminação, e no intuito de assegurar a legitimidade conferida à ação institucional pela atenção à multiplicidade de vozes que compõe a sociedade brasileira, esta Procuradoria da República no Distrito Federal promoveu, no dia 22 de julho de 2005, **Audiência Pública sobre conteúdo de quadros humorísticos televisivos que envolvem a imagem GLBT**, a fim de colher, junto às emissoras de televisão, ao movimento social organizado na luta pelos direitos GLBT, às autoridades públicas cuja atuação se relaciona com a temática (Ministério da Justiça, Secretaria Especial de Direitos Humanos e Universidade de Brasília) e ao público interessado, opiniões justificadas sobre o caráter supostamente discriminatório destes quadros humorísticos;

CONSIDERANDO que, após a exibição de amostra do conteúdo televisionem questão, e da apresentação e discussão das apreciações que distintos segmentos da sociedade civil levantaram a respeito, a Audiência Pública foi concluída com **reconhecimento unânime do público presente quanto à presença de conteúdo discriminatório manifesto nos quadros humorísticos analisados, além de explícita incitação à violência contra GLBT.**

CONSIDERANDO que o representante da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros – ALGLT – detectou, na sua análise da amostra do conteúdo televisivo exibido na supracitada Audiência Pública, a associação feita num dos quadros do Programa Zorra Total entre homossexualidade e doença, bem como no Programa Sérgio Malandro, *“a associação internacional entre homossexualidade e desequilíbrio psíquico”* que contribui a mitificar, junto ao público, idéias cuja falsidade já foi objeto de comprovação científica cujo corolário pode ser apreciado na determinação tanto do Conselho Federal de

Medicina como do Conselho Federal de Psicologia, de que homossexualidade e/ou bissexualidade não são doenças, devendo ser tratadas como expressões da sexualidade humana, sendo que *“o CFP proíbe expressamente a participação de qualquer psicólogo na tentativa de tratamento visando a reorientação sexual de indivíduos”*.

CONSIDERANDO que na Nota Técnica nº 18/2005 do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação do Ministério da Justiça, o qual estabelece os critérios de classificação por faixa etária através das Portarias nº 733 de 19 de outubro de 1990 e nº 796 de 08 de setembro de 2000, expedida a partir da análise desta amostra de conteúdo televisivo, consta a conclusão de que *“nas cenas do Programa Zorra Total, há uso de linguagem depreciativa (expressões pejorativas)”* e *“nas cenas do Programa Sérgio Malandro há inadequações como uso de linguagens obscenas (encobertas sonoramente), exposição de pessoas em situação constrangedora ou degradante e agressão física”*;

CONSIDERANDO que a atribuição do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação do Ministério da Justiça se restringem à classificação indicativa e, por isso, mesmo tendo constatado a grave situação relativa ao uso de linguagem depreciativa (expressões pejorativas) e obscena, às situações constrangedoras e degradantes, e às situações de agressão física envolvendo a GLBT, limitou-se a aplicar as conclusões apresentadas à restrição de horário e faixa etária, às quais devem submeter-se os programas em questão;

CONSIDERANDO que o Ministério Público, no entanto, cabe, em tais casos, efetivar todas as medidas necessárias para fazer cessar lesão constatada;

CONSIDERANDO que, sendo princípio fundamental da República Federativa do Brasil e dever do Estado **proteger a dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III da CF), as emissoras de rádio e televisão, concessionárias de um serviço público, não podem, nesta qualidade, proceder ao menoscabo da imagem de qualquer cidadão, e que a lesão perpetrada se torna particularmente grave por incidir sobre minorias socialmente vulnerabilizadas, como é o caso da comunidade GLBT;

CONSIDERANDO que as garantias constitucionais que envolvem a livre expansão das produções da mente e do espírito, como o pensamento, a expressão, a criação, a informação (art. 220, *caput*, da CF/88) se sujeitem a restrições previstas na própria Constituição Federal e que estas foram ultrapassadas conforme aqui exposto;

CONSIDERANDO que os fatos mostram a necessidade de se garantir o efetivo respeito aos direitos que assistem à comunidade GLBT;

CONSIDERANDO que numa sociedade democrática, que vise o efetivo respeito aos seus mais sérios valores, a defesa dos indivíduos deve ser feita em sua plenitude, por força da dignidade ínsita à pessoa humana, em decorrência dos princípios jurídicos da igualdade, justiça social e bem-estar;

CONSIDERANDO que a via judicial deve, sem dúvida, constituir a última etapa na solução de questões como a da espécie, principalmente tendo presente a confluência de objetos das entidades que executam serviços públicos, como é o caso das emissoras de televisão, visam, sempre, e última análise, o atendimento do interesse comum; **RESOLVE**

RECOMENDAR à REDE GLOBO DE TELEVISÃO, através do Diretor Geral de Programação da emissora que:

- **Cesse a veiculação dos quadros televisivos que, como no Programa Zorra Total, incorram na prática de discriminação por orientação sexual, consistente na associação entre a imagem GLBT a conteúdos jocosos e/ou estereotipados e incitação à violência contra GLBT;**

- **Como forma de compensar o dano moral causado a este grupo minoritário, abra espaço na programação da emissora para o tratamento dos direitos GLBT, seja nos programas jornalísticos, seja nos programas de entrevistas e variedades, no período de três meses;**

- **Seja informado a esta Procuradoria regional dos Direitos do Cidadão, no prazo de 10 (dez) dias, a contar do recebimento do ofício que encaminhará esta recomendação, acerca do acatamento da presente e as medidas tomadas para sua consecução.**

Aos órgãos públicos e entidades da sociedade civil organizada que participaram da *Audiência Pública sobre conteúdos dos quadros humorísticos televisivos que envolvem a imagem GLBT*, para conhecimento e divulgação.

À PFDC para publicação.

Brasília / DF, 10 de outubro de 2005.

LAVÍNIA NASCIMENTO TINÔCO

Procuradora Regional dos Direitos do Cidadão / DF

A TV Gazeta, do Grupo Fundação Cásper Líbero, após receber a recomendação, cumpriu praticamente todo o seu conteúdo, estando em curso, no momento, negociações entre a emissora e as minorias envolvidas, apenas quanto à possibilidade de abertura de espaço televisivo, para a veiculação do direito de resposta. Tudo nos leva a crer, destarte, que será necessário o ajuizamento da ação judicial contra a TV Gazeta (Fundação Cásper Líbero).

Infelizmente, o mesmo comportamento não se logrou obter da TV Globo, a qual não reconhece, de modo algum, o conteúdo discriminatório dos quadros humorísticos que veiculou. Destarte, não restou ao Ministério público e aos demais litisconsortes opção outra que não o ajuizamento desta ação civil pública para fazer valer em juízo as suas pretensões.

DAS CENAS VEICULADAS

As cenas que ensejaram a insurgência dos autores desta ação estão individualizadas em um DVD que segue anexo a esta, bem como em fitas VHS igualmente acostadas nos autos. No entanto, os trechos mais relevantes estão individualizados no DVD, pois as fitas VHS ora contém o Programa Zorra Total por inteiro, ora contém o inteiro teor da Audiência Pública realizada.

No entanto, apenas pelo dever de narrar os fatos, incumbência que cabe ao autor, passa-se a descrever sucintamente as cenas veiculadas no programa Zorra Total. Convém apresentar desde logo os fatos específicos que constituem a causa de pedir da ação, para que Vossa Excelência possa ver por si próprio, por que o Ministério Público Federal vê-se obrigado a vir a juízo.

Cena 1 – Cão-sultório

O episódio apresenta elementos que propõem um jogo de dubiedades e trabalha com diversas metáforas que contribuem conseqüentemente para reforçar preconceitos. O enredo desde seu princípio é provocador, mas peca por não adotar critérios que evitem ofender GLBT que são, no episódio, perigosamente representados.

O nome do cachorro, um boxer, é Brutus. Ele deseja como interpretado pelo veterinário, ser um poodle cor-de-rosa. Brutus prefere instintivamente freqüentar a casa de boneca da sobrinha do dono ao invés da sua casa de cachorro. Isso parece anteceder ao que ocorre já no final do enredo: a expressão emitida pelo dono de Brutus: **“que desgosto!”**.

Reforço de aspectos do machismo. Ao camuflado Brutus é oferecida uma cadelinha, no cio, toda tosadinha para ele cruzar (estereótipo feminino da gostosona, naturalmente o macho tem o desejo direcionado a uma fêmea).

O dono do cão reage quando o veterinário revela a homossexualidade canina:

“Isso é impossível. O meu cachorro é espada” (estereótipo do masculino sempre associado à heterossexualidade, como se um gay não pudesse ser também masculino; o falo como algo a ser defendido como propriedade do macho heterossexual, gay quer ser mulher).

O médico diagnostica o caso do que é pra ele ser um cão gay: Incapaz de cruzar (estereótipo do doente, inferior, anormal. Vinculação da reprodução a heterossexualidade, pois que não tem relação necessária com outra).

As descrições que se seguem estabelecem mais classificações preconceituosas:

O veterinário diz que o cão **“Não tem pedigree, tem pedigay”**.

Pedigree associado neste contexto a uma identidade como indivíduo e a um status de cidadania e reconhecimento. E pedigay algo com o significado de anonimato, marginalidade e anormalidade.

Da metade do programa em diante, existe uma referência direta ao Gay sem passar necessariamente pela zoormorfia do personagem.

Dizendo não ter o cão um focinho de gay. Rabo de gay.

Na seqüência denuncia-se o objeto de desejo de Brutus. Rex é um doberman imenso, forte e valente. Ele é apontado como objeto de desejo do Brutus, um disfarçado poodle cor-de-rosa.

Porém, **Rex é educado e caprichoso, portanto suspeito (de ser gay)**, apesar de doberman.

O dono não aceita essa condição em momento algum e busca providências.

O que devo fazer?

A solução recebida pelo dono foi a de buscar um **“especialista em boiolicie de cachorro” (para quê? Apoio para tratamento visando a reorientação sexual de Brutus).**

A solução apontada pelo veterinário foi a de buscar um juiz de paz para fazer o casamento entre cachorros. Note que o sugerido foi **“Casamento de Cachorros”** e não cachorros do mesmo sexo.

Cena 2 – Seu Piru

O episódio apresentado se resume a uma cena em que a personagem (a “Seu Piru”) diz, ao encontrar um atleta que supostamente estaria trazendo uma tocha olímpica: **“Que decepção! Onde está a tocha?”**

A única coisa que o Seu Piru consegue ver, tanto no robô quanto em Bernardo, é a sua genitália. Associação de gay ao falo.

O personagem do “Seu Piru” e o contexto que o circunda associa claramente o personagem ao pitoresco, exótico, esdrúxulo, jocosos, ardiloso, frágil e frívolo, além de ser o grande bobo da corte.

Cena 3 – Episódio da Mala

O tema central do episódio é a extorsão, que claramente sugere ser justificada, pelo fato do extorquido ser homossexual. A extorsão é anunciada logo no início. Quando a personagem (Ribamar) declara a outra personagem da cena o seguinte: **O Sr. Tem o direito de ficar calado e me dar um por fora.**

Primeiro há tentativa de intimidação formal: Ribamar fala de tal lei de condomínio. O clima é de claro constrangimento e coação.

Depois a mala é tomada das mãos do personagem suspeito, para em seguida apresentar toda uma situação de escracho e exposição grosseira do conteúdo da mala, associado de forma metafórica a **uma intimidade que deveria permanecer contida, mas que ao ser revelada destruiria a reputação do suspeito.** (A mala continha roupas de mulheres).

Ribamar de forma contundente irônica sai gritando: **“Você tem um segredo que eu vou contar pra todos”**, ameaçando chamar a imprensa (New York Times). Isso parece ocorrer no enredo como antecâmara do que ocorrerá logo em seguida: coagido o suspeito facilmente cede à extorsão.

Como consequência, o suspeito responde a pergunta sobre o seu nome se identificando como Silvio, mas é ironizado pelo personagem Ribamar (Tom Cavalcanti) sendo chamado por Silvia. Importante destacar que o diálogo é quase que de forma permanente, intercalado por gargalhadas e interjeições como <<ai>>, <<ui>>, **freqüentemente expressões interpretadas como sintomáticas de homossexualidade.**

Depois da extorsão propriamente dita, onde o suspeito dá-lhe dinheiro escondido para que Ribamar (Tom Cavalcanti) se vangloria de haver conseguido obter dinheiro.

A violação explícita e reiterada a direitos fundamentais é promovida pelo mais torpe² dos fins: a obtenção do lucro fácil, auferido com a venda da audiência a um punhado de anunciantes que parecem não se incomodar em ver a imagem de seus próprios produtos associada a cenas vexatórias e infamantes.

Na disputa por pontos do ibope instituiu-se neste Estado de Direito o vale-tudo entre as emissoras comerciais. Vale expor crianças deformadas, exibir mulheres sendo espancadas, linchamentos de suspeitos, ridicularizar pobres, gays, idosos e deficientes físicos. Só mesmo a Constituição brasileira nada vale, já que é diariamente vilipendiada em comunicações como as feitas pelo Zorra Total.

1. Discriminação em razão da orientação sexual

As chacotas contra as quais se insurge esta ação e que foram levadas ao ar no programa ZORRA TOTAL, fazem referência explícita à orientação sexual dos personagens da cena.

Há duas situações distintas nas chacotas exibidas: a) “o ator”, **travestido de um tosco estereótipo do que a ideologia dominante crê ser “o homossexual”, assedia moral e fisicamente os participantes da cena**, provocando-lhes reações de constrangimento (situação que envolve o jogador Bernardo); b) “o ator” **inferioriza uma pessoa do sexo masculino, em razão da sua orientação sexual** (situação que ocorre no episódio da mala).

Podemos identificar alguns elementos comuns em todas as cenas mencionadas:

a) Naturalizam a oposição “macho” vs. “bicha”, impondo-a como critério geral da diferenciação entre as pessoas, levando o

² O cometimento de crime “mediante paga ou promessa de recompensa” é considerado motivo torpe pelo artigo 121, §2º, I, do Código Penal, e constitui circunstância agravante da pena no concurso de agentes, segundo preceitua o art. 62, inciso IV, do mesmo Código. As normas evidenciam que a ordem jurídica brasileira considera altamente censurável o cometimento de qualquer ato ilícito motivado pela busca do lucro.

espectador ingênuo a crer que o mundo é *naturalmente*³ dividido entre homos e heterossexuais;

b) **Inferiorizam aqueles que a sociedade nomeia “gay”, quer usando a orientação sexual como elemento do crime de injúria, quer atribuindo-lhes traços semânticos nitidamente negativos.** No pastiche⁴ produzido pelos réus, os “homossexuais” não possuem atributos positivos; são párias, inconvenientes, ofensivos, misóginos;

c) **Simbolizam e legitimam a violência social contra homossexuais, na medida em que a “bixa” encenada termina sempre punida com o desprezo.**

Não pretendemos argüir nexo de causalidade direto entre as emissões dos réus e as centenas de agressões físicas contra homossexuais que ocorrem todos os dias no Brasil. Isso por que, **O PRÓPRIO PROGRAMA TELEVISIVO DOS RÉUS JÁ É UM JATO DE VIOLÊNCIA SIMBÓLICA CONTRA, PELO MENOS 20 MILHÕES DE BRASILEIROS.**

Especificamente trata-se de do que Axel Honneth chamou de “negativa de valor a um modo de viver”⁵, feita por intolerantes, incapazes de conviver com múltiplas formas de existência.

Vossa Excelência poderá melhor dimensionar o mal causado pela conduta dos Réus se atentar para o fato de que as ofensas à sexualidade e á dignidade alheias são exibidas todas as semanas, para uma platéia de dezenas de milhões de telespectadores, inclusive crianças e adolescentes.

Mutatis Mutandis, seria o mesmo que conceder ao editor de livros gaúcho Siegfried Ellwanger – condenado definitivamente em 2003 pela prática do crime de racismo – um público cativo de milhões de telespectadores para que pudesse transmitir em “horário nobre” suas idéias fascistóides acerca da “mentira do holocausto

³ Um dos mais poderosos recursos de que se vale a ideologia é a naturalização das divisões sociais e a criação da figura do *outro*, por oposição ao sujeito produtor do discurso. Trata-se daquilo que Barthes chamou de “naturalização das significações”, isto é, a estabilização ideológica de um significante (no caso, a figurativização grosseira de um “homossexual”, tal como concebida pela mente empobrecida dos produtores do programa) com um significado socialmente fixado, transmitido, porém, como se “natural”. Cf. a propósito Roland Barthes, *Mitologias*, São Paulo, Difel, 2003, especialmente as páginas 199 e ss. Cf. também a excelente introdução do livro de Eugênio Bucci e Maria Rita Khel, *Videologias: ensaios sobre televisão*, São Paulo, Boitempo, 2004, pp. 15-23. Crêem os subscritores dessa opinião que, diversamente do que o discurso dominante quer fazer crer, a identidade de cada um não é um dado, mas sim algo construído a partir das relações que se estabelecem nas sociedades humanas. Acerca da construção social da homossexualidade, Cf. Michael Foucault, *A História da Sexualidade – vol. I – A Vontade de Saber*, Rio de Janeiro, Graal, 1988; Steven Seidman (ed.), *Queer Theory: sociology*, Cambridge, Blackwell Publishers Ltd., 1996; e Roger Raupp Rios, *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*, São Paulo, RT, 2002, pp. 120-126.

⁴ Como lembra Roland Barthes, “o mito prefere trabalhar com imagens pobres, incompletas, nas quais o sentido já está diminuído, disponível para uma significação: caricaturas, pastiches, símbolos etc.” (*Mitologias*, op. cit., pp. 218-219).

⁵ A experiência da desvalorização social – acrescenta Honneth – “traz consigo normalmente uma perda de auto-estima, da oportunidade de enxergar-se como um ser cujos traços e habilidades devem ser estimados” (*The Struggle of Recognition: the moral grammar of social conflicts*, citado por José Reinaldo Lima Lopes, op. cit., p.21).

judeu”. Nas “inocentes”, *piadinhas* divulgadas pela primeira ré, há o mesmo insidioso conteúdo de intolerância e preconceito contra o Outro que alimenta as idéias racistas. Em perspectiva psicanalítica, talvez se trate do que Freud chamou de “narcisismo das pequenas diferenças”⁶ ovo da serpente do nazifascismo.

Tivéssemos nós, brasileiros, uma cultura de tolerância para com o Outro, a doutrinação dos Réus não encontraria solo para fertilizar. Acontece que a sociedade brasileira pratica, em grande medida, formas de violência simbólica ou física contra negros, pobres, índios, idosos, mulheres, pessoas com deficiências e, também, contra gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis.

Segundo pesquisa⁷ realizada pelo Centro Latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos e pelo Instituto de Medicina Social da UERJ durante a 9ª Parada do Orgulho GLBT, no Rio de Janeiro, **64,8% DOS HOMOSSEXUAIS ENTREVISTADOS JÁ HAVIAM SIDO VÍTIMAS DE ALGUM TIPO DE DISCRIMINAÇÃO**. Em 33,5% dos casos, isso ocorreu no círculo de amigos e vizinhos; em 27%, no ambiente familiar; em 26,8%, nas escolas e universidades⁸. **55,4% DOS ENTREVISTADOS DISSERAM TER SOFRIDO AGRESSÕES VERBAIS OU AMEAÇAS, EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL; 18,7% RELATARAM TER SOFRIDO VIOLÊNCIA FÍSICA**.

Enfim, está claro que **o programa Zorra Total vem há anos ofendendo a liberdade de orientação sexual de milhões de brasileiros e, com isso, contribuindo para legitimação social da homofobia e da intolerância**.

A ofensa – convém repetir – consiste em **categorizar, inferiorizar e ridicularizar todos cuja orientação do desejo está voltada para pessoas do mesmo sexo. Para tais seres, “cujo único crime é não ter os mesmos gostos que vós”⁹, o programa levado ao ar pela Ré reserva toda a sorte de crítica social**.

⁶ “En los sentimientos de repulsión y de aversión que surgen sin disfraz alguno contra personas extrañas, com las cuales nos hallamos en contacto podemos ver la expresión de un narcisismo que tiende a afirmarse y se conduce como si la menordesviación de sus propiedades y particularidades implicase una crítica de las mismas y una invitación a modificarlas. Lo que no sabemos es por qué se enlaza tan grande sensibilidad a estos detalles de la diferenciación” (*Psicología de las masas*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p.40).

⁷ “Política, Direitos, Violência e Homossexualidade: pesquisa 9ª Parada do Orgulho GLBT – Rio 2004”, disponível em <http://www.clam.org.br/pdf.paradario2004.pdf>.

⁸ Outra pesquisa – “Juventude e Sexualidade”, realizada pela UNESCO em parceria com os Ministérios da Educação e da Saúde – lançada em março de 2004, revelou que cerca de um quarto dos alunos de ensino fundamental e médio entrevistados, não gostaria de ter um colega homossexual. Esse percentual varia de 45% em Vitória a 34% em Belém, para os meninos; e de 22% em Recife a 10% no Rio de Janeiro, para as meninas (o relatório pode ser acessado no sítio <http://observatoriouch.unesco.org.br/publicações/juventudesesexualidade>).

⁹ Marquês de Sade, *A Filosofia na Alcova ou os Preceptores Morais*, excurso “Franceses, mais um esforço que quereis ser republicanos”, São Paulo, Iluminuras, 2000, p. 156. Ainda Sade: “É espantoso o abismo de absurdos em que mergulhamos quando não raciocinamos à luz da razão! Tenhamos bem claro que é tão simples gozar de uma mulher de uma maneira ou de outra, que é absolutamente indiferente gozar de uma moça ou rapaz, e que é constante em nós não existir outras inclinações além das que recebemos da natureza; ela é por demais sensata e conseqüente para ter colocado em nós as que pudessem alguma vez ofendê-la.” (*op. cit.*, p. 157).

2. Ofensa à dignidade da pessoa humana¹⁰

Os gays, os transexuais e as lésbicas são humilhados diante da multidão ávida por construir a própria imagem em negativo¹¹.

Indagamos a Vossa Excelência que direito tem a ré TV GLOBO de usar uma concessão do povo para enriquecer a custa da humilhação feita a pessoas comuns. O poder-dever de explorar o serviço público de radiodifusão (CR, art. 21, XII, “a”) acaso confere à concessionária o direito de aviltar a boa fé e a dignidade alheias, em nome da mais desprezível das ambições? Como em qualquer outra concessão, não há normas de observância obrigatória pela empresa que explora o serviço?

DO DIREITO¹²

¹⁰ Os pareceres juntados aos autos (doc. 05) corroboram o que será adiante falado.

¹¹ Como bem observa Erick Landowski, “um sujeito não pode, no fundo, apreender-se a si mesmo, enquanto ‘EU’, ou ‘NÓS’, a não ser negativamente, por oposição a um ‘outro’, que ele tem de construir como figura antiética a fim de poder colocar-se a si mesmo como o seu contrário: ‘O que eu sou é o que você não é’. E, claro, nesse caso o sujeito que diz ‘EU’ ou que diz ‘NÓS’, é um sujeito que ‘sabe’ ou que, pelo menos, ‘crê saber’ o que vem a ser o Outro. Ele não precisa, no mais, estar muito informado sobre isso, nem ir procurar bem longe: para fundamentar sua própria certeza de ser ‘SI’, a única coisa que lhe importa, a única ‘verdade’ da qual precisa se assegurar é que o Outro é ‘outro’, e que o é categoricamente: natureza *versus* cultura, bestialidade *versus* humanidade. Eles *versus* Nós, todos esses pares de contrários se equivalem, para falar da mesma relação de exclusão mútua. Daí, no plano das estratégias discursivas características desse tipo de configuração, o privilégio concedido... ao uso do estereótipo, não como descrição do Outro, mas como meio expeditivo de reafirmar uma diferença. É de acordo com este esquema simplista que procedia o Sr. Todo Mundo... para colocar diante de si mesmo a figura caricatural do ‘estrangeiro’, espécie de espantalho feito com materiais pegos ao acaso, reunião barroca de antivalores, como se se tratasse simplesmente de atemorizar-se a si mesmo. Restaria, evidentemente, entender melhor o que torna possível, talvez mesmo necessária, a construção de simulcrados que apresentam um caráter tão grosseiramente exagerado. A explicação não seria que, construindo daquela maneira a própria imagem em negativo, o grupo social se fornecesse pura e simplesmente um meio cômodo de resolver o problema de sua *própria* identidade *antes mesmo de o ter colocado*? Postular categoricamente a finitude do Outro, pretende saber o que ele é em sua ‘essência’ e, para caracterizá-lo, contentar-se com a justaposição de uma série de clichês que fazem sobressair seus ‘vícios’ ou suas ‘má-formações’, tudo isso provavelmente só faz sentido para quem se satisfaz com uma visão simplista da própria identidade. Em outras palavras, para assumir uma representação de outrem tão desprovida de consistência, é preciso que o Nós que se compaz em reconhecer aí seu próprio reflexo invertido não seja ele mesmo, a seus próprios olhos, senão uma espécie de fantoche mal articulado, modelo de todas as virtudes, é claro, mas não menos privado de carne e vida real. Isso é pouco, mas no caso, que mais pedir? Se ser si mesmo não significa nada além de gozar de satisfação de ser ‘SI’ e não o ‘OUTRO’, então tanto faz, efetivamente aumentar o contraste, com o risco de comparar, de ambas as partes, apenas identidades, sem espessura, imagens pré fabricadas, congeladas para sempre em sua radical diferença” (*Presenças do Outro: ensaios de sociossemiótica*, São Paulo, Perspectiva, 2002, PP.25-26).

¹² Esta ação civil pública serve-se de trechos retirados de 2 ações civis públicas anteriormente ajuizadas pelo Ministério Público Federal, uma no Estado de São Paulo, em parceria entre o Procurador da República Sérgio Gerdenghi Suíama e as associações civis INTERVOZES – COLETIVO BRAZIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL, CENTRO DE DIREITOS HUMANOS, ASSOCIAÇÃO DA PARADA ORGULHO DOS GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS E TRANSGÊNEROS DE SÃO PAULO, ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO – AIESSP, AÇÃO BROTAR PELA CIDADANIA E DIVERSIDADE SEXUAL – ABCDS, IDENTIDADE – GRUPO DE AÇÃO PELA CIDADANIA HOMOSSEXUAL, e outra no Estado do Rio Grande do sul, pelos Procuradores da República, Paulo Gilberto Cago Leivas e Marcelo Veiga Beckhausen.

1. Direito de não ser discriminado em razão da orientação sexual.

Como se sabe, o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal declara o direito geral de igualdade nos seguintes termos: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.

A redação do artigo é manifestamente hiperbólica, pois é evidente que não há o dever de assegurar a igualdade de todos em relação a todas as posições jurídicas. A própria Constituição, em diversos dispositivos¹³, estabelece distinções entre as pessoas e situações, sem que haja, por isso, ofensa ao princípio em questão.

O que é preciso perquirir, na verdade, é se há alguma justificativa legítima que autorize a diferenciação. Pois, na precisa formulação de Robert Alexy, “**se não nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado o tratamento igual**”¹⁴.

Pensamos já ter suficientemente demonstrado que os réus vêm se valendo do critério “orientação sexual” para inferiorizar e humilhar àqueles cujo desejo é dirigido à pessoas do mesmo sexo. Em outras palavras, os réus estão conferindo tratamento desigual entre as pessoas.

Resta então, indagar se há alguma “razão suficiente” para que a orientação sexual de milhões de brasileiros seja cotidianamente aviltada por programas humorísticos televisivos.

É evidente que não há.

Talvez nem seja preciso lembrar que o artigo 3º, inciso IV, da Constituição estabelece, como objetivo fundamental da república, a promoção do bem de todos “**SEM PRECONCEITOS de origem, raça, sexo, cor, idade e, QUAISQUER OUTRAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO**”.

E que o artigo 5º da mesma Lei Fundamental assegura a **TODOS os brasileiros** e os estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do **DIREITO À LIBERDADE (inclusive a liberdade de escolha do parceiro sexual), À HONRA e À INTIMIDADE**¹⁵.

¹³ Por exemplo, nos arts. 12, §3º; 37, I; 170, IX e 222.

¹⁴ Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.395.

¹⁵ A propósito, a Convenção Americana de Direitos humanos, tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Estado Brasileiro e, portanto, em pleno vigor no país, dispõe expressamente em seu artigo 17 que, “**ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência**”. E que “**toda pessoa tem direito á proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas**”. Pergunta-se: ofender a expressão lícita do afeto de alguém não é uma ingerência arbitrária em sua vida privada?

E ainda que em um Estado democrático não é lícito a ninguém impor seus ideais de excelência humana, nem suas concepções de moralidade auto-referente¹⁶, ainda que compartilhadas pela maioria.

A transmissão reiterada de chacotas dirigidas a homossexuais constitui, portanto, autêntica discriminação atentatória aos direitos e liberdade fundamentais, e deve ser reprimida com todo o rigor pelo Estado Brasileiro, como, aliás, determina o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição.

Afinal, a “falta de proteção judicial contra essas ações simbólicas” também representa “um consentimento, uma cumplicidade com esta violência diuturna. Ela é uma evidência da denegação de igualdade plena”¹⁷.

2. Respeito à dignidade da pessoa.

A formulação de Kant é conhecida:

“Tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode ser muito bem substituído por qualquer outra coisa, a título de equivalente; ao contrário, AQUILO QUE É SUPERIOR A TODO PREÇO, AQUILO QUE POR CONSEQUENTE NÃO ADMITE EQUIVALENTE, É ISTO QUE POSSUI UMA DIGNIDADE”¹⁸.

No programa televisivo de responsabilidade dos réus, todavia, a dignidade humana não só admite equivalente, como também possui, literalmente, um preço. Custa R\$ 15.469,00, valor cobrado para uma inserção comercial nacional de 30 segundos no programa¹⁹.

Em troca de paga, os réus exibem intermináveis flagrantes de violação da dignidade humana a um público virtual²⁰ de 25.714.000 brasileiros, majoritariamente formado por pessoas de alta e média rendas²¹, com condições de escolher, entre outras, a esta opção de lazer (assistir a este programa de uma rede de televisão aberta). Cabe ressaltar, ainda, que é justamente este segmento social (classes alta e média-alta) o responsável pela difusão dos padrões de comportamento, que são,

¹⁶ Pois, “a solidariedade social em sociedade de massa, burocráticas e democráticas, tolerantes e em uma palavra justas, não equivale ao controle público das felicidades particulares. Não equivale nem mesmo ao controle social: a liberdade contra a interferência alheia é um dos grandes benefícios da democracia que a torna desejável” (José Reinaldo de Lima Lopes, *op. cit.*, p.25). Cf., também, Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, PP.199-236.

¹⁷ José Reinaldo de Lima Lopes, *op. cit.*, p.20.

¹⁸ *Fondaments de la Métaphysique de Moeurs*, Paris, Vrin, pp. 112-113.

¹⁹ Fonte: Site “Portal Imprensa” (http://www.portalimprensa.com.br/mapadamidia/tabela_tvabertaresultado.asp).

²⁰ Segundo informações da própria empresa ré, as emissões da TV GLOBO alcançam, atualmente, 99,40% as populaçãoem todos os Estados do Brasil. A rede possui 119 emissoras que atuam em 4987 municípios, além dos 481 municípios que contam com cobertura por satélite, em todo território nacional.

²¹ 65% do público pertence às classes A, B e C, ou seja, quase 17 milhões de pessoas, segundo consta do site da emissora. 13% do público é formado por crianças (4 a 11 anos) e 10% por adolescentes (12 a 17 anos), pessoas ainda em formação, e 44% do público é formado por adultos (18 a 49 anos), contingente que, teoricamente, seria responsável pela formação daquelas crianças e adolescentes.

em ampla escala, reproduzidos pela totalidade da sociedade brasileira, conforme revelam os pressupostos sociológicos que orientaram a pesquisa desenvolvida por Rose Marie Muraro sobre a percepção do próprio corpo e sua variabilidade no âmbito das distintas classes sociais no Brasil²².

Os nefastos efeitos do alcance da veiculação televisiva do programa “Zorra Total” já são reconhecidos pela população brasileira: por duas vezes, o “Zorra Total” figurou no *ranking* dos programas mais denunciados pelo público telespectador no âmbito da campanha “Quem financia a baixaria é contra a cidadania”²³, cujo trabalho de monitoramento de conteúdo da mídia é baseado na análise e sistematização das denúncias recebidas de telespectadores, a respeito de conteúdos violadores de direitos humanos, como: difusão e reforço de preconceitos e estereótipos, discriminação de segmentos sociais, exposição de pessoas ou grupos sociais a situações humilhantes e degradantes, entre outras.

A dignidade humana – nunca é demais lembrar – constitui o fundamento último deste Estado (CR, art. 1º, III) e é o valor de onde emanam todos os direitos da pessoa.

Muito embora, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio constitucional da dignidade humana constitua uma “categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista”²⁴, é perfeitamente possível definir-lhe alguns contornos que autorizem decidir, no caso concreto, se houve ou não ofensa ao fundamento maior da ordem comunitária.

Para Dürig, por exemplo, **a dignidade da pessoa humana pode ser considerada atingida sempre que a pessoa for rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, privada, portanto, de sua condição de sujeito de direitos**²⁵.

Péres Luño, em sentido convergente, salienta que o princípio implica a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, e também **“la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas e humillaciones”**²⁶.

Ante a omissão criminosa dos órgãos administrativos da UNIÃO, incumbidos de fiscalizar as concessões públicas de rádio e TV, cabe à Justiça brasileira conferir plena efetividade ao princípio constitucional fundador da ordem

²² MURARO, R. M. *Corpo e Classe Social no Brasil*, 1983; Petrópolis, Ed. Vozes.

²³ A campanha é uma iniciativa da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, surgida em 2002, cuja finalidade é combater as violações de direitos humanos cometidas na programação televisiva. Ela se situa no contexto das inúmeras experiências de controle público e social da mídia existentes no Brasil, mas possui o componente diferencial de estar situada no âmbito do Estado, que eleva a outro patamar as reivindicações e demandas da sociedade relativas a esta área. Os dados supracitados estão disponíveis em: http://www.eticanatv.org.br/pagina.php?id_pag=84&idioma=0 e http://www.eticanatv.org.br/pagina.php?id_pag=83&idioma=0.

²⁴ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 113.

²⁵ Citado por Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 117.

²⁶ *Derechos Himanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1884, PP. 317-318.

social, fazendo cessar, imediatamente, as humilhações e constrangimentos praticados por uma concessionária do serviço público federal de radiodifusão.

3. Violação das normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam o serviço público de radiodifusão.

É importante dizer que, ao contrário do que pensa o senso comum, a emissora Ré não é “proprietária” do canal em que opera. É, na verdade, uma **concessionária do serviço público federal de radiodifusão de sons e imagens**²⁷, e, como tal, está sujeita às normas de direito público que regulam este setor da ordem social.

Justifica-se o regime jurídico de direito público, porque, diversamente do que acontece nas mídias escritas, as emissoras de rádio e TV operam um **bem público escasso**: o espectro de ondas eletromagnéticas por onde se propagam os sons e as imagens.

Trata-se de um bem público de interesse de todos os brasileiros, pois somente por intermédio da televisão e do rádio é possível a plena circulação de idéias no país. A imprensa escrita, como se sabe, não alcança número expressivo de leitores, e a *Internet*, espaço democrático, quase anárquico, de comunicação global, ainda tem um universo de usuários muito restrito.

Como esperamos já ter demonstrado, a empresa Ré vem, há anos, usando o bem público que lhe foi temporariamente concedido para negar os valores fundamentais declarados na Constituição.

Ao fazê-lo, descumpre o artigo 221 da Constituição, que **obriga as emissoras a respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, dentre os quais se encontram, indubitavelmente, a dignidade humana, a igualdade de todos e o respeito à honra, à liberdade e à privacidade alheias.**

Descumpre também o artigo 53, alíneas “a” e “h”, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal nº 4.117/62), pois **ofende a moralidade pública e incita a multidão que assiste ao programa a desobedecer a Lei maior do país.**

Descumpre, finalmente, o artigo 28 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão (Decreto Presidencial nº 52.795/63), que obriga as concessionárias a **“subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publicidade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão”** e a **“não transmitir programas que atendem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de certa forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico”**.

Ora, como observa Rodolfo de Camargo Mancuso,

²⁷Constituição da República, art. 21: “Compete à União: (...) XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens”.

“Lendo-se os dispositivos que regem a programação televisiva à luz do que visa garantir a liberdade de iniciativa e a livre concorrência (CF, art. 170, caput e inciso IV), chega-se a esta exegese: É AUTORIZADA A EXPLORAÇÃO COMERCIAL DA DIFUSÃO TELEVISIVA PRIVADA, COM NATURAL APROPRIAÇÃO DOS LUCROS DAÍ RESULTANTES, DESDE QUE VENHAM OBSERVADOS OS PRINCÍPIOS E GUARDADAS AS RESTRIÇÕES ESPECIFICADAS PARA TAL ATIVIDADE. Em suma, livre iniciativa com responsabilidade social; empresarial sem capitalismo selvagem.

De outra parte, deve o intérprete precaver-se de não baralhar o entendimento do que seja um padrão básico de qualidade na programação televisiva, em face de textos outros que em verdade apenas reflexamente tangenciam aquele tema, tais os que vedam a censura artística e garantem a liberdade de expressão (CF, art. 220, caput e § 2º). Aí, a nosso ver, não se trata do fenômeno conhecido por colisão entre preceitos constitucionais, visto não ser razoável pretender-se que valores liberdade de expressão e vedação de censura prévia viessem preservados às custas do aniquilamento de outros preceitos constitucionais reguladores de uma atividade que é estritamente regulada, como se passa com radiodifusão de sons e imagens.

Sem esses cuidados, o intérprete pode tomar a nuvem por Juno, extraindo dos textos de regência o que neles não se contém, porque É EVIDENTE QUE NÃO ESTEVE NA INTENSÃO DO CONSTITUINTE FRANQUEAR UM LAISSEZ FAIRE, JUSTAMENTE NA PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA, ATIVIDADE PARA A QUAL A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FIXOU PARÂMETROS COGENTES. SERIA NO MÍNIMO ESTRANHÁVEL, escreve José Carlos Barbosa Moreira, ‘QUE SE HOUVESSE DE DEIXAR A DETERMINAÇÃO AO ARBÍTRIO DAS EMISSORAS, ISTO É, DOS PRÓPRIOS INFRATORES POTENCIAS OU ATUAIS...’²⁸

CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O Ministério Público Federal e as organizações da sociedade civil litisconsortes desejam esclarecer que estão em juízo para defender direito metaindividual.

²⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso, “Controle Jurisdicional do Conteúdo da Programação televisiva”, in *Boletim dos Procuradores da República*, nº 40, Agosto/2001.

A busca dos Autores é pelo reconhecimento do direito de milhões de brasileiros e uma programação televisiva que respeite os direitos fundamentais.

Trata-se de legítimo INTERESSE DIFUSOS, como já apontou Barbosa Moreira, em artigo sobre o tema:

“O INTERESSE EM DEFENDER-SE ‘DE PROGRAMAS OU PROGRAMAÇÕES DE RÁDIO E TELEVISÃO QUE CONTRARIEM O DISPOSTO NO ART. 221’ ENQUADRA-SE COM JUSTEZA NO CONCEITO DE INTERESSE DIFUSO. (...) Com efeito: em primeiro lugar, ele se caracteriza, à evidência, como ‘TRANSINDIVIDUAL’, já que não pertence de modo singularizado, a qualquer dos membros da comunidade, senão a um conjunto indeterminado – e, ao menos para fins práticos, indeterminável – de seres humanos. Tais seres ligam-se uns aos outros pela mera circunstância de fato de possuírem aparelhos de televisão ou, na respectiva falta, costumarem, valer-se do aparelho do amigo, do vizinho, do namorado, do clube, do bar da esquina ou do salão de barbeiro. E ninguém hesitará em qualificar de INDIVISÍVEL o objeto de semelhante interesse, no sentido de que cada canal, num dado momento, transmite a todos a mesma e única imagem, nem se concebe modificação que se dirija só ao leitor destas linhas ou ao rabiscador delas”²⁹.

O direito aqui invocado é de natureza indivisível também por outro motivo: funda-se no princípio da solidariedade como dever jurídico fundamental.

A discriminação e as humilhações exibidas pela ré atingem apenas um ou outro indivíduo ou grupo social. Os lesados somos todos.³⁰

A solidariedade, ensina Fábio Konder Comparato,

“(...) prende-se à idéia de responsabilidade de todos pela carência ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da ‘obligatio in solidum’ do direito privado romano. O fundamento ético desse princípio encontra-se na idéia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais,

²⁹ “Ação Civil Pública e Programação de TV”, *op. cit.*, PP. 243-244. No mesmo sentido, cf. o artigo de Rodolfo de Camargo Mancuso, “Controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva” in *Boletim dos Procuradores da República* nº 40, agosto de 200, PP. 20-29.

³⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello

com a socialização dos riscos normais da existência humana”³¹.

Em registro mais literário, escreve Albert Camus: “a revolta não nasce exclusiva e forçosamente nos oprimidos, mas *pode igualmente surgir perante o espetáculo da opressão de que outrem seja vítima (...). O indivíduo não é por si só esse valor que quer defender. É preciso, pelo menos todos os homens para formá-lo*”³².

O argumento de uma parcela dos espectadores apóia os preconceitos exibidos não servem para afastar o cabimento da ação coletiva. Isto porque, como bem lembrou Rodolfo de Camargo Mancuso, **é justamente no embate de coletividades extensas – uma parte posicionando-se contra, e outra a favor de um padrão básico de qualidade na programação televisiva – que repousa uma das notas mais típicas dos interesses difusos, que é a sua intrínseca conflituosidade**³³.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E LEGITIMIDADE ATIVA

Pensamos que já está suficientemente esclarecido o motivo da demanda ter sido proposta perante a Justiça Federal: **A UNIÃO FIGURA NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO e a EMPRESA RÉ É CONCESSIONÁRIA DE UM SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL**, como se depreende da leitura dos artigos 21, inciso XII, “a”, e 223 da Constituição.

Como em qualquer concessão pública, tem o poder concedente – no caso, a UNIÃO – o DEVER³⁴ DE FISCALIZAR o cumprimento das obrigações legais e contratuais impostas aos concessionários, e também a RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA por danos causados a terceiros no exercício do serviço delegado³⁵.

³¹ *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 1999, PP. 51-52.

³² *O Homem Revoltado*, Lisboa, Livros do Brasil, p.30. Ainda Camus: “Na experiência absurda, o sofrimento é individual. A partir do movimento de revolta, adquire a consciência de se ter tornado coletiva: passou a ser a aventura de todos. **O primeiro progresso de um espírito impressionado com a sua singularidade consiste portanto em reconhecer que partilha essa mesma singularidade com todos os homens e que a realidade humana, na sua totalidade, sofre com essa distância relativa á si própria e ao mundo.** O mal que apenas um homem que experimentava converte-se em peste coletiva. Na nossa provação cotidiana, a revolta desempenha o mesmo papel que o ‘cogito’ na ordem do pensamento: é a primeira evidência. Mas semelhante evidência arranca o indivíduo à sua solidão; é um lugar comum que baseia em todos os homens o primeiro valor. Eu revolto-me, logo existimos” (*Idem*, PP.37-38).

³³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 469-470.

³⁴ O poder-dever de fiscalizar a prestação do serviço de radiodifusão vem expresso no art. 10 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal nº 4.117/62): “**Compete privativamente à União:** I – manter e explorar diretamente: b) os serviços públicos de telégrafos, telefones interestaduais e de radiocomunicações, ressalvadas as exceções constantes desta lei, inclusive quanto aos de radiodifusão e ao serviço internacional; II – **fiscalizar os serviços de telecomunicações por ela concedidos, autorizados ou permitidos.**”

³⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 469-470.

Uma vez que o órgão do Ministério das Comunicações incumbido³⁶ de fiscalizar as emissoras concessionárias, queda-se HÁ ANOS totalmente inerte, cabe ao Ministério Público, na qualidade de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CR, art. 127), pleitear em juízo as medidas necessárias e suficientes à reparação do mal causado à aplicação da sanção contra os faltosos.

A propósito, o art. 5º, inciso IV, da Lei Orgânica do Ministério público da União, e os réus demandados são a própria União e a prestadora do serviço público federal concedido, a ação coletiva deve ser, obrigatoriamente, proposta perante a Justiça Federal, consoante dispõe o art. 109, inciso I, da Constituição.

A legitimidade ativa das associações civis autoras decorre de permissivo legal expresso (o art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85).

DOS PEDIDOS

Os pedidos que serão adiante formulados partem dos seguintes pressupostos já enunciados:

- a) **há uma ação ilícita continuada praticada pela primeira ré;**
- b) **a ação consiste na transmissão semanal de mensagens preconceituosas e ofensivas à dignidade humana, à liberdade de orientação sexual, à privacidade e à honra das pessoas;**
- c) **o Estado brasileiro – aqui compreendido o Poder Judiciário – tem o dever de proteger tais direitos contra a ação ilícita promovida pelos réus;**
- d) **as mensagens transmitidas alcançam dezenas de milhões de pessoas por que a emissora ré é concessionária do serviço público federal de radiodifusão de sons e imagens;**

³⁶ O Decreto Presidencial nº 5.220, de 30 de setembro de 2004, atribui esse poder dever à Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica, órgão do Ministério das Comunicações (art. 8º: Compete à Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica: (...) II – coordenar as atividades referentes à orientação, execução e avaliação das diretrizes, objetivos e metas, relativas aos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares; III – propor a regulamentação dos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares; IV – proceder à avaliação técnica, operacional, econômica e financeira das pessoas jurídicas executantes dos serviços de radiodifusão, necessária ao estabelecimento das condições exigidas para a execução desses serviços; V – proceder às atividades inerentes às outorgas e ao acompanhamento da instalação dos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares; VI – **fiscalizar a exploração dos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares nos aspectos referentes ao conteúdo de programação das emissoras**, bem como à composição societária e administrativa e às condições de capacidade jurídica, econômica e financeira das pessoas jurídicas executantes desses serviços; VII – **instaurar procedimento administrativo visando a apurar infrações de qualquer natureza referentes aos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares**; VIII – adotar as medidas necessárias ao efetivo cumprimento das sanções aplicadas aos executantes dos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares (...)).

- e) **não foi garantido** aos Autores – ou a organizações da sociedade civil – **o direito de responder aos preconceitos transmitidos em condições de “igualdade comunicativa”** (*kommunicative Chancengleichheit*);
- f) sem prejuízo das tutelas inibitórias específicas que serão adiante formuladas, a **ação ilícita continuada da emissora enseja também a aplicação de SANÇÃO CIVIL** – equivalente à indenização pelos danos morais causados à toda coletividade.

Compartilham os Autores da concepção de que o art. 5º, inciso XXV, da Constituição assegura a todos não só o direito de ação, mas o **DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA**. Pois, como bem diz Luiz Guilherme Marinoni:

“Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da república garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou ameaça de direito apenas e tão somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, SE O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA É UM DIREITO FUNDAMENTAL, POR QUE GARANTIDOR DE TODOS OS DEMAIS, NÃO HÁ COMO SE IMAGINAR QUE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PROCALAMA APENAS QUE TODOS TÊM O DIREITO A UMA MERA RESPOSTA DO JUIZ NÃO É SUFICIENTE PARA GARANTIR OS DEMAIS DIREITOS, E, PORTANTO, NÃO PODE SER PENSADO COMO UMA GARANTIA FUNDAMENTAL DE JUSTIÇA. (...) Como diz Camoglio, o problema crucial do acesso á justiça está, em última análise, na efetividade da tutela jurisdicional. Não basta reconhecer, com abstrato, a ‘*liberta di agire*’ e garantir a todos, formalmente a oportunidade de exercer a ação. Limitar-se a tal configuração, no catálogo tradicional das liberdades civis, significa conhecer o sentido profundamente inovador dos direitos sociais de liberdade, em seus inevitáveis reflexos sobre a administração da justiça. Cabe, portanto – prossegue o professor da Universidade de Pavia - , ASSEGURAR A QUALQUER INDIVÍDUO, independentemente das suas condições econômicas e sociais, APOSSIBILIDADE, SÉRIA E REAL, DE OBTER A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADO”³⁷.

PEDIDOS DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA INIBITÓRIA
--

³⁷ Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civil*, 4ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000, PP. 151-152.

A **tutela inibitória** destina-se a impedir a prática, repetição ou continuação do ilícito. Difere da tutela ressarcitória porque esta volta-se à reparação do dano causado ao direito material, ao passo que aquela diz respeito à imposição de meios coercitivos capazes de convencer o obrigado a não fazer ou a cumprir uma obrigação de fazer infungível³⁸.

A **ação inibitória é indispensável à efetividade da tutela dos direitos fundamentais**, já que, como observa Marinori, esses direitos dependem, primordialmente, “de obrigações continuativas de não-fazer, ou de obrigações de fazer infungíveis ou dificilmente passíveis de execução através das formas tradicionais da ‘execução forçada’”:

“As direitos de personalidade não podem ser garantidos adequadamente por uma espécie de tutela que atua apenas após a lesão do direito. ADMITIR QUE TAIS DIREITOS SOMENTE PODEM SER TUTELADOS ATRAVÉS DA TÉCNICA RESSARCITÓRIA É O MESMO QUE DIZER QUE É POSSÍVEL A EXPROPRIAÇÃO DESSES DIREITOS, TRANSFORMANDO-SE O DIREITO AO BEM EM DIREITO À INDENIZAÇÃO. NÃO É PRECISO LEMBRAR QUE TAL ESPÉCIE DE EXPROPRIAÇÃO SERIA ABSURDA QUANDO EM JOGO DIREITOS INVOLÁVEIS DO HOMOEM”³⁹.

Por esse motivo, o **direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva corresponde, no caso dos direitos não-patrimoniais**, “ao **DIREITO A UMA TUTELA CAPAZ DE IMPEDIR A VIOLAÇÃO DO DIREITO**. A ação inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na ‘dignidade da pessoa humana’ e que se empenha em garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade”⁴⁰.

Ora, como já ficou demonstrado, o **programa televisivo Zorra Total, de responsabilidade da ré TV GLOBO, vem de forma continuada ofendendo os direitos invioláveis à dignidade humana, à liberdade, à igualdade, à honra e à privacidade de milhões de brasileiros**.

³⁸ Luiz Guilherme Marinori, *A Antecipação da Tutela*, São Paulo, Malheiros, 1999, p.66.

³⁹³⁹ *Idem*, p.65. Em outra obra, escreve o mesmo autor: “Se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de admitir uma ação de conhecimento preventiva. Do contrário, as normas que proclamam direitos, ou objetivem proteger bens fundamentais, não teriam qualquer significação prática, pois poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano. Como o direito material depende – quando pensado na perspectiva da efetividade – do processo, é fácil concluir que a ação preventiva é consequência lógica das necessidades do direito material. Basta pensar, por exemplo, na norma que proíbe algum ato com o objetivo de proteger determinado direito, ou em direito que possui natureza absolutamente inviolável, como o direito à honra ou o direito ao meio ambiente. Lembre-se, aliás, que várias normas constitucionais afirmam a inviolabilidade de direitos, exigindo, portanto, a correspondente tutela jurisdicional, que somente pode ser aquele capaz de evitar a violação” (*Teoria Processual e Tutela dos Direitos*, São Paulo, Revista dos tribunais, 2004, p.254).

⁴⁰⁴⁰⁴⁰ Luiz Guilherme Marinori, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, op. cit., p. 82.

OU O ESTADO BRASILEIRO CONTINUA A ASSISTIR PASSIVAMENTE AO FESTIVAL DE VIOLAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS PATROCINADO PELA TV GLOBO, OU ENTÃO, CORAJOSAMENTE, OBRIGA A EMISSORA A CUMPRIR AS NORMAS DE DIREITO PÚBLICO QUE INCIDEM SOBRE A CONCESSÃO, FAZENDO CESSAR, IMEDIATAMENTE, OS PRECONCEITOS “zorra total”. “*TERTIUM NON DATUR*”.

A SUSPENSÃO DEFINITIVA DE VEICULAÇÕES DISCRIMINATÓRIAS PELO PROGRAMA É MEDIDA IMPRESSINDÍVEL, PORÉM INSUFICIENTE PARA COMBATER O MAL CAUSADO pela repetição, durante anos, das mensagens preconceituosas e ofensivas transmitidas pelos réus.

É obrigatório, também, propiciar o que Jorge Miranda denominou de “pluralismo interno”, isto é, a **“*POSSIBILIDADE DE EXPRESSÃO E CONFRONTO DAS DIVERSAS CORRENTES DE OPINIÃO* – tomando opinião no sentido mais amplo para abarcar que a opinião política que a religiosa e filosófica”**⁴¹ - NO INTERIOR DA PRÓPRIA EMISSORA.

Isto porque, como advertia Stuart Mill em seu conhecido libelo a favor da liberdade de expressão:

“O único modo pelo qual é possível a um ser humano tentar aproximar-se de um conhecimento completo acerca de um assunto é ouvindo o que podem dizer sobre isso pessoas de grande variedade de opiniões, e estudando todos os aspectos em que o podem considerar os espíritos de todas as naturezas (...). O hábito constante de corrigir e completar a própria opinião cotejando-a com a de outros, longe de gerar dúvidas e hesitações ao pô-la em prática, constitui o único fundamento estável para que nela se tenha justa confiança”⁴².

Durante anos a emissora ré vem se valendo da omissão do poder concedente para disseminar mensagens de intolerância e preconceito. Seria injusto permitir que a emissora em questão simplesmente substitua o programa Zorra Total por outros do mesmo “nível”, sem que seja assegurado à sociedade civil organizada o direito de, ao menos durante algumas semanas, fazer a devida contrapropaganda, de forma a permitir que o público forme suas convicções a partir do confronto de idéias, e não do monólogo da emissora.

As falta de previsão legal específica não constitui óbice válido para impedir a concessão da tutela ora requerida. Pois, como bem diz Cândido Rangel Dinamarco:

“A crescente e visível tendência moderna à *universalização da jurisdição* desautoriza o abuso de bolsões de direitos ou

⁴¹ *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p.412.

⁴² *A Liberdade*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p.34.

interesses não-jurisdicionalizáveis e impõe que na maior medida possível para o Poder Judiciário ser o legítimo e eficiente portador da tutela a pretensões justas e insatisfeitas. O exagero na exclusão da jurisdicionalidade alimentaria a *litigiosidade contida* e, com isso, minaria a realização de um dos objetivos do Estado”⁴³. Portanto, **“EM PROCESSO CIVIL, A DETERMINAÇÃO DA POSSIBILIDADE JURÍDICA FAZ-SE EM TERMOS NEGATIVOS, DIZENDO-SE QUE HÁ IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA QUANDO O ESTADO, SEM LEVAR EM CONTA AS CARACTERÍSTICAS PECULIARES DA SITUAÇÃO JURÍDICA CONCRETA, NEGA APRIORISTICAMENTE O PODER DE AÇÃO AO PARTICULAR. INEXISTINDO RAZÃO PERPONDERANTE OU EXPRESSA DE VEDAÇÃO LEGAL, A AÇÃO É ADMISSÍVEL”**⁴⁴.

Considerando, ainda, que o **acesso à informação** é direito fundamental da pessoa, reconhecido no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição, compreende-se porque é preciso, no presente caso, desfazer o malefício causado pelas mensagens abusivas, através da garantia da contrapropaganda.

Tanto a Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/85) quanto o artigo 461 do Código de Processo civil autorizam a concessão da tutela antecipatória inibitória específica.

A medida preventiva é cabível, nos termos do §3º do artigo 461 do CPC, quando for **“relevante o fundamento da demanda”** e houver **“justificado receio de ineficácia do provimento final”**.

Pensam os Autores desta ação que a relevância da demanda já está suficiente demonstrada.

⁴³ *Execução Civil*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 1993, p.380.

⁴⁴ *Execução Civil*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 386. Em outra perspectiva, mas no mesmo sentido, diz Luiz Guilherme Marinoni: **“Diante de um direito fundamental (...) o estado não pode se esquivar de seu dever de proteção. Diante desse dever, há o que Canaris chama ‘imperativo de tutela’, isto é, a necessidade de tutela ou de proteção do direito fundamental.** Essa tutela incumbe, em princípio, ao legislador, que deve editar norma de proteção, realizando a *denominada proteção ou tutela normativa*. Contudo, **quando o legislador descumprir o seu dever de proteção, surge uma situação de omissão de tutela ou de proteção. Não obstante, essa omissão pode ser questionada perante o Poder Judiciário, quando o Juiz deverá verificar, em face do direito fundamental, se realmente houve omissão de proteção por parte do legislador. Se a conclusão for positiva, caberá ao magistrado, suprir a omissão na proteção do direito fundamental, concedendo a tutela jurisdicional. Isso porque, o dever de proteção é incumbência do estado, e não apenas do legislador. Não se pense que o juiz, nesse caos, estará assumindo o lugar do legislador. É que o dever de proteção normativa decorre do direito fundamental. Quando o legislador deixa de proteger um direito fundamental, há simplesmente violação do direito fundamental, a qual pode ser corrigida pelo Poder Judiciário. Imaginar que o Juiz não pode corrigir tal violação é o mesmo que o Estado – Legislador – não tem ‘obrigações’ para com particulares. Na verdade, a consequência de que o Estado tem o dever de proteger um particular contra o outro é a de que a violação desse dever pode ser corrigida pelo Poder Judiciário. Separação de poderes, como é óbvio, não é o mesmo do que carta-branca para violação de direitos”** (*Técnica Processual e Tutela de Direitos*, op. cit., pp. 320-321).

Diversamente das ações que costumam ser propostas perante a Justiça Federal, a presente demanda não versa sobre direitos patrimoniais de contribuintes. Ela busca tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade dos telespectadores brasileiros, que não suportam mais assistir às humilhações e preconceitos veiculados *ad nauseam* no programa dos primeiros Réus.

Para esses brasileiros, apenas a concessão do provimento jurisdicional antecipado servirá para proteger, de modo efetivo, os direitos não-patrimoniais de que são titulares. A outra opção – aguardar anos até a prolação da sentença definitiva – importaria em admitir que os direitos fundamentais invioláveis aqui invocados podem continuar a ser violados até final decisão judicial, o que evidentemente é absurdo.

POR TODO O EXPOSTO, PLEITEIAM OS AUTORES A COMCESSÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA INIBITÓRIA PARA O FIM DE:

- a) **CONDENAR A RÉ TV GLOBO QUE SE ABSTENHA DEFINITIVAMENTE DE EXIBIR NOVOS CONTEÚDOS HUMORÍSTICOS COM ALUSÕES DISCRIMINATÓRIAS A GAYS, LÉSBICAS, BISEXUAIS E TRANSGÊNEROS;**
- b) **ORDENAR QUE A EMISSORA RÉ EXIBA, À TÍTULO DE CONTRAPROPAGANDA, DURANTE 60 (SESSENTA) DIAS, NO MESMO VEÍCULO, LOCAL, ESPAÇO E HORÁRIO DE TRANSMISSÃO IMPUGNADA, OS PROGRAMAS DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E/OU INDICADOS PELOS AUTORES DA ACÃO;**
- c) **PARA TORNAR EXEQUÍVEL A MEDIDA REQUERIDA NO ÍTEM ANTERIOR, ORDENAR QUE A RÉ TV GLOBO SEJA COMPELIDA FORNECER A ESTRUTURA E O PESSOAL TÉCNICO NECESSÁRIO (câmeras, operadores de áudio e vídeo, técnicos de iluminação, eletricitas, operadores de VT, etc.) E TAMBÉM A PAGAR OS CUSTOS DE PRODUÇÃO E EDIÇÃO, ATÉ O LIMITE DE R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), POR PROGRAMA;**
- d) **ORDENAR QUE O ÓRGÃO DA UNIÃO FEDERAL COMPETENTE (a Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações) proceda ao IMEDIATO MONITORAMENTO DOS DEMAIS PROGRAMAS EXIBIDOS PELA EMISSORA RÉ;**
- e) **DETERMINAR A IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA DIÁRIA, em valor não inferior a R\$**

200.000,00 (duzentos mil reais), com fundamento no artigo 461, §4º, do Código de Processo Civil, **para a hipótese de DESCUMPRIMENTO das ordens judiciais requeridas nos itens anteriores.**

PEDIDOS DE PROVIMENTO CONDENATÓRIO E DESCONSTITUTIVO APÓS COGNIÇÃO EXAURIENTE
--

1. Condenação da ré TV GLOBO ao pagamento de indenização por dano moral coletivo.

Como ensina Carlos Aberto Bittar Filho:

“(…) O DANO MORAL COLETIVO É A INJUSTA LESÃO DA ESFERA MORAL DE UMA DADA COMUNIDADE, OU SEJA, É A VIOLAÇÃO ANTIJURÍDICA DE UM DETERMINADO CÍRCULO DE VALORES COLETIVOS. Quando se fala em dano moral, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.”⁴⁵

A possibilidade jurídica do pedido de indenização por dano moral coletivo decorre do exposto dispositivo legal: o art., 1º, *caput*, da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.247/85):

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS e patrimoniais causados (...) A QUALQUER outro INTERESSE DIFUSO OU COLETIVO.

Há, no caso, o dever de indenizar porque a **conduta ilícita continuada praticada no programa Zorra Total ofendeu, diante de uma platéia de milhões de telespectadores, valores fundamentais compartilhados por todos os brasileiros.**

Como observa Carlos Alberto Bittar, **O VALOR DEVIDO a título de indenização pelos danos morais coletivos**

“(…) deve traduzir-se em MONTANTE QUE REPRESENTA ADVERTÊNCIA AO LESANTE E À SOCIEDADE DE QUE SE NÃO SE ACEITA O COMPORTAMENTO ASSUMIDO, OU O EVENTO LESIVO ADVINDO. Consubstancia-se, portanto, em IMPORTÂNCIA COMPATÍVEL COM O VULTO DOS

⁴⁵ “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro” in *Direito do Consumidor*, vol. 12 – Ed. RT.

INTERESSES EM CONFLITO, REFLETINDO-SE DE MODO EXPRESSIVO, NO PATRIMÔNIO DO LESANTE, A FIM DE QUE SINTA, EFETIVAMENTE, A RESPOSTA DA ORDEM JURÍDICA AOS EFEITOS DO RESULTADO LESIVO PRODUZIDO. DEVE, POIS, SER QUANTIA ECONOMICAMENTE SIGNIFICATIVA, EM RAZÃO DAS POTENCIALIDADES DO PATRIMÔNIO DO LESANTE. Coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com maior ênfase, a sua função inibidora de comportamentos. Com efeito, o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesionamentos de ordem moral.⁴⁶

É preciso considerar também que: a) o programa impugnado é exibido para um público virtual de 25.714.000 de brasileiros; b) as ofensas são transmitidas nos horários de descanso da maioria das famílias brasileiras – as noites de sábado – e alcançam praticamente todo o território nacional; c) a conduta ilícita vem se repetindo há anos; d) os Réus têm pleno conhecimento da ilicitude do fato e recusaram a composição amigável da lide.

Por essas razões, entendem os Autores que é mais do que razoável a **FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS, NO VALOR RELATIVO A 1% (UM POR CENTO) DO LUVRO LÍQUIDO ANUAL DA EMISSORA RÉ.**

SÍNTESE DOS PEDIDOS FORMULADOS E REQUERIMENTOS FINAIS

Em síntese, Excelência, os Autores estão em juízo para pedir⁴⁷:

⁴⁶ “Reparação Civil por Danos Morais”, in RT, 1993, p. 220-222.

⁴⁷ No Recurso Especial nº 605.323 – MG, relator para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki, recentemente julgado, a 1ª Turma do STJ admitiu, expressamente, a possibilidade, em ação civil pública para a tutela do meio ambiente, de cumulação de pedidos de obrigação de fazer, de não-fazer, e de pagar a quantia certa, a título de indenização. E emenda do acórdão é a seguinte: “PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA CERTA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART 3º DA LEI Nº 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, §3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO DO POLUIDOR-PAGADOR, E DA REPARAÇÃO INTEGRAL. 1. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, §3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral. Deles decorrem, para os destinatários (Estado e Comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não-fazer), bem como de pagar quantia (indenização de danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não excluem, mas, pelo contrário, se acumulam se for o caso. 2. A Ação Civil Pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III). Como todo instrumento, submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material. Somente assim será instrumento adequado e útil. 3. É por isso que, na interpretação do artigo 3º da Lei 7.347/85 (“A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa

1. A concessão de **TUTELA ANTECIPATÓRIA INIBITÓRIA DE DIREITOS NACIONAIS**⁴⁸ para, com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil:

- a) **ORDENAR À RÉ TV GLOBO QUE SE ABSTENHA DEFINITIVAMENTE DE EXIBIR NOVOS CONTEÚDOS HUMORÍSTICOS COM ALUSÕES DISCRIMATÓRIAS A GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS E TRANSGÊNEROS;**
- b) **ORDENAR QUE A EMISSORA RÉ EXIBA, À TÍTULO DE CONTRAPROPAGANDA, DURANTE 60(SESSENTA) DIAS, NO MESMO VEÍCULO, LOCAL, ESPAÇO E HORÁRIO DA TRANSMISSÃO IMPUGNADA, OS PROGRAMAS DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PRODUZIDOS E/OU INDICADOS PELOS AUTORES DA AÇÃO;**
- c) **PARA TORNAR EXEQUÍVEL A MEDIDA REQUERIDA NO ÍTEM ANTERIOR, ORDENAR QUE OS RÉUS SEJAM COMPELIDOS A FORNECER A ESTRUTURA E O PESSOAL TÉCNICO NECESSÁRIO,** (câmeras, operadores de áudio e de vídeo, cabos, técnicos de iluminação, eletricitistas, operadores de VT etc.) **E TAMBÉM A PAGAR OS CUSTOS DE PRODUÇÃO E EDIÇÃO, ATÉ O LIMITE DE R\$ 50.000,00 (Cinquenta Mil Reais), POR PROPAGANDA;**
- d) **DETERMINAR QUE O ÓRGÃO DA UNIÃO FEDERAL COMPETENTE** (a Secretaria de Serviços de

excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). É conclusão imposta, outrossim, por interpretação sistemática do art. 21 da mesma lei, combinado com o art. 83 do código de Defesa do Consumidor e, ainda, pelo art. 25 da Lei 8.625/1993, segundo o qual incumbe ao Ministério Público “IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente (...)”. 4. Exigir, para cada espécie de prestação, uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, enseja a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa. A proibição de cumular pedidos dessa natureza não existe no procedimento comum, e não teria sentido negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (DJ 17/10/2005, pp. 1-2).

⁴⁸ Os efeitos da decisão antecipatória devem alcançar todos os Estados em que ocorra a veiculação do programa em espeque, sob pena de se criar situação insustentável, qual seja, a declaração de que tal veiculação é inadequada para o Estado de São Paulo, e, ao mesmo tempo, adequada para os demais estados federados. Além do que, em situações análogas, mais especificamente, em casos de produtos que se sabem nocivos, nosso ordenamento jurídico (art. 102 do Código de Defesa do Consumidor) prevê a possibilidade de ajuizamento de ações que visem compelir o Poder Público competente a proibir, em todo território nacional, a produção, a divulgação, a distribuição ou a venda deste produto, razão mais que suficiente para, por analogia, aplicar a extensão pretendida.

Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações)
**proceda ao IMEDIATO MONITORAMENTO DOS
DEMAIS PROGRAMAS EXIBIDOS PELA
EMISSORA RÉ;**

- e) **DETERMINAR A IMPOSIÇÃO DE MULTAS
COMINATÓRIA DIÁRIA**, em valor não inferior a R\$
2000.000,00 (Duzentos Mil Reais), com fundamento no
art. 461, §4º, do Código de Processo Civil, **PARA A
HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DAS ORDENS
JUDICIAIS REQUERIDAS NOS ITENS
ANTERIORES;**

2. A **CONDENAÇÃO DA TV GLOBO**, ao final e no mérito ao
**PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO, POR DANOS MORAIS COLETIVOS, NO
VALOR RELATIVO A 1% (UM POR CENTO) DO LUCRO LÍQUIDO ANUAL
DA EMISSORA RÉ**, importância que deverá ser revertida ao Fundo de Defesa dos
Direitos Humanos, instituído pela Lei Federal nº 7.347/85, além da **CONDENAÇÃO** à
prática de condutas requeridas também no item 1, a, b, c, d, e, como tutela antecipatória;

Requerem, ainda:

- a) A **DISTRIBUIÇÃO URGENTE** desta inicial;
- b) A **ISENÇÃO do pagamento de custas, emolumentos,
honorários periciais e quaisquer outras despesas**, nos
termos do que dispõe a Lei Federal nº 7.347/85;
- c) A **CITAÇÃO** dos Réus para, querendo, contestar a presente
ação, sob penas de, assim não o fazendo, sofrerem os efeitos
da revelia;
- d) A **INTIMAÇÃO PESSOAL** dos representantes do
MINISTÉRIO PÚBLICO, nos termos do que dispõe o art.
236, §2º, do Código de Processo Civil;

Protestam os Autores provar os fatos alegados por todos os meios
admitidos no Direito, notadamente a juntada de documentos, a oitiva de testemunhas e a
realização de perícias.

Dá-se à presente causa o valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões
de reais).

Termos em que,
P. Deferimento.

Brasília, 10 de maio de 2006.

LÍVIA NASCIMENTO TINÔCO
Procuradora Regional dos Direitos do Cidadão
Procuradora da República

ELIANA PIRES ROCHA
Procuradora da República

LISANDRA ARANTES CARVALHO
Advogada – Estruturação
OAB/SP 175.460

ALEXANDRE CICONELLO GANAÇA
Advogado – Intervenções
OAB/SP 161.942

IÁRIS RAMALHO CORTÊS
Advogada – Coturno de Vênus
OAB/DF 3141

Anexo 2

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULOEXMO. DR. JUIZ FEDERAL DA ____^a VARA FEDERAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo Procurador da República ao final assinado, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, com fulcro nos artigos 1º, III; 3º, I e IV, 5º, *caput*, inciso II e § 2º; 127; 129, II e III; 193; 196; 197; 199, §4º e 226, §3º da Constituição Federal, e nos artigos 1º a 5º da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública; artigos 81 a 83, da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor; e artigos 1º, 2º e 5º, incisos I e V, *a*; 6º, inciso VII, *a* e *d* e inciso XIV, *c*, da Lei Complementar nº 75/93 – Lei Orgânica do Ministério Público da União; vem propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

em desfavor da **UNIÃO FEDERAL**, nesta Capital, a ser CITADA na pessoa do Procurador Regional da União, na Avenida Paulista, 1842 – 20º andar, Ed. Cetenco Plaza – Torre Norte; Cerqueira César, São Paulo-SP.

1. Breve resumo dos fatos.

Em 13 de setembro de 2004 o Ministério Público Federal instaurou procedimento administrativo com o fim de apurar a existência de lesão de direitos humanos fundamentais à saúde pública. A instauração do procedimento deu-se após a vinda de informação da **Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes**, do Ministério da Saúde, informando que, no entendimento daquele órgão, “(...) nos termos da lei civil, e da Lei nº 9.434/97, não existe a possibilidade legal de que o companheiro que viva sob união homo-afetiva com o falecido, possa autorizar a realização de transplante de órgãos ou tecidos”¹.

A Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes fora instada a se manifestar em 16 de julho de 2004² sobre a **possibilidade de o (a) companheiro (a) que mantivesse com o falecido união homo-afetiva autorizar a remoção post mortem de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante.**

¹ Fl. 115 do procedimento administrativo nº 1.34.001.004589/2004-11.

² Fl. 108 do procedimento citado.

A resposta, como se viu, foi negativa, e do parecer da **Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde**, amparado na literalidade do artigo 4º da Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, destaca-se:

“(...) Como é de se ver, portanto, a retirada de órgãos ou tecidos depende, por expressa previsão legal, d autorização do cônjuge ou parente, que seja maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, e que seja firmada em documento que contenha a assinatura de duas testemunhas.

No entender desse órgão consultivo, a disposição legal é clara. A autorização depende de autorização familiar, do cônjuge ou parente.

Não obstante a existência de várias decisões judiciais, reconhecendo, por exemplo, direitos de natureza previdenciária aos companheiros, que vivessem em união homo-afetiva, a verdade é que nossa pátria legislação civil, que passou por recente mudança no ano de 2002, com a edição do Novo Código Civil, não reconheceu, como unidade familiar, tal união.

Sendo assim, não vislumbramos respaldo jurídico para se concordar com que o companheiro (a) venha autorizar a realização de transplante, por fora da enumeração taxativa do art. 4º da Lei 9.434/91”³ (gn).

2. Observações preliminares.

2.1) da Competência da Justiça Federal

A Constituição Federal, em seu artigo 109, inciso I, é clara ao dispor que aos juízes federais compete julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

³ Fl. 114 do procedimento citado. Há também nos autos esclarecimento prestado por aquele órgão por meio eletrônico, em 13 de agosto de 2004, no mesmo sentido: “(...) No que se refere à união estável, o Código Civil Brasileiro, define em seu art. 1.514, que o casamento se realiza no momento em que o homem e acolher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados e em seu art. 1712 que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o escopo de constituição de família. Diante do exposto e considerando a legislação e vigor, esta Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes/DAE/SAS/MS, ressalta que a união homo-afetiva não é reconhecida no Brasil, ficando impedido, portanto, o companheiro dessa relação de autorizar ou não a doação de órgãos/tecidos para transplante, sendo necessário, nestes casos, a autorização da família do falecido”. (g.n.; fl. 66). Também a Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo prestou informações nesse sentido, como se verifica à fl. 10 do procedimento.

Incontestável, portanto, a competência deste Juízo Federal para processar e julgar a presente demanda.

2.2) Da Legitimidade Ativa do ministério Público Federal

A Constituição Federal de 1988, ao definir o Ministério Público como Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbiu-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis (artigo 127), e estabeleceu, em seu artigo 129, suas funções institucionais, destacando-se:

“Art. 129 (...):

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nessa Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)” (g.n.).

No que diz de perto com o objeto desta ação, a atuação do Ministério Público ao pugnar que, o companheiro que mantenha com o falecido união homo-afetiva possa autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante é iniciativa amparada nos princípios constitucionais da cidadania e dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos I e III); no objetivo constitucional fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I); no primado do princípio da igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso I); na máxima eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, §2º); nos preceitos constitucionais relativos ao acesso às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde e sua relevância pública (artigos 196 e 197), e na norma constitucional que impõe facilitação na remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa de tratamento (artigo 199, §4º).

2.3) Da Legitimidade Passiva da União

Da mesma forma que não há dúvida quanto à legitimidade para figurar no pólo passivo desta ação civil pública.

Com efeito, extrai-se da Constituição Federal que a União detém competência concorrente com os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre a proteção e defesa da saúde (artigo 24, inciso XII), do que decorre que sua atuação a propósito de exercê-la limita-se a estabelecer normas gerais. No exercício dessa competência foi promulgada a Lei Federal 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

No exercício de atribuição regulamentar o Poder Executivo editou o Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997 que organizou o Sistema Nacional de Transplante, ao qual incumbe desenvolver o processo de captação de distribuição de

tecidos, órgãos e partes retirados do corpo humano para finalidades terapêuticas; por meio do citado Decreto foi também estabelecida a estrutura do sistema nacional de transplantes, a disciplina da autorização para retirada de órgãos e seu procedimento, o sistema de transplantes, entre outras matérias⁴.

Nesse sistema o Ministério da Saúde exerce a função de órgão central, incumbindo-lhe, nos termos do artigo 4º do referido Decreto, a coordenação de tais atividades, bem como expedir normas e regulamentos técnicos para disciplinar os procedimentos estabelecidos neste Decreto e para assegurar o funcionamento ordenado e harmonioso do SNT e o controle, inclusive social, das atividades que desenvolva. É também o Ministério da Saúde autorizado a expedir instruções e regulamentos necessários à aplicação daquele Decreto, conforme prevê o artigo 24⁵.

Como já se disse, o Ministério Público Federal instou a Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes – unidade do Ministério da Saúde que exerce as funções de órgão central – a se manifestar sobre a possibilidade de o (a) companheiro (a) que mantenha com o falecido união homo-afetiva autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante. A resposta, conforme consta acima, foi **negativa**, fundada em interpretação estritamente literal do disposto no artigo 4º da Lei 9.434/97.

Indubitável, portanto, a legitimidade da União Federal para figurar no pólo passivo desta demanda, uma vez que o órgão central do sistema de transplantes, responsável pela definição de suas linhas fundamentais, afirma ser impossível a autorização da remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplantes por companheiro remanescente na união homo-afetiva, entendimento vinculador de todo sistema nacional.

Tendo em vista o quanto apurado, o Ministério Público Federal propõe a presente Ação Civil Pública em face da União Federal para que esta seja compelida a cessar sua conduta violadora do princípio da igualdade e admita como legítima a autorização para remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante, feita por quem mantivesse com o falecido relação de companheirismo entre pessoas do mesmo sexo.

3. Dos fundamentos de Direito.

3.1) Disciplina Legal acerca da disposição *post mortem* de órgãos.

Publicada em 04 de fevereiro de 1997, a Lei Federal 9.434 permite a disposição gratuita de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, nos termos do seu artigo 10⁶. Ao órgão central de gestão do sistema de transplante incumbe autorizar previamente a realização dos transplantes por estabelecimentos de saúde e equipes médico-cirúrgicas de remoção de transplante.

⁴ Fl. 49 do procedimento citado.

⁵ *Idem*.

⁶ O parágrafo único do artigo 1º exclui o sangue, o esperma e o óvulo do rol de tecidos.

No que diz propriamente com a disposição *post mortem*, o referido diploma estabelece o diagnóstico da **morte encefálica** como marco temporal a partir da qual a retirada de órgãos é possível⁷.

No artigo 4º - Com a redação alterada pela Lei Federal 10.211, de 23 de março de 2003 – é que se encontra a disciplina relativa ao rol de pessoas a quem a lei outorga o direito de autorizar a disposição de órgãos:

*“Art. 4º: A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes e outras finalidades terapêuticas, dependerá da autorização do **cônjuge** ou **parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive**, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.”*

Do disposto extrai-se uma ordem de preferência legal que situa, em primeiro lugar, o **cônjuge** sobrevivente. Desde logo, parece sem dúvida que na mesma situação jurídica encontra-se o **companheiro** sobrevivente que vivesse em união estável, em razão mesmo de seu reconhecimento constitucional (CF, artigo 226, §3º) e legal (CC, artigo 1723⁸).

De se concluir, ainda, que se não for possível ao cônjuge/companheiro se manifestar – quer por falecido, ausente ou incapaz – a autorização para remoção de órgãos incumbirá ao **parente** maior de idade, na forma estabelecida em lei.

Argüida sobre a possibilidade de o (a) companheiro(a) que mantivesse com o falecido união homo-afetiva autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante, a União Federal respondeu negativamente, em síntese porque: **a)** o artigo 4º da Lei 9.434/97 não contemplou tal possibilidade; **b)** o Código Civil Brasileiro de 2002 contemplou apenas o casamento e a união estável como unidades familiares (fls. 66 e 114).

A resposta ao questionamento, mais que interpretação literal de lei ordinária, demanda indagações de natureza sistemática e de estatura constitucional.

3.2) Princípio da Isonomia, Liberdade de Orientação Sexual e União Civil entre pessoas do mesmo sexo.

3.2.1) Falar em orientação sexual e vedação de discriminação em razão dela implica, necessária e anteriormente, indagar sobre o conteúdo das noções de sexo, sexualidade, saúde sexual e direitos sexuais. Sem pretensão de rigor científico ou de

⁷ “Art. 3º: A retirada *post mortem* dos tecidos, órgãos ou partes de corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

⁸ “Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição de família”.

esgotar o assunto, referir-nos-emos às definições de trabalho da Organização Mundial da Saúde⁹.

O grupo técnico de consultoria em saúde sexual da OMS¹⁰ parte da definição de **sexo**, como o conjunto de características biológicas que definem os seres humanos como homens ou mulheres.

Segue-se definindo **sexualidade** como um aspecto central do ser humano ao longo do ciclo da vida, que compreende o sexo, a identidade de gênero, a **orientação sexual**, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. Afirmar-se, ainda, que a sexualidade se experimenta por meio de pensamentos, fantasias, desejos, atitudes, valores, crenças, práticas e relações, ainda que nem sempre essas dimensões sejam experimentadas ou expressadas. A sexualidade é também vista como influenciada por uma interação de fatores biológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, éticos, legais, históricos, religiosos e espirituais.

Por **saúde sexual** entende-se um estado de bem-estar físico, emocional, mental e social relacionados à sexualidade. A saúde sexual demanda um enfoque positivo e respeitoso da sexualidade e das relações sexuais assim como a possibilidade de ter experiências sexuais seguras, livres de coerção, discriminação e violência. Para que dela se possam fruir os direitos sexuais de todas as pessoas devem ser respeitados e protegidos.

Por fim, ainda segundo a Organização Mundial da Saúde, entende-se por **direitos sexuais** aqueles direitos humanos reconhecidos nas leis nacionais, documentos internacionais de direitos humanos e outros documentos de consenso. Estão incluídos os direitos de todas as pessoas – livres de coerção, discriminação e violência: ao mais alto nível de saúde alcançável em relação à sexualidade, incluídos serviços de acesso à saúde reprodutiva; a buscar, receber e compartilhar informação relativa à sexualidade; à educação em sexualidade; ao respeito pela integridade corporal; à escolha do parceiro; a decidir estar sexualmente ativo ou não; a manter relações sexuais consensuais; a contrair matrimônio consensualmente; a decidir por ter (e quando) ou não ter filhos e a buscar uma vida sexual satisfatória, segura e prazerosa¹¹.

É no contexto da tutela dos direitos sexuais que se insere a necessidade de um enfoque positivo a respeito da orientação sexual de cada ser humano. Sua proteção jurídica é consagrada pela Constituição Federal, como buscaremos delimitar adiante; trata-se de uma das manifestações da liberdade, que diz respeito às escolhas que cada pessoa faz sobre se e com quem deseja comungar sua sexualidade.

Mais além, não se pode ignorar que o ser humano, no exercício dessa liberdade de orientação sexual pode passar a compartilhar a vida com outra pessoa, seja do mesmo sexo ou não. Por **homo-afetiva** entende-se aquela relação de

⁹ http://www.who.int/reproductive-health/gender/sexual_health.html#2, em 10.12.04. 19h10min.

¹⁰ As definições transcritas a seguir são traduções livres dos conceitos apontados no sítio da OMS, razão pela qual não foram utilizadas aspas no texto principal.

¹¹ Ao final das definições há a oportuna lembrança de que “*The responsible exercise of human rights requires that all persons respect the rights of others*”.

companheirismo existente entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, uma união civil entre pessoas do mesmo sexo.

3.2.2) Isonomia e Discriminação

Sem o propósito de aprofundamento em discussões de cunho filosófico-jurídico, incumbe aqui simplesmente pontuar que a argumentação a se desenvolver a propósito do princípio da isonomia pressupõe a concepção jurídica da **igualdade material**. A toda evidência, está-se a falar de um entendimento que encontra fundamento remoto na incansavelmente repetida máxima aristotélica segundo a qual a igualdade se efetiva com o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade.

Partindo do paradigma segundo o qual é possível estabelecer diferença de tratamento jurídico para aquelas situações em que há diferenças materiais, a questão que se põe a seguir é indagar de que maneira tal tratamento diferenciado estará lógica e juridicamente justificado.

Das lições que Celso Antônio Bandeira de Mello dá a respeito das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia extrai-se que são três os pontos a serem analisados: o primeiro diz com a identificação do fator adotado como critério discriminatório; o segundo implica argüir se há fundamento racional (correlação lógica) entre o fator acolhido como critério *discrimen* e a disparidade de tratamento estabelecida e, por fim, investigar se a correlação existente em abstrato é ou não conforme aos valores prestigiados na Constituição¹². Sob o aspecto jurídico, portanto, o tratamento diferenciado estará justificado desde que haja, *simultaneamente*, fundamento lógico e conformidade ao sistema normativo constitucional.

E sentido conforme vêm as palavras de *José Afonso da Silva*, para quem é o legislador que originalmente definirá que aspectos serão levados em conta nas diferenciações legais, i.e., é o legislador que julgará “essenciais” ou “relevantes” determinados fatores¹³.

No que diz exatamente com a causa de pedir da presente ação, incumbe indagar, neste momento, se o poder estatal¹⁴ está autorizado a escolher como essencial ou relevante, o fator **orientação sexual**.

3.2.3) Vedação de discriminação como objetivo fundamental da República; princípio consagrado em documentos internacionais e em tratados ratificados pelo Brasil.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de *in* *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 23-4.

¹³ “(...) os iguais podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislado, este julga, assim como “essenciais” ou “relevantes”, certos aspectos ou características de pessoas, circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas (...)” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 219).

¹⁴ Entenda-se por poder estatal qualquer dos Poderes constituídos, uma vez que os enunciados consagradores dos direitos fundamentais dirigem-se naturalmente a todos eles.

a) No que diz respeito à vedação de discriminação em razão de orientação sexual, encontramos-la consagrada desde os **objetivos fundamentais** da República. A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, prevê a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse contexto, a vedação de discriminação em razão de *orientação sexual* só não é **literal**, mas é **evidente** no texto constitucional por que manifesta por meio de uma interpretação sistemática, histórica e consagradora dos direitos humanos.

Tal vedação surge manifesta no referido artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, e é identificável em duas possíveis vertentes.

Há quem – como José Afonso da Silva – a veja amparada pela cláusula genérica de encerramento do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que faz menção a “*quaisquer outras formas de discriminação*”.

“O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica à do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres. Ao fazê-lo, dir-se-ia desnecessário fazer expressas proibições de discrimen com base no sexo (art. 3º, IV, e art. 7º, XXX), embora ela própria o tenha feito, como lembramos acima, a favor das mulheres (arts. 41, III, e 202).

*A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos **homossexuais**. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas **igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem**. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são **suficientemente abrangentes** para recolher também aqueles fatores [orientação sexual], que têm servido de base para desequiparações e preconceitos”¹⁵.*

¹⁵ Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 218.

Outros – como Roger Raupp Rios¹⁶ – vêm na própria vedação de discriminação em razão do **sexo** tutela suficiente a proibir discriminação em razão de **orientação sexual**:

“Dentre outros direitos fundamentais, garante a Constituição da República a igualdade, plasmando assim, o princípio da isonomia. No âmbito da sexualidade, esse princípio mereceu especial proteção mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada: invoco, dentre outras normas e sem indicar, por ora, a farta jurisprudência em torno da matéria, o inciso I do artigo 5º (assegura a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres) e o inciso XXX do artigo 7º (proibição de diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo).

Pois bem, se examinada com cuidado, constata-se que a proibição constitucional dessa espécie de discriminação impede a recusa deste tipo de benefício, porquanto a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada, repise-se) de discriminação sexual. Esclareça-se, nesse momento, que a orientação sexual é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), ambos os sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual).

*Vejam os: Quando alguém atenta para a direção do envolvimento (seja a mera atração, seja a conduta) sexual de outrem, valoriza a direção do desejo ou da conduta sexual, isto é, o sexo da pessoa com quem o sujeito deseja relacionar-se ou efetivamente se relaciona. No entanto, essa definição (da direção desejada, se qual seja a orientação sexual do sujeito – isto é, pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto) resulta tão-só da combinação dos sexos de duas pessoas (A, quem escolhe, B, o escolhido). Ora, se A for tratado diferentemente de uma terceira pessoa (C, que tem sua sexualidade direcionada para o sexo oposto), em razão do sexo da pessoa escolhida (B, do mesmo sexo que A), conclui-se que a escolha de A lhe fez suportar tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo (se A, homem, tivesse escolhido uma mulher, não sofreria discriminação). Fica claro, assim, que a **discriminação fundada na orientação sexual da A esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu sexo (de A).**” (g.n.).*

Quer se entenda a vedação de discriminação em razão de orientação sexual como subentendida na cláusula de encerramento do inciso IV, quer

¹⁶ Trecho de sentença prolatada pelo juiz Federal Roger Raupp Rios, em ação ordinária que tinha por objeto a admissão de companheiro homossexual como beneficiário do Plano de Assistência Médica da Caixa Econômica Federal. A referência encontra-se em petição inicial de Ação civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal (Procuradores da República, Drs. Paulo Gilberto Cogo Leivas e Marcelo Veiga Beckhausen) contra o INSS; autos nº 2000.71.00.009347-0).

como abrangida pela vedação de discriminação em razão do sexo, o fato é que uma República que vê na dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos (artigo 1º, inciso III), propõe-se a promover o em de todos sem preconceitos de qualquer espécie (artigo 3º, IV) e invoca o primado da igualdade (artigo 5º, *caput*) não pode compactuar com discriminação desse jaez.

b) No mesmo passo vêm a disciplina dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e o conteúdo de outros documentos internacionais. A subscrição de tais pactos por diversos países, dentre eles o Brasil, implica um compromisso internacional com a **efetivação** dos direitos, e não apenas seu reconhecimento formal.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, após invocar, em seu preâmbulo, o compromisso internacional com o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa, prevê – em seu artigo 1º - que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Como desdobramento necessário do primado da isonomia, a Declaração veda a consagração de discriminação que afronte os princípios nela consagrados¹⁷.

Também o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* – tratado internacional assinado em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992¹⁸ - dispõe de maneira similar. Referido tratado pressupõe que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo e prevê, em seu artigo 26 vedação de discriminação em razão do sexo e outros fatores¹⁹.

Não bastasse a normatização constitucional e internacional da vedação da discriminação injustificada, também no Sistema Interamericano de Proteção Internacional dos Direitos Humanos encontra-se regramento similar. Com efeito, a *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)* – tratado internacional assinado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 – já em seu artigo 1º prevê dentre os deveres dos Estados-partes na convenção a vedação de toda discriminação, *por motivo de raça, cor, sexo, idioma,*

¹⁷ “Artigo 2º. 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, **sem distinção de qualquer espécie**, seja de raça, cor, **sexo**, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. (...)”.

¹⁸ Sem ingressar nas discussões doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza jurídica do status adquirido pelos Tratados Internacionais quando ratificados pela República Federativa do Brasil, o fato é que implicam obrigatoriedade de cumprimento uma vez incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Com a promulgação da **Emenda Constitucional nº 45/04** foi acrescido o parágrafo terceiro ao artigo 5º, que prevê: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹⁹ “Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, **sem discriminação alguma**, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas **proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação** por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.” (g.n.).

religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

c) Ao retomar as considerações doutrinárias acerca da legitimidade de diferenciações em face do ordenamento constitucional, i.e., se o fator eleito é “essencial” ou não, impõe-se a conclusão de que se a Constituição Federal elencou, de antemão, fatores que não podem ser considerados “essenciais” para discriminar, como é o caso dos dispositivos acima citados.

Nas palavras de Paulo Gilberto Cogo Leivas e Marcelo Veiga Beckhausen²⁰:

“O direito geral de igualdade do art. 5º permite aduzir o seguinte enunciado normativo: Todas as características não previstas pela Constituição como essenciais são consideradas não essenciais, portanto viola o princípio da igualdade qualquer discriminação fundada nestas características não contempladas pelo constituinte.

*Porém, embora fosse suficiente a previsão do art. 5º, caput, para vedar toda discriminação com base em características não previstas na Constituição, o constituinte, para reforçar a idéia de direitos humanos albergada pela Constituição Brasileira, foi mais adiante e **enunciou explicitamente algumas características não-essenciais**, ou seja, que em hipótese alguma poderiam ser usadas como motivo de discriminação.*

Citamos como exemplo desta técnica o inc. I do art. 5º (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição). Desse modo, o sexo é uma característica não essencial, sendo vedada toda discriminação por motivo de sexo.

Do mesmo modo, o inc. IV do art. 3º: ‘Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’.

*Assim, a origem, a raça, o **sexo**, a cor e a idade são características **não-essenciais** (salvo, obviamente, quando a Constituição estabelece que em casos particulares tais características sejam consideradas essenciais, que é o que ocorre, por exemplo, com a idade mínima de 18 anos para o direito de voto)” (g.n.).*

Portanto, é possível afirmar que a força mesmo de **disposição constitucional**, a **orientação sexual** – entendida como abrangida pelo termo sexual ou pela cláusula de encerramento do artigo 3º, IV, da Constituição Federal – não pode ser considerada como característica “essencial” pelo legislador para o fim de discriminar tratamentos. O mesmo se diga com relação à união civil entre pessoas do mesmo sexo, verdadeiro desdobramento da liberdade de orientação sexual; é dizer: o legislador não poderá discriminar, dispensar tratamento detrimetoso de qualquer natureza a quem, no

²⁰ Petição Inicial de Ação Civil Pública referida na nota 16.

exercício livre de sua sexualidade, opte por comungar sua vida com o companheiro do mesmo sexo.

Além dos dispositivos constitucionais, atividade legislativa desse jaez viria em evidente afronta ao **princípio da proporcionalidade** que, como já tem o reconhecido nessa Corte Suprema, impõe que qualquer restrição, legal a direito fundamental será legítima apenas e na medida em que busque resguardar um fim público justificável.

3.2.4) Liberdade de orientação sexual, união civil e ação positiva do Estado

Do quanto exposto extrai-se que a Constituição Federal consagra *liberdade de orientação sexual*, e conseqüentemente **permite** – pois não há vedação expressa – que aquelas pessoas cuja orientação sexual seja voltada a um inconveniente do mesmo sexo, tenham uma vida em comum.

Evidentemente não se pode dar uma leitura pedestre ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal, para restringi-lo a uma regra de “não-atuar” estatal. A vedação da discriminação por orientação sexual – consagrada entre os objetivos fundamentais, e igualmente amparada no teor dos tratados internacionais de que o Brasil faz parte, evidente expressão de seu compromisso com a prevalência dos direitos humanos nas suas relações internacionais²¹ - por estar entre os objetivos fundamentais da República, é verdadeiro vetor de *atuação estatal*.

Isso implica concluir que no garantir as liberdades civis, o Estado ora se absterá de atuar, ora atuará positivamente, conforme seja adequado à efetivação de tal garantia. Se é certo que por muitas vezes a tutela dos direitos civis se faz por um “não-atuar” estadual (daí a doutrina tê-los dominado “liberdades negativas”), igualmente é certo que em outras tantas oportunidades sua defesa só será possível mediante um “atuar” estatal.

No que diz respeito à tutela da liberdade da orientação sexual, o ponto é muito bem explorado por *Samantha Buglione*:

“Porém, ainda é importante observar que os direitos políticos vinculam-se ao universo tanto privado, das escolhas individuais, da privacidade, quanto ao universo público de definição de interesses coletivos.

No âmbito privado está a defesa da privacidade. Aqui, o privado, que também envolve o uso do corpo, implica uma “não” ação do Estado, uma ação negativa. Ou seja, ao Estado é negada a possibilidade de definir um padrão de comportamento (ethos). O Estado deve impedir que o privado seja violado, que as escolhas no âmbito da personalidade sejam elementos de limitação do exercício de outros direitos. Em outras palavras ninguém pode, por ser homossexual, ter limitados direitos como acesso à educação, saúde, direito de ir e vir, acesso a locais públicos,

²¹ Constituição Federal, artigo 4º, inciso II.

trabalho, etc. E ninguém, poderá ter seu universo privado invadido.

No âmbito público, de defesa de bens sociais prioritários, está a responsabilidade de fazer do Estado, de ação positiva. Falar em constitucionalização significa falar na necessidade de observar a hierarquia de bens sociais a ser protegida – hierarquia esta que está determinada na Constituição Federal. Ou seja, não está no topo da ordem social brasileira a proteção da heterossexualidade, mas a justiça social, a não discriminação, a dignidade humana, a liberdade. Isso significa que tanto as ações do Estado, quanto as relações entre os indivíduos estão subordinadas aos ditames constitucionais e não as moralidades de grupos específicos”²². (g.n.).

Ora, se a **liberdade de orientação sexual** é direito fundamental assegurado quer pelo artigo 5º, *caput* e inciso X e se a não discriminação em razão dela é imposta pelo artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal como verdadeira linha de atuação estatal, resta evidente que aos três Poderes constituídos impõe-se – cada qual em sua atividade típica – a observância de tais preceitos.

A atual ausência de legislação que regule a união civil entre pessoas do mesmo sexo em nada desautoriza tal conclusão. Argumentar dessa forma equivale a afirmar que reticência do Poder Legislativo em exercer suas atividades em conformidade com a Constituição Federal impede o Poder Judiciário de exercer a atividade jurisdicional conforme a Constituição, o que é um absurdo.

Ademais, os **poderes legislativos** das diversas entidades da Federação e o próprio **Poder Judiciário** – federal e estadual – têm levado a efeito os preceitos constitucionais acima referidos. *Adriana Vianna e Paula Lacerda*, em excelente trabalho em que fornecem panorama dos direitos e políticas relativos à sexualidade no Brasil, apontam para a existência de ampla legislação estadual e municipal relativas à não discriminação e à promoção dos direitos sexuais²³.

Conforme mencionado na pesquisa, há mais de setenta municípios com legislação relativa ao tema discriminação. Destas, afirmam as pesquisadoras, uma norma recorrente estabelecida diz respeito à **vedação de discriminação** em estabelecimentos comerciais e em negociações para aquisição ou aluguel de imóvel ou outros bens. Fazem ainda menção às Leis Estaduais nº14.170/02 (Minas Gerais), 12.574/03 (Santa Catarina) e 10.948/01 (São Paulo), que vedam a **prática de atos discriminatórios** em um contexto mais amplo, abrangendo inclusive situações de trabalho, especialmente admissão e demissão; à Lei Estadual nº 11.872/02 (Rio Grande do Sul), que dispõe sobre a promoção e o reconhecimento da **liberdade de orientação sexual, prática, manifestação, identidade e preferência sexual**; à Lei Municipal nº8.283/91 (Belo Horizonte), que instituiu o Dia Mundial de Luta contra a

²² “Direitos Sexuais, Direitos Cíveis e Direitos Humanos – Convergências, Divergências e Humanidades” in *Homossexualidade: Produção cultura, cidadania e Saúde*, Luís Felipe Rios, Vagner de Almeida, Richard Parker, Cristina Pimenta e Veriano Terto Jr. (org.), Rio de Janeiro, Abia, 2004, p. 152.

²³ Vianna, Adriana. Direitos e políticas sexuais no Brasil: mapeamento e diagnóstico / Adriana Vianna, Paula Lacerda – Rio de Janeiro: CEPESC, 2004. pp. 52/58.

Discriminação; Lei Estadual nº 3.076/02 (Rio de Janeiro), que reconheceu o direito à **percepção de benefícios previdenciários** a companheiros de servidor público estadual; Lei Municipal nº 16.730/01 (Recife), que reconheceu o **direito de pensão** ao companheiro homossexual de servidor público; Lei Municipal nº 4.798/02 (Pelotas), que reconheceu o direito de percepção de benefícios previdenciários ao companheiro homossexual de servidor público. Referem-se, ainda, ao Projeto de Lei nº 379/03, para a instituição do Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual e ao projeto de lei referente à regulação da união civil de pessoas do mesmo sexo.

As pesquisadoras apontam o Poder Judiciário como **arena fundamental** na construção dos direitos das minorias sexuais nos últimos anos, citando a extensão dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão aos casais homossexuais, em decorrência de sentença em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul; o ato normativo da Corregedoria Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, por meio do qual determinou-se aos oficiais de registros e notas que aceitassem pedidos de registros de documentos relativos à união entre pessoas do mesmo sexo, além de precedentes relativos à direitos sucessórios e dependência em planos privados de saúde, entre outros. Cumprirá destacar adiante alguns desses precedentes.

3.3) Discriminação e tutela jurisdicional

Como já se disse, a causa de pedir fática da presente demanda repousa na negativa da União Federal em negar ao companheiro que mantivesse com o falecido união homo-afetiva, a possibilidade de autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante.

Ao fazê-lo, ampara-se a demandada apenas na literalidade da lei, do que resulta *tratamento diferenciado* entre, de um lado, pessoas casadas e companheiros heterossexuais, e de outro, companheiros homossexuais; **reconhece** àqueles a legitimidade para autorizar a remoção de órgãos e **nega** a estes. Trata-se de interpretação que remete a ré s uma violação dos princípios da liberdade e igualdade e do princípio da promoção da justiça social e vedação de discriminação²⁴. Portanto, ao agir dessa maneira, a União incide em discriminação não autorizada pela Constituição.

A propósito de atos discriminatórios inconstitucionais, o professor *José Afonso da Silva* identifica duas possíveis situações: naquelas hipóteses em que o ato impõe “obrigação, dever, ônus, sansão ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas”, a solução será a declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório; já naqueles casos em que o ato outorga benefício legítimo a pessoas ou grupos, a solução estará precisamente em estender o benefício aos discriminados:

”São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional.

Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras

²⁴ Constituição Federal, artigo 5º caput e 3º, IV, da Constituição Federal.

peessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. O ato é, contudo, constitucional e legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como então resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem ao Poder Judiciário, caso por caso”²⁵.

No mesmo sentido, *Paulo Gilberto Cogo Leivas* e *Marcelo Veiga Beckhausen* apontam que nas jurisprudências do Tribunal Constitucional Alemão e do Supremo Tribunal Federal há um consenso de que quando a lei ou ato administrativo exclui determinadas pessoas ou grupos do gozo do benefício, surge para o prejudicado o direito de buscar no judiciário a concessão de tal benefício²⁶.

Inegável a importância do papel que incumbe ao Poder Judiciário de salvaguarda dos princípios constitucionais, apesar (e em razão mesmo) da omissão legislativa. Não custa lembrar os inúmeros precedentes judiciais que, mesmo antes do reconhecimento constitucional e legal das relações de companheirismo entre **homem e mulher**, reconheceram às companheiras os mesmos direitos que a lei formalmente restringia às mulheres casadas...

Inegável, ainda, que o Poder Judiciário, desempenhando um papel de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais, já tem dado exemplos contundentes de um forte compromisso com a defesa da dignidade da pessoa humana, rompendo com uma postura preconceituosa de inferiorização do outro. A propósito, cumpre destacar algumas ementas de julgamentos pertinentes ao tema:

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA FEDERAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 273 DO CPC NA SENTENÇA. MERA IRREGULARIDADE. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO §3º DO ART. 226, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE EM PLANO DE SAÚDE. VIABILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE, DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. ART. 273 DO CPC. EFETIVIDADE À DECISÃO JUDICIAL. CAUÇÃO. DISPENSA.

²⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 222.

²⁶ Ação Civil Pública referida na nota 16. Os DD. Procuradores da República fazem ainda menção a precedentes do STF e do STJ em que tal entendimento foi consagrado: RE 179.646-4, STF, Segunda Turma (matéria previdenciária); MS 4.092-4, STJ, Relator Min. Jesus Costa Lima (proventos) e AC90.02.20512/RJ, TRF – 2ª Região, 1ª Turma (indenização militar).

(...)

5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido da declaração da existência de união estável entre os autores, pois, pelo teor do §3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida união estável em relação a pessoas do mesmo sexo.

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na FUNCEF, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos e vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que se alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se de evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a efetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.

10. Havendo comprovada necessidade de dar-se imediato cumprimento à decisão judicial, justifica-se a concessão de tutela antecipada, principalmente quando há reexame necessário ou quando há recurso com efeito suspensivo. Preenchidos os requisitos para a concessão da medida antecipatória, autoriza-se o imediato cumprimento da decisão. No caso em análise, estão presentes ambos os requisitos: a verossimilhança é verificada pelo fato de fundamentos da decisão: o risco de dano de difícil reparação está caracterizado pelo fato de que os autores, portadores do vírus HIV, já começam a desenvolver algumas das chamadas “doenças oportunistas”, sendo evidente a necessidade

de usufruírem dos benefícios do plano de saúde. Ademais, para os autores o tempo é crucial, mais do que nunca, o viver e o lutar por suas vidas. O Estado, ao monopolizar o poder jurisdicional, deve oferecer às partes uma solução expedida e eficaz, deve impulsionar a sua atividade, ter mecanismos processuais adequados, para que seja garantida a utilidade da prestação jurisdicional.

(...)

12. Apelações improvidas. (g.n.).

(TRF 4ª Região – 3ª Turma, AC 170491, rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler, j. 20.08.98, DJU 24.11.98, p. 585).

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO. APLICAÇÃO DO PREVISTO NO ART. 217, I, “C” DA LEI 8.112/90 POR ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS. VERBA ALIMENTAR.

- A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

- O reconhecimento da sociedade de fato permite a aplicação do art. 217, I, “c”, como pedido na inicial destes autos, embora não caracterizada a união estável, sob pena de discriminação sexual, interpretando-o de forma analógica e sistemática. Fixação dos juros moratórios à razão de 1% ao mês, pois a jurisprudência dos Tribunais pátrios é massiva em relação à incidência dos juros fixados na taxa prevista por se tratar de dívida de natureza alimentar.

Precedentes. (g.n.).

(TRF 4ª Região – 4ª Turma, AC 412151, rel. Juiz Edgard A. Lippmann Junior, j. 17.10.02, DJU 20.11.02, pp. 422).

CONSTITUCIONAL. REVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. **UNIÃO HOMOSSEXUAL**. REALIDADE FÁTICA. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE. ARTIGOS 3º, IV E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA, CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

1. A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem.

2. O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma reação jurídica emergindo de fato público e notório.

3. O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação.

4. A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais.

5. A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do §4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

6. Estando comprovada a qualidade de segurado do de cujus na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei nº 9.528/97.

7. As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde quando devidas, pelo IGP – DI (Medida Provisória nº 1.415/96).

8. Juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação.

9. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a execução do julgado.

10. Apelações providas. (g.n.).

(TRF 4ª Região – 6ª Turma, AC 349785 rel. Juiz Nylson Paim de Abreu, j. 21.11.00, DJU 10.01.01, p. 373).

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ESTATUTÁRIA. MORTE DE **COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL** SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA. INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. VEDAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. **PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO.** COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO.

I. A Inexistência DE NORMA QUE REGULE SITUAÇÃO FÁTICA SOCIALMENTE RECONHECIDA, MAS QUE NÃO ENCONTRA PREVISÃO LEGAL NO ORDENAMENTO NÃO SE FAZ BASTANTE PARA EXTINÇÃO DO PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO QUE, QPENAS SE CARACTERIZA NA HIPÓTESE DE EXPRESSA VEDAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AO DEFERIMENTO DA PRETENSÃO DO LITIGANTE.

II. É RECONHECIDO PELA DOUTRINA O FATO DE QUE OS OREENAMENTOS JURÍDICOS APRESENTAM LACUNAS, QUE SE TORNAM MAIS EVIDENTES NOS DIAS ATUAIS, EM VIRTUDE DO DESCOMPASSO ENTRE A ATIVIDADE LEGISLATIVA E O CÉLERE PROCESSO DE

TRANSFORMAÇÕES POR QUE PASSA A SOCIEDADE, DE MODO QUE CABE AO JUIZ, DIANTE DE CONTROVÉRSIAS, ÀS QUAIS FALTE A NORMA ESPECÍFICA QUE SE LHES APLIQUE BUSCAR A INTEGRAÇÃO ENTRE O DIREITO E A REALIDADE, AMPARANDO-SE NOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO, E, MORMENTE, COMO É O CASO, FAZENDO USO DO MÉTODO DA ANALOGIA, EVITANDO, ASSIM O NON LIQUET.

III. A LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA APLICÁVEL AOS SERVIDORES PÚBLICOS, REGIDA PELA LEI Nº 8.112/90, PREVÊ A CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE AO CÔNJUGE, COMPANHEIRO DO DE CUJUS, SEM QUALQUER VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE ESTES SEJAM DO MESMO SEXO.

IV. O ARTIGO 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESGRIMIDO PELA AUTARQUIA APELANTE COMO NORMA PROIBITIVA AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À PENSÃO EM COMENTO, CUIDA ESPECIFICAMENTE DA FAMÍLIA E DAS RELAÇÕES DE CASAMENTO, NÃO VISANDO A REGULAR MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA QUE É TRATADA EM CAPÍTULO PRÓPRIO DA LEX MATER.

V. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ERIGIU O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COM POSTULADO FUNDAMENTAL, COM APLICAÇÃO ESPECÍFICA EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO REFERENTE A DISCRIMINAÇÕES QUANTO AO GÊNERO, CONSOANTE O DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, INCISO IV, 5º, INCISO I, E 7º, INCISO XXX, TODOS DA CARTA MAGNA, SENDO, POR ISSO, VEDADAS DISTINÇÕES DE QUALQUER NATUREZA, EM RAZÃO DA OPÇÃO SEXUAL DO INDIVÍDUO.

VI. O RECONHECIMENTO DO DIREITO À PENSÃO PREVIDENCIÁRIA PARA COMPANHEIRO (A) DE HOMOSSEXUAL, NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, CONSUBSTANCIADO NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 25, DE 07 DE JUNHO DE 2000, EDITADA PELO INSS, PODE SER UTILIZADA, POR ANALOGIA, PARA A CONCESSÃO DE TAL BENEFÍCIO AOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

VII. EXAUSTIVAMENTE COMPROVADA PELO PROMOVENTE, INCLUSIVE ATRAVÉS DE PROVA DOCUMENTAL, A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EM REALÇÃO AO DE CUJUS, CONSEQUÊNCIA DIRETA DO DESFAZIMENTO DE ATIVIDADE COMERCIAL PRÓPRIA, EM FACE DO PROJETO DE VIDA EM COMUM, TAMBÉM CABALMENTE DEMONSTRADO.

VIII. PREENCHIDAS PELO AUTOR, DIVERSAS DAS EXIGÊNCIAS CONSTANTES DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SUSO MENCIONADA, E SENDO-LHE VEDADO

MATERIALIZAR OS DEMAIS ÍTENS, POR OBSTRUÇÃO DO PRÓPRIO PODER PÚBLICO, QUE NÃO ADMITA A SUA INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE DE CUJUS, PARA EFEITOS FISCAIS E DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NA FICHA CADASTRAL DO ÓRGÃO PATRONAL, É DE LHE SER CONCEDIDO O DIREITO À PENSÃO REQUERIDA.

IX. A IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO DEVE SER RETROATIVA À DATA DO ÓBITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 215, DA LEI Nº 8.112/90, SENDO MANTIDOS OS JUROS DE MORA À TAXA DE 0.5% (MEIO POR CENTO), A PARTIR DA CITAÇÃO E OS HONORÁRIOS EM 10% (DEZ POR CENTO) DO VALOR DA CONDENAÇÃO.

X. APELAÇÃO E REMESSA IMPROVIDAS. (g.g.)

TRF 5ª Região – 1ª Turma, AC238842 rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, j. 30.08.01, DJU 13.03.02, p. 1163)

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO EBM COMUM. PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO A RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPORTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU NA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE PROVIDO. (g.n)

STJ 4ª Turma, Resp 148897 rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.02.98, DJU 13.03.02, p. 1163).

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. NORMAS CONSTITUCIONAIS. CF, ART. 226, §3º. INTEGRAÇÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNIOS. TITULARES DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMPLITUDE NA LIMINAR. ABRANGÊNCIA NACIONAL. LEI Nº 7.347/85, ART. 16, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.494/97.

1. As normas constitucionais, soberanas embora na hierarquia, são sujeitas a interpretação. Afasta-se a alegação de que a espécie cuida de inconstitucionalidade de lei; o que ora se trata é

de inconstitucionalidade na aplicação da lei; o que se cuida não é de eliminar por perversa a disposição legal; sim, de ampliar seu uso, por integração.

2. É possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de companheiro previsto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro não fique relegado à miséria após a morte de quem lhe provia os meios de subsistência.

3. Rejeitada foi a alegação da usurpação do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado da constitucionalidade pela própria Corte Constitucional em reclamação contra a mesma liminar ora tutelada, sob o fundamento de que a ação presente tem por objeto direitos individuais homogêneos, não sendo substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade.

4. A nova redação dada pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16 da Lei nº 7.437/85, muito embora não padeça de manga de inconstitucionalidade, é de tal impropriedade técnica que a doutrina mais autorizada vem asseverando sua inocuidade, devendo a liminar ter amplitude nacional, principalmente por tratar-se de ente federal.

(TRF 4ª Região – 6ª Turma, Al 59429, rel. Juiz Luis Carlos de Castro Lugon, j. 27.06.00, DJU 26.07.00, p. 679).

Dos julgados acima referidos depreende-se que a fundamentação constitucional para reconhecer direitos aos companheiros homossexuais gira em torno, essencialmente, dos princípios da liberdade, da igualdade, do compromisso com a dignidade da pessoa humana e da vedação da discriminação em razão do sexo (orientação sexual).

Há quem entenda inclusive – como mencionado na última ementa – que a redação do artigo 226, §3º, da Constituição Federal pode amparar a tutela do companheiro do mesmo sexo. O raciocínio foge de uma interpretação estritamente gramatical “*a contrario sensu*” do referido parágrafo – que levaria à conclusão de que se a Constituição expressamente apenas consagrou a união estável entre homem e mulher, automaticamente teria excluído a união entre pessoas do mesmo sexo – para afirmar que, na ausência de vedação expressa da Constituição, nada impede que se reconheça a possibilidade jurídica de união estável. A construção da argumentação é bastante razoável, notadamente por que amparada numa interpretação harmoniosa de tal artigo com os princípios e direitos fundamentais. Poderíamos ainda considerar que o Constituinte buscou legitimar uma situação de fato que há muito existia no país: a união civil entre homens e mulheres fora do casamento; a inteligência do artigo, portanto, deve se guiar pelo espectro da tutela, da proteção aos direitos, jamais por sua restrição. O reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo, nesse sentido, é plenamente concordante com o preceito constitucional segundo o qual “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos*

*princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*²⁷.

Ainda que não se chegue a tanto, o reconhecimento de direitos às pessoas de mesmo sexo que vivam em união civil, decorre de todos os princípios e dispositivos constitucionais até agora lembrados.

3.4) Interpretação do artigo 4º da Lei 9.343, de 04 de fevereiro de 1997 em conformidade com a Constituição Federal

a) Parece claro que o artigo 4º da Lei Federal nº 9.434/97, com a redação dada pela Lei Federal 10.211, de 23 de março de 2003, dá margem ao que a doutrina chamada *espaço de decisão*, i.e., possibilita mais de uma interpretação, uma conforme a Constituição Federal e outra que vem contra seus preceitos.

Em razão mesmo do dogma da supremacia da Constituição Federal em relação a todo ordenamento jurídico, é de se concluir que na hipótese de existirem duas ou mais vias interpretativas possíveis, haverá que prevalecer a leitura da lei que melhor se conforme a Carta Magna. Trata-se do que se convencionou chamar de *interpretação conforme a Constituição*. A propósito do tema *Alexandre de Moraes* esclarece que:

*“A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico”*²⁸.

O espaço de interpretação que diz com o referido artigo 4º está caracterizado pela possibilidade de suas interpretações: **a)** uma que, amparada apenas na literalidade²⁹ da lei, impõe um *tratamento diferenciado*, entre, de um lado, pessoas casadas e companheiros heterossexuais e de outro, companheiros homossexuais; **reconhece** àqueles legitimidade para autorizar remoção de órgãos e **nega** a estes, e **b)** outra que, invocando os princípios da liberdade, da igualdade, do princípio da promoção da justiça social e da vedação de discriminação, invoca um entendimento compromissado com a tutela dos direitos fundamentais e implica **reconhecer** também aos companheiros homossexuais a legitimidade para autorizar a remoção de órgãos.

²⁷ Constituição Federal, artigo 5º, §2º.

²⁸ Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2001.

²⁹ A se levar as justificativas apontadas pela União Federal às últimas conseqüências poderíamos inclusive, chegar à esdrúxula conclusão de que nem os conviventes heterossexuais supérstites teriam tal legitimidade: é que o legislador parece ter esquecido-se de os contemplar no mencionado artigo...

O reconhecimento judicial da segunda via é o que, evidentemente, busca o Ministério Público Federal por meio desta ação.

b) A toda evidência a discussão de fundo constitucional aqui diz com a *causa de pedir* da presente ação civil pública, não com o seu pedido. “Portanto, não se dá causa a nenhuma “usurpação” de competência do Supremo Tribunal Federal” no que diz com o exercício do controle concentrado de constitucionalidade. O controle aqui é de natureza difusa.

A fim de evitar o enfado, reportemo-nos ao que já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão mencionada no informativo nº 339:

*“Concluído o julgamento de medida cautelar em reclamação, em que se sustentava que o deferimento de liminares em ações civis públicas, cujo objeto seria a declaração de inconstitucionalidade de normas do Estado do Rio de Janeiro que disciplinam o funcionamento de bingos, teria usurpado a competência originária do STF para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade – v. Informativo 333. O Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão que suspendera o curso das mencionadas ações, bem como os efeitos das liminares ali concedidas, mas, à vista da singularidade do caso concreto – decorrente do fato de as ações civis públicas terem adotado, como causa de pedir, a inconstitucionalidade de decreto também impugnado em ação direta pendente de julgamento nesta Corte -, determinou a suspensão, com efeitos ex nunc, das mencionadas ações civis públicas, ficando mantida, assim, a eficácia das tutelas nelas deferidas, pelas quais se determinou a interrupção do funcionamento de bingos no Estado do Rio de Janeiro. Ressaltou-se, no ponto, que a suspensão das ações decorre não da sustentada usurpação da competência, mas sim do objetivo de coibir eventual trânsito em julgado nas referidas ações, com o conseqüente esvaziamento da decisão a ser proferida nos autos da ação direta. O Tribunal, **reconhecendo, portanto, a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade pela via difusa, afastou a alegada usurpação da competência do STF**, uma vez que, no caso concreto, a controvérsia posta nas ações civis públicas, acerca da **inconstitucionalidade** de decreto do Estado do Rio de Janeiro, não constitui objeto único do pedido, mas **causa de pedir**, caracterizando-se como questão prejudicial à resolução do litígio principal. Salientou-se, ainda, o fato de que o pedido de suspensão de funcionamento dos bingos formulado nas ações civis públicas, consubstancia pedido de efeitos concretos, insusceptível de ser obtido em sede de ação direta. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que referendava o ato pelo qual suspendera o curso dos processos mencionados, bem como os efeitos das liminares ali concedidas. (Rcl 2460 MC/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 10.3.2004)” (g.n.)*

Há, ainda, um outro precedente, que surgiu por força de Reclamação ajuizada no Supremo Tribunal Federal para arguir usurpação de competência justamente em relação à ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal para obrigar a União a processar e a definir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, aqui mencionada:

“DESPACHO: 1. Trata-se de reclamação ajuizada perante esta Corte pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a Juíza Federal da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre – Sessão Judiciária do Rio Grande do Sul que concedeu liminar em ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal, para obrigar o reclamante, em todo território nacional, a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo por entender inconstitucional a limitação imposta pelo §3º do artigo 16 da Lei 8.213/91. Alega-se, na reclamação, unicamente, que essa ação civil pública se apresenta como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade, que a de competência exclusiva desta Corte, portanto, sendo usurpada. 2. Sucede, porém, que o Plenário deste tribunal, a partir do julgamento das reclamações 597ve 600, já firmou o entendimento de que a ação civil pública, em casos como o presente que tem por objeto direitos individuais homogêneos, não é substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade, e isso porque se trata, nessas hipóteses, de ação ajuizada, entre partes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e definido, de ordem patrimonial, objeto que não poderia ser alcançado em controle em abstrato de ato normativo. 3. Em face do exposto, e com base nessa orientação, nego seguimento a presente reclamação. Brasília, 08 de maio de 2000. Ministro MOREIRA ALVES Relator” (Reclamação nº 1499).

4) Além das razões de direito até aqui expostas há outras considerações finais que, acredita-se, merecem registro.

Não se pode ignorar que há, no país, um número considerável de homossexuais³⁰. Não se pode, ainda, ignorar que muitos deles optam por compartilhar sua vida com um (a) companheiro (a) em relações de convívio diário e mútua assistência (material e moral), como em qualquer outro relacionamento).

³⁰ Apontam-se como mais confiáveis os dados do Relatório Kinsey (Sexual Behavior in the human male e Sexual Behavior in the human female), estudo sobre a sexualidade americana. No estudo, a população não é dividida em dois grupos (heterossexual/homossexual), mas preconiza um escala em que vai, de maneira gradativa, dos exclusivamente heterossexuais aos exclusivamente homossexuais. De uma maneira geral, pode-se dizer que os números relativos aos homossexuais (exclusiva ou predominantemente) vão de, aproximadamente, 5% a 15%.

Quem, melhor do que o companheiro, para saber dos desígnios pessoais da pessoa com quem vivia? Quem melhor do que o companheiro convivente, que compartilhou momentos de vida e acompanhou o de cujus, para determinar se era seu desígnio ver seus órgãos transferidos?

Há ainda que se presumir que o companheiro, i.e., a pessoa com quem o falecido convivia, seja – naturalmente – quem mais próximo dele se encontra quando do falecimento. Trata-se de circunstância extremamente importante em razão da **rapidez** com que a decisão pelo transplante – se positiva, precisa ser levada à efeito.

Conforme informações colhidas no site do Ministério da Saúde o tempo de retirada de órgãos, constada a morte encefálica, é extremamente exíguo:

“Quero ser um doador de órgãos. O que posso doar?”

- **Córneas** (retiradas do doador até seis horas depois da parada cardíaca e mantidas fora do corpo até sete dias);
- **Coração** (retirado do doador antes da parada cardíaca e mantida fora do corpo por no máximo seis horas);
- **Pulmão** (retirados do doador antes da parada cardíaca e mantidos fora do corpo por no máximo seis horas);
- **Rins** (retirados do doador até 30 minutos após a parada cardíaca e mantidos fora do corpo até 48 horas);
- **Fígado** (retirado do doador antes da parada cardíaca e mantido fora do corpo por no máximo 24 horas);
- **Pâncreas** (retirado do doador antes da parada cardíaca e mantido fora do corpo por no máximo 24 horas);
- **Ossos** (retirado do doador antes da parada cardíaca e mantido fora do corpo por até cinco horas);
- **Medula Óssea** (se compatível, feita por meio de aspiração óssea ou coleta de sangue).
- **Pele**
- **Válvulas Cardíacas**³¹.

Em razão disso mesmo é que a sistemática de captação e distribuição de órgãos exige estrutura material adequada, pessoal qualificado e rapidez na realização dos procedimentos³².

³¹ <http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes/duvidas.htm>, em 17.06.04 (fl. 67 do procedimento).

³² É o que também se depreende da forma em que organizado o Sistema de Transplantes do Estado de São Paulo, que segue as diretrizes do Sistema Nacional de Transplantes. Conforme informações prestadas pela Secretaria de Estado de Saúde, as *Organizações de Procura de Órgãos* tem as atribuições de “a) desenvolver atividades de sensibilização da população para a doação de órgão se atividades de orientação e dedicação continuada sobre transplantes, doação e identificação de doadores para profissionais da área da saúde, de sua área territorial de atuação; b) desenvolver atividades, junto aos Hospitais Notificantes em especial aqueles que possuem comissão Intra-hospitalar de Transplantes, de sensibilização, orientação, educação continuada sobre transplantes, doação e identificação de doadores para os profissionais da área da saúde; c) proceder à procura e identificação do doador potencial de órgãos, na sua área territorial de atuação, que estejam clinicamente, legalmente e eticamente capazes de transformar-se em doador; d) realizar o diagnóstico de morte encefálica, nos termos da legislação em vigor; e) providenciar, se necessário, a avaliação laboratorial do doador potencial; promover a manutenção clínica e o preparo do doador para a retirada dos órgãos; f) providenciar, se necessário, a

O tema diz, portanto, com a *política pública de promoção de doação de órgãos*. Não se pode ignorar que a interpretação que se busca ver reconhecida é mais adequada à *idéia de facilitação* da doação de órgãos, tecidos e substâncias humanas, verdadeiro comando constitucional (Constituição Federal, artigo 199, §4º) ³³. Trata-se de preceito cuja observância merece consideração do Poder Judiciário, notadamente quando se vê que a demanda para transplantes é muito grande”³⁴.

Ressalte-se, a propósito, informações oficiais sobre a espera para transplantes no Brasil³⁵:

remoção do doador potencial, de qualquer unidade médica da sua área territorial de atuação, para o seu ou para um dos Hospitais que integram a área de atuação; g) notificar, imediatamente, à CT o doador com suas características clínicas; h) definir o horário de retirada do (s) órgão(s)/tecido(s), disponibilizar o doador para a Equipe Médica de transplantes e coordenar a retirada dos órgãos indicados para transplante, providenciar a retirada dos rins”.

³³ A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

³⁴ Nesse sentido, manifestam-se Chen, Roderick T. E Glazier, Alexandra K.:

*“(...) Finally, there are special reasons for courts to consider allowing a decedent’s civil union partner to consent to an anatomical gift. Courts may wish to recognize a public policy in promoting organ donations and anatomical gifts, **especially when the need for transplants is so great**. Courts also may recognize that allowing a civil union or domestic partner to consent to an anatomical gift is typically consistent with the decedent’s wishes. Questions of conflicts of law aside, a person who enters into a civil union clearly intends for her civil union partner to take the role of her spouse. That person will live, and ultimately die, relying in this fact (...)”* (g.n.) (“Can Same-Sex Partners Consent to Organ Donation” in American Journal of Law and Medicine, 29. Boston, American Society of Law, Medicine & Ethics, Boston University School of Law, p.40).

³⁵ <http://drt2001.saude.gov.br/transplantes>, em 13.01.05 (fl. 124 do procedimento).

LISTA DE ESPERA PARA TRANSPLANTES - NOVEMBRO / 2004								
ESTADO	CORAÇÃO	CÓRNEA	FÍGADO	PULMÃO	RIM	RIM / PÂNCREAS	PÂNCREAS	TOTAL
Alagoas*	5	231	0	0	723	0	0	959
Amazonas	0	363	0	0	503	0	0	866
Bahia	0	482	189	0	1.240	0	0	1.911
Ceará	10	1.189	106	0	423	0	0	1.728
Distrito Federal	0	1.108	2	2	516	0	0	1.628
Espírito Santo	1	315	3	0	849	0	0	1.168
Goiás	7	1.781	0	0	405	0	0	2.193
Maranhão	0	267	0	0	0	0	0	267
Mato Grosso*	2	308	0	0	710	0	0	1.020
Mato Grosso do Sul	17	59	0	0	302	0	0	378
Minas Gerais	6	2.132	146	2	4.268	53	64	6.671
Pará	2	511	0	0	615	0	0	1.128
Paraíba	0	25	6	0	398	0	0	429
Paraná	55	1.148	435	0	2.246	38	13	3.935
Pernambuco	4	2.999	361	0	2.469	0	0	5.833
Piauí	0	664	0	0	422	0	0	1.086
Rio de Janeiro	9	2.702	1.131	7	2.965	20	2	6.836
Rio Grande do Norte	1	483	0	0	740	0	0	1.224
Rio Grande do Sul**	33	1.202	372	67	1.445	24	12	3.155
Santa Catarina	15	908	23	0	313	6	1	1.266
São Paulo	84	5.453	3.539	23	9.952	242	121	19.414
Sergipe	3	268	0	0	233	0	0	504
TOTAL	254	24.598	6.313	101	31.737	383	213	63.599

*Dado de Outubro de 2004

Fonte: CNNCDO/SNT/MS

**Dado de Setembro de 2004

Por fim, não custa lembrar que a discussão jurídica – porque humana – não é imune a considerações de fundo moral. Surge, contudo, a necessidade de que o nível do debate se eleve, divorciando-se de preconceitos e de convenções irracionais para fundar-se numa dialética própria de uma sociedade democrática.

Se é mesmo impossível imaginar um Direito que seja plenamente imune a uma certa moral, ao menos resta a constatação de que num *sistema democrático* o Direito assume uma “moral de caráter crítico”³⁶, cujos vetores estão traçados, principiologicamente, na própria Constituição Federal. A propósito da controvérsia entre *moral convencional* e *moral crítica* pondera o Professor José Reinaldo de Lima Lopes:

*“Na mesma linha de raciocínio há o ensaio de Ronald Dworkin (Dworkin, 1977, 240-258). Dworkin também crê que o que está em jogo no debate é uma controvérsia entre uma **moral convencional** (que acredita que as regras morais fundam-se em convenções) e uma **moral crítica** (que acredita que as regras morais devem ser submetidas a certos crivos da razão). Naturalmente, Dworkin não nega que moralidades históricas podem resultar de aceitação de facto de certas práticas. O que ele nega é que sua existência de facto equivalha a sua justificação ou fundamentação. Embora façamos muita coisa sem perguntar o porquê, se for colocada a questão do fundamento, a resposta moral não pode ser “porque sempre se fez assim” ou “porque todos fazem assim”. Dworkin propõe então alguns crivos para as opiniões morais:*

- a) os **preconceitos não são razões válidas** (acreditar que homossexuais são inferiores porque não realizam atos heterossexuais não se justifica como julgamento moral de superioridade ou inferioridade);*
- b) o **sentimento pessoal de nojo ou repulsa não é razão suficiente para um julgamento moral;***
- c) o **julgamento moral baseado sem razões de fato que são falsas ou implausíveis não é aceitável** (por exemplo, é factualmente incorreto dizer que os atos homossexuais debilitam ou que não os há na natureza – ou seja, em outras espécies animais assexuadas – práticas homossexuais);*
- d) o **julgamento moral baseado nas crenças alheias** (todos sabem que a homossexualidade é um mal) **também não está suficientemente justificado.***

Em resumo, o direito de uma sociedade democrática, ao contrário do que imaginam os menos preparados, não é um direito sem moral, mas um direito que assume em sua base uma moral de caráter crítico. O sistema constitucional, que estatui o tratamento igualitário, o respeito à dignidade da pessoa humana e a liberdade moral dos cidadãos é um sistema jurídico

³⁶ A expressão é do Professor José Reinaldo de Lima Lopes; “O Direito ao reconhecimento para gays e lésbicas” in *A Justiça e os Direitos de Gays e Lésbicas, Jurisprudência Comentada*. Célio Golin, Fernando Altair Pocahy e Roger Raupp Rios (org.). Porto Alegre, Sulina, 2003, p. 16.

com uma agenda moral crítica. Isso o distingue dos trágicos regimes autoritários dos últimos dois séculos. “As práticas sociais podem ser autoritárias, mas o direito é – ou deve ser – um antídoto contra tais práticas.” (g.n.)³⁷.

5) Dos pedidos

A ação civil pública pleiteia, assim, a condenação da União Federal à obrigação de fazer consistente em admitir como legítima a autorização para remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante, feita por quem mantivesse com o falecido relação de companheirismo entre pessoas do mesmo sexo. O artigo 16 d Lei da Ação Civil Pública, ao confundir critério para fixação da competência (território) com os efeitos da decisão, não possui nenhuma aplicação neste feito.

A pessoa jurídica que figura no pólo passivo desta ação é de âmbito nacional, assim como estão espalhados pelo território nacional os prejudicados por seus atos. A natureza do objeto da presente ação não admite o fracionamento da decisão, ou ensejaria novas injustiças que aqui se busca evitar. Não é crível que algumas pessoas no país possam se valer do legítimo direito de decidir sobre a doação de órgãos do companheiro falecido e a outras seja vedado tal exercício de matérias³⁸. De rigor, portanto, o reconhecimento de seu âmbito nacional.

5.1) Tutela Antecipada

É certo que o Código de Processo Civil, no artigo 273, possibilita à parte a feitura de requerimento de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que exista prova inequívoca de verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

As considerações feitas na fundamentação bem evidenciam a existência do requisito da “inequívoca verossimilhança”. É fato incontroverso que homossexuais que vivem em união civil têm cerceado um de seus direitos, em evidente afronta aos princípios da liberdade, da igualdade, do compromisso com a dignidade humana e da vedação da discriminação em razão da orientação sexual. A negativa formal do Ministério da Saúde reconhecer a união entre homossexuais para fins de transplante é prova inequívoca disso³⁹.

O *periculum in mora* qualificado no artigo 273 do CPC é igualmente evidente na medida em que milhares de pessoas encontram-se na situação descrita. Sendo certo que o companheiro, seja a pessoa que mais próximo do falecido se encontra quando do momento do falecimento, é evidentemente importante que a ele seja reconhecido o direito de deliberar sobre a doação de órgãos, notadamente em razão da rapidez com que a decisão pelo transplante – se positiva – precisa ser levada à efeito.

³⁷ Idem.

³⁸ Fl. 49 do procedimento citado.

³⁹ Fl. 115 do procedimento.

Aguardar-se o término da ação judicial, além de implicar a persistência na violação de direitos fundamentais, significa inviabilizar a possibilidade de mais transplantes.

5.2) Diante do exposto, vem o Ministério Público requerer:

- a) em sede liminar, a concessão de **tutela antecipada** para o fim de determinar à União Federal que, na qualidade de gestora central do Sistema Nacional de Transplantes, passe a **considerar** o companheiro ou companheira homossexual como legitimado a autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante do companheiro(a) falecido, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os mesmo requisitos e apresentados os mesmos documentos exigidos dos companheiros heterossexuais⁴⁰; **edite**, no prazo de cinco dias, ato administrativo em que reproduza os termos dessa decisão judicial e **encaminhe**, no mesmo prazo, cópia deste ato para todas as unidades integrantes do Sistema Nacional de Transplantes;
- b) a citação da União Federal, na pessoa de seu Procurador Regional, para, querendo, contestar a presente ação e acompanhá-la em todos os seus termos, até final procedência, sob pena de revelia e confissão;
- c) seja **julgada** procedente a pretensão ora deduzida para o fim de, em caráter definitivo, condenar a União Federal ao cumprimento da obrigação de fazer consistente em admitir a autorização para remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e

⁴⁰ Conforme informação prestada pela *Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde* a comprovação da união estável para fins de consentimento com a doação de órgãos deve ser feita por meio de contrato de união estável, nos termos do artigo 1725 do Código Civil. Na hipótese de esse contrato não existir, a ponta a União para o uso, por analogia, do regulamento Geral da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio e 1999, que em seu artigo 22, §3º, prevê os documentos aceitos para a comprovação de vínculo ou dependência econômica para fins de dependente (fl. 133/137 do procedimento). Dispõe o referido parágrafo que:

“§3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos: (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 22/11/2000).

I – certidão de nascimento de filho havido em comum;

II – certidão de casamento religioso;

III - declaração de imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

IV – disposições testamentárias;

V – anotações constantes na Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, feita pelo órgão competente;

VI – declaração especial feita perante tabelião;

VII – prova de mesmo domicílio;

VIII – prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

IX – procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

X – conta bancária conjunta;

XI – registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;

XII – anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

XIII – apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XIV – ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;

XV – escritura de compra e venda imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XVI – declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou

XVII – quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.”

partes do corpo para transplante do companheiro(a) falecido, feita pelo companheiro ou companheira homossexual supérstite, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os mesmos requisitos e apresentados os mesmos documentos exigidos dos companheiros heterossexuais, confirmando, portanto, os pedidos feitos em sede liminar, tendo em vista a evidente afronta ao princípio da proporcionalidade e aos princípios e dispositivos expressamente insculpidos na Constituição Federal de 1988, em especial os artigos 1º, III; 3º, I e IV; 5º *caput*, inciso II e §2º; 196; 199, §4º e 226, §3º, em relação aos quais requer digne-se Vossa Excelência pronunciar-se expressamente para fins de prequestionamento;

d) sendo a questão de mérito unicamente de direito, seja julgada a lide antecipadamente, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Dá-se a causa o valor de R\$ 10.000,00 (Dez Mil Reais).

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2005.

LUIZ FERNANDO GASPAR COSTA
Procurador da República

Anexo 3

**EXMO. SR. DR. JUÍZ FEDERAL DA _____ VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA
DO ESTADO DO PIAUÍ**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, por intermédio do Procurador da República in fine assinado, vem, perante Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 127 e 129, II e III da Constituição Federal, e nas disposições da Lei nº 75/93, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

Em face de

UNIÃO FEDERAL, pessoa jurídica de direito público, podendo ser citada nesta Capital por sua Procuradoria (Advocacia-Geral da União no Piauí), na Rua Coelho Rodrigues, 2389, Centro, Teresina/PI;

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, podendo ser citada nesta Capital, na Av. Frei Serafim, 1929, Centro, Teresina/PI;

ESTADO DO PIAUÍ, pessoa jurídica de direito público, com endereço para citação, através da sua Procuradoria Geral, na Av. Senador Arêa Leão, 1650, Bairro Jóquei Clube, Teresina/PI;

Pelas razões de fato e de direito adiante articuladas.

1. DOS FATOS

Foi instaurado no âmbito desta Procuradoria da República, o Procedimento Administrativo nº 1.27.000.001161/2005-34 (autos em anexo), com base em representação formulada pelo GRUPO MATIZES, entidade da sociedade civil defensora dos direitos humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros.

Segundo consta da referida representação, vários homossexuais relataram seu desapontamento em não poderem doar sangue no Centro de Hematologia e Hemoterapia do Piauí – HEMOPI, uma vez que, na entrevista feita antes do processo de doação, a intimidade do eventual doador é devassada, visando identificar a orientação sexual deste e, caso se constate tratar-se de um homossexual, há o impedimento de proceder à doação.

Tal comportamento do HEMOPI foi baseado na Resolução-RDC nº 153, de 14 de Junho de 2004, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que *“Determina o Regulamento Técnico para os procedimentos hemoterápicos, incluindo a coleta, o processamento, a testagem, o armazenamento, o transporte, o controle de qualidade e o uso humano de sangue e seus componentes, obtidos do sangue venoso, do cordão umbilical, da placenta e da medula óssea”*.

A referida Resolução traz no item 3.5.2.7.2 – Situações de Risco Acrescido, o seguinte conteúdo:

“B.5.2.7.2 – Situações de Risco Acrescido

(...)

d) Serão inabilitados por um ano, como doadores de sangue ou hemocomponentes, os candidatos que nos 12 meses precedentes tenham sido expostos a uma situação abaixo:

(...)

“Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou as parceiras sexuais destes”.

A Representação informa que a Resolução nº 153/2004 exclui os gays da doação de sangue e que, a despeito de resguardar a saúde daqueles que recebem transfusão de sangue, evitando que estes venham se infectar, a ANVISA patrocinou uma discriminação gratuita, não só contra homossexuais masculinos (gays), mas contra todos aqueles que, mesmo não tendo identidade de gays, fazem sexo com estes (bissexuais, michês, garotos de programa, etc). Afirma ainda a Representação que essa proibição desrespeita os arts. 1º, III, 3º, IV, 5º da Constituição Federal e atenta contra o princípio da razoabilidade, uma vez que os hemocentros do Brasil convivem diariamente com escassez de bolsas de sangue em seus bancos e que o sangue, antes de ser usado, passa por um rigoroso processo de testagem, com o fito de aferir sua qualidade.

Analizando criteriosamente os fatos narrados na representação, observamos que o Centro de Hematologia e Hemoterapia do Piauí – HEMOPI, órgão da administração Pública Estadual responsável pelas políticas do sangue no Piauí, bem como por todo sangue coletado e transfundido no Estado, proíbe os homossexuais masculinos (gays) da doação de sangue, com base na Resolução nº 153/2004, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde. Essa Resolução impede, por um ano, “os homens que tiverem relações sexuais com outros homens ou às parceiras destes” a possibilidade de serem doadores de sangue.

Dos fatos depreende-se que vedar a doação de sangue por homossexuais, mais do que uma forma disfarçada de discriminação e preconceito, constitui flagrante inconstitucionalidade.

A Constituição Federal garante tanto o direito à vida (art. 5º), como o direito à saúde (art. 6º), dizendo, no artigo 196, com todas as letras: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Para tornar efetiva essa obrigação do Estado, existe o Ministério da Saúde e a ANVISA, que editam normas e fazem campanhas conclamando o povo à solidariedade e à doação de sangue, tendo todos os brasileiros não só o dever de serem cidadãos, mas também o direito de exercer a cidadania doando sangue.

Porém, de maneira paradoxal, a ANVISA, através da resolução nº 153/2004, impede os gays e bissexuais de serem doadores de sangue.

No texto do item há a explicação de que serão inabilitados por um ano os candidatos a doadores de sangue que tiverem relação sexual com outros homens nos últimos doze meses. Destarte, neste prazo, o possível doador não poderia ter mais nenhuma outra relação homossexual. Em outras palavras, a pessoa teria que deixar de ser homossexual para que pudesse doar sangue.

Ressalte-se que de há muito caiu o mito dos homossexuais serem os responsáveis pela transmissão do vírus HIV. Segundo as últimas estatísticas, pela forma como a AIDS se alastra, por exemplo, entre as mulheres e os idosos, não mais se pode falar em grupos de risco. Se for se pensar em números, todas as pessoas sexualmente ativas se encontrariam em “situação de risco acrescido”, para usar a linguagem da Resolução.

Ademais, antes da utilização, o sangue é submetido a todos os testes possíveis, não se justificando a verdadeira devassa feita à vida pessoal do candidato à doação, até porque inexistente qualquer risco ao receptor, que só irá receber sangue submetido a rigoroso controle de qualidade.

Importante frisar que, como o direito à privacidade e à intimidade dispõe de proteção constitucional (art. 5º, X), é possível ao candidato à doação omitir dita informação, fato que não gera qualquer responsabilidade, nem civil nem penal. No entanto, obrigar alguém a fazer uso desse subterfúgio configura profundo desrespeito à dignidade de quem se dispõe a auxiliar seu semelhante doando-lhe o seu sangue.

A Resolução nº 153/2004 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA exclui potenciais doadores de sangue por causa de sua opção sexual. Ao doar sangue voluntariamente, o homossexual é submetido a uma entrevista detalhada sobre seu estilo de vida e sobre sua orientação sexual. A única forma dos homossexuais continuarem a doar sangue é mentir sobre sua opção sexual.

A proibição contida na Resolução precisa ser cessada e o foco do questionário, revisado. A resolução permite que o heterossexual seja aceito como doador, ainda que tenha feito sexo sem proteção, enquanto um homossexual que tenha parceiro fixo e use preservativo seja proibido de doar.

A exclusão dos homossexuais e bissexuais como doadores de sangue representa um equívoco discriminatório sem respaldo científico, que atenta contra os princípios da Constituição Federal e que contribui para a redução dos estoques dos bancos de sangue.

2. DA LEGITIMIDADE ATIVA

A atribuição do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para propositura da presente *actio* está prevista no artigo 127 da Constituição Federal, que estabelece, *in verbis*:

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à jurisdição do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

De outra parte, o artigo 129, incisos II e III, da Constituição Federal, estabelece como função institucional do Parquet:

“II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

“III – promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”.

No que diz de perto com o objeto desta ação, a atuação do Ministério Público ao pugnar que os homossexuais e bissexuais possam doar sangue, cessando o caráter discriminatório da Resolução nº 153/2004 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, e a determinação do Centro de Hematologia e Hemoterapia do Piauí – HEMOPI para coletar o sangue dos homossexuais e a proibição de se fazer perguntas, na entrevista feita antes do processo de doação, que visem identificar a orientação sexual do doador, é iniciativa amparada nos princípios constitucionais da cidadania e dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos I e III); no objetivo constitucional fundamental da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I); na vedação de quaisquer formas de discriminação (artigo 3º inciso IV); no primado do princípio da igualdade (artigo 5º, X); na máxima eficácia dos direitos fundamentais (artigo 5º, §2º) e nos preceitos constitucionais relativos ao acesso às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde e sua relevância pública (artigos 196 e 197).

3. LEGITIMIDADE PASSIVA

Da mesma forma, não há dúvida quanto à legitimidade da União, da ANVISA e do Estado do Piauí para figurarem no pólo passivo desta Ação Civil Pública.

Com efeito, extrai-se da Constituição Federal que a União detém competência concorrente com os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (artigo 24, inciso XII), do que decorre que sua atuação a propósito de exercê-la limita-se a estabelecer normas gerais. No exercício desta competência, foi editada a Resolução – RDC nº 153, de 14 de junho de 2004, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério Público da Saúde.

A legítima para figurar no pólo passivo do Estado do Piauí é patente, pois o Centro de Hematologia e Hemoterapia do Piauí – HEMOPI é um órgão da Administração Pública Estadual responsável pelas políticas do sangue no Piauí, bem como por todo sangue coletado e transfundido no Estado.

Assim, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL propõe a presente Ação Civil Pública em face da UNIÃO FEDERAL, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária –

ANVISA é do ESTADO DO PIAUÍ, para que estas sejam compelidas a cessar a cessar suas condutas violadoras às normas constitucionais acima referidas, de modo a permitir a doação de sangue por homossexuais, e a vedação de se fazer perguntas em seus questionários relativos à orientação sexual do doador.

4. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Segundo o disposto no artigo 109, I, da Constituição Federal:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – As causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

Incontestável, portanto, a competência deste Juízo Federal para processar e julgar a presente demanda.

5. FUNDAMENTOS DA AÇÃO

Esta ação parte de uma premissa normativa inarredável, que por sua vez é condição necessária e suficiente do seu êxito: **o Estado brasileiro não pode discriminar pessoas em função de sua orientação sexual**. O princípio constitucional de dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), ilumina incisivamente o respeito incondicional que as instituições estatais devem manter pela moral particular dos indivíduos.

Se a Constituição Federal garante a inviolabilidade da vida privada como direito fundamental do indivíduo (artigo 5º, inciso X), não pode o Estado Brasileiro, que é democrático e de direito (CF, artigo 1º, caput), querer manipular os comportamentos íntimos dos seres humanos por um sistema de segregação, tratando-os de forma diferente e discriminando-os no seu *status* jurídico, apenas em virtude da opção sexual que escolheram para si.

Veja-se que, nos termos do artigo 3º, inciso IV, da Carta Maior, constitui objetivo da república Federativa do Brasil promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (princípio da não discriminação)**.

Partindo-se dessa premissa normativa fundamental, qual seja a de que as pessoas jurídicas estatais não podem discriminar brasileiros em virtude de sua orientação sexual, deixando-a irradiar sobre a leitura da legislação infraconstitucional e limpando os

nossos corações de qualquer preconceito, a procedência da presente ação será inexorável.

As pessoas, no exercício individual de sua liberdade de crença, pensamento e opinião, podem ser particularmente contrárias ao homossexualismo, já que cada um tem o direito de pensar o que bem entender. Contudo, diante do regime normativo albergado pela nossa Constituição federal em 1988, que marcou posição contra preconceitos, as instituições estatais brasileiras não podem ter outra postura, senão dispensar a todos os seus cidadãos igualdade de tratamento, independente do fato serem ou não homossexuais.

Deve ficar bem claro que o ministério Público Federal, como instituição propulsora da cidadania e defensora da ordem jurídica, não é contra e nem a favor do homossexualismo como modo de ser e de viver, nem lhe cabe exercer tal juízo de valor, **mas sim a favor do respeito pelas pessoas e contra as discriminações em virtude da orientação sexual.**

A propósito, cumpre trazer à baila a lição do **eminente Juiz Federal ROGER RAUPP RIOS**, lançadas em excelente monografia sobre o tema, *verbis*:

“No direito brasileiro, o princípio da igualdade formal, coerente com a vocação universal da norma jurídica, proíbe diferenciações fundadas na orientação sexual, impedindo a restrição a direitos fundada exclusivamente na homossexualidade.”¹

A consagração da inviolabilidade da vida privada como direito fundamental do indivíduo, somada à proibição de discriminação em virtude do sexo, à ausência de religião oficial e ao vetor de dignidade da pessoa humana, tudo isso será fundamental para concluirmos, sem sombra de dúvidas, que se impõe ao Estado Brasileiro um dever de abstenção, consistente em não negar direitos com base nos padrões da moral católica, vale dizer, que não se pode discriminar pessoas homossexuais, pelo só fato de terem escolhido, como modo de se viver, esta orientação sexual.

O Estado Social e Democrático de Direito, como se enquadra a República Federativa do Brasil, caracteriza-se pelo respeito à diferença e pela tolerância com as minorias, de modo a que todos os seres humanos possam desenvolver suas aptidões pessoais e exercerem, pacificamente, o direito constitucional a ser feliz. **O Estado não foi concebido para criar obstáculos à felicidade dos cidadãos, nem para impor a consagração de um determinado padrão de moral religiosa, ainda que por via indireta – negando direitos.**

Se a heterossexualidade é uma orientação sexual da maioria da população brasileira, nem por isso a minoria homossexual deve ser tratada como pecaminosa

¹ RIOS, Roger Raupp. “O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ou doentia, a ponto de o Estado fazer, como vem fazendo, discriminações gritantes na aquisição de direitos e no *status jurídico* desses indivíduos.

O próprio preâmbulo da Constituição Federal, que serve para orientar a interpretação de todos os seus dispositivos, enfatiza que o Estado Brasileiro destina-se a assegurar “*a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)*”.

O critério de discriminação é a orientação sexual. Os homossexuais não podem doar sangue e esse direito lhes é negado. Inexoravelmente, portanto, o critério para se permitir a doação de sangue a uns, negando-o a outros, é a orientação sexual das pessoas.

Nisso reside a violação ao princípio da igualdade: o Estado Brasileiro trata os cidadãos de forma diversa **sem que o critério de discriminação seja apoiado numa relevante razão lógica**. Afinal, o bem jurídico tutelado com essa discriminação é apenas um padrão moral de conduta, alicerçado sobre a idéia preconceituosa de que o homossexualismo encontra-se em “situação de risco acrescido”. O Estado Brasileiro, como pessoa jurídica que não se confunde com suas autoridades, como instituição que deve velar pelo igual tratamento dispensado a seus cidadãos, não pode valer-se de um código de ética moral para discriminá-los. A partir do momento em que vivemos num Estado de Direito, sendo separado de qualquer religião, que preza pelas liberdades individuais, cabe-lhe abrir os braços para o diferente, com tolerância e inclusão.

São irretocáveis as ponderações do Professor Alexandre de Moraes, quando ensina que, “*O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio poder executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possa criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, a obrigatoriedade ao intérprete, basicamente a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (...) Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade: limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. O legislador, no exercício de sua função constitucional, de edição normativa, não poderá afastar-se de do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, as normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal. O*

intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias.”²

Ressaltem-se as palavras lúcidas do eminente **Juiz Federal ROGER RAUPP**, em obra já citada:

“A proibição de discriminação em virtude da orientação sexual, engendrada pelo princípio isonômico, ordena que preconceito, desrespeito e intolerância não prevaleçam sobre o princípio fundamental de igualdade, alicerce indispensável para um convívio social que respeite a dignidade de cada ser humano.”

Cumpre salientar que não cabe ao Estado Brasileiro interferir no comportamento humano da sociedade civil com base na sua orientação sexual, querendo impor algum padrão moral de conduta aos particulares. Se o que fazem os particulares não prejudica a ninguém, só os fazem felizes, não cabe ao Estado interferir, discriminando pessoas (em clara violação ao princípio da igualdade) apenas porque não se comportam conforme os padrões morais de conduta ou opções de escolha de vida da maioria.

Quanto ao homossexualismo como doença, acordando para a realidade, desde 1985 o Conselho Federal de Medicina extirpou a homossexualidade do seu catálogo de doenças, comportamento que passou a ser considerado “normal” com a evolução do conhecimento científico.

A concepção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, como consta no preâmbulo de nossa Constituição, **que deve promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação**, sendo esse um dos objetivos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 3º, inciso IV, da CF, não pode incorporar uma leitura preconceituosa, excludente e restritiva do item 3.5.2., da Resolução nº 153/2004.

Importante não se esquecer do regime jurídico normativo estampado na Lei Máxima:

- a) que a cidadania e a dignidade da pessoa humana, ao lado do pluralismo político, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo que o ser humano homossexual é cidadão com os mesmos direitos e merecedor da mesma dignidade que o ser humano heterossexual;
- b) que, dentre os objetivos desta mesma República, estão o de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de

² MORAES, Alexandre de. “Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral”, São Paulo: Editora Atlas, 2003.

- discriminação, sendo que a redação aberta do dispositivo acolhe a vedação à discriminação por orientação sexual;
- c) que a República Federativa do Brasil caracteriza-se, até mesmo nas suas relações internacionais, pelo princípio da **prevalência dos direitos humanos** e toda a doutrina de proteção aos direitos humanos veda a discriminação em virtude da orientação sexual;
 - d) que **todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantido-se a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade;
 - e) que são invioláveis a intimidade, **a vida privada, a honra**, e a imagem das pessoas;
 - f) **que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si**, não se cabendo, lícitamente, o tratamento diferente e privilegiado em prol do brasileiro heterossexual, com relação ao brasileiro homossexual;
 - g) que, por tudo isso, retomando a premissa normativa fundamental desta ação, não cabe ao Estado Brasileiro, como instituição pública oficial, discriminar juridicamente as pessoas em virtude da orientação sexual que escolheram para si;
 - h) que o Estado Brasileiro não pode alicerçar suas práticas administrativas em padrões discriminatórios, querendo impô-los aos cidadãos com a negativa de direitos.

Há que se reconhecer uma esfera, na intimidade privada dos indivíduos, que as instituições oficiais não podem denegrir, **nem por via indireta, negando a aquisição de direitos.**

O Estado Brasileiro não pode pautar a sua conduta, como vem fazendo, fazendo imposição de restrições descabidas, inexistentes na lei, puramente alicerçadas no preconceito de que os homossexuais fazem parte de “grupo de risco”.

Não é preciso dizer que o Poder Judiciário tem uma elevada responsabilidade social pelo conteúdo de suas decisões. Prova incontestável disso vê-se nesta ação: julgada procedente, o preconceito social diminuirá e a violência gerada pela homofobia

também; julgada improcedente, infelizmente será dada chancela definitiva à voz da exclusão e do preconceito, com a eficácia inerente à autoridade da coisa julgada.

Cabe-lhe a importante missão de decidir se aceita a discriminação humana quanto a direito fundamental, inerente à cidadania, tão só em virtude da orientação sexual.

Saiba, Vossa Excelência, portanto, que a procedência da presente ação representará uma medida adequada e necessária para a promoção do respeito ao próximo, colaborando concretamente para que vidas humanas sejam salvas, contribuindo para o escopo magno da jurisdição, que é a pacificação social. Julgada improcedente fomentará ainda mais a proliferação do preconceito no meio social.

O preâmbulo da CF de 1988, como mensagem inaugural a quem vai tomar um primeiro contato com o texto, explica que os representantes do povo brasileiro se reuniram em Assembléia Nacional Constituinte *“para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.”*

Já dissemos que essa vedação viola o princípio da igualdade, fazendo preconceituosa distinção entre brasileiros heterossexuais e homossexuais para o fim de doação de sangue, apoiando essa discriminação no fator ilegítimo que é a orientação sexual do ser humano.

Já dissemos que essa vedação viola o princípio da liberdade no seu aspecto de liberdade de escolha, já que incita forçosamente as pessoas a escolherem parceiros heterossexuais, desestimulando a escolha do homossexualismo, como modo de ser e de viver a partir da negativa de direito da cidadania.

Dissemos também que essa vedação viola o valor de bem-estar dos indivíduos, constituindo óbice à consagração do direito constitucional à felicidade das pessoas que optaram pela homossexualidade, sem que nenhum benefício individual ou social justifique tamanha restrição.

O Poder Judiciário, como um dos três poderes do Estado, pode ajudar a salvar vidas, diminuindo o preconceito e, conseqüentemente, a homofobia, que é responsável por infundáveis agressões e assassinatos contra pessoas de orientação sexual diversa da padronizada, que é a heterossexual.

Uma decisão de procedência contribuirá para termos uma sociedade mais “**fraterna, pluralista e sem preconceitos**”: acabará com uma postura estatal baseada no preconceito pela orientação sexual, ajudando a integrar as pessoas homossexuais ao harmônico convívio social, prestigiando a inclusão, que é própria do amor fraterno, bem como aceitando a diferença, que é própria de uma sociedade pluralista.

A) NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS ORA TUTELADOS, TÍPICAMENTE DIFUSOS

A presente ação tutela o direito das pessoas indeterminadamente consideradas, difusamente espalhadas pela sociedade, de não sofrerem discriminações indevidas pelo Estado Brasileiro em virtude da orientação sexual que escolheram para si.

Estamos, portanto, diante de um típico interesse ou direito difuso, já que os seus titulares são pessoas indeterminadas, ligadas pela circunstância de fazer parte da população brasileira, sendo indivisível e transindividual.³

Cabe ao Ministério Público a proteção dos direitos difusos, atribuição que lhe fora dada pela Constituição Federal:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

B) DISCRIMINAÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL

A causa de pedir fática da presente demanda repousa na negativa dos homossexuais e bissexuais serem doadores de sangue, em clara violação aos princípios da liberdade e igualdade e do princípio da promoção da justiça social e vedação de discriminação. Portanto, ao agir dessa maneira, a União, a ANVISA e o Estado do Piauí incidem em discriminação não autorizada pela Constituição.

A propósito de atos discriminatórios inconstitucionais, o professor *José Afonso da Silva*, identifica duas possíveis situações: naquelas hipóteses em que o ato impõe “*obrigação, dever, ônus, sansão ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupo de pessoas*”, a solução será a declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório; já naqueles casos em que o ato outorga benefício *legítimo* a pessoas ou grupos, a solução está precisamente em estender o benefício aos discriminados:

³ A lei federal 8.078/1990, no seu artigo 81, parágrafo único, inciso I, traz a seguinte definição de interesses ou direitos difusos: “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.”

“São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional.

*Á duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. O ato é, contudo, constitucional e legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. **Como então resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem ao Poder Judiciário, caso por caso.**”⁴*

Inegável ainda, que o Poder Judiciário, desempenhando um papel de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais, já tem dado exemplos contundentes de um forte compromisso com a defesa da dignidade humana, rompendo com uma postura preconceituosa de inferiorização do outro. A propósito, cumpre destacar a seguinte ementa de julgamento pertinente ao tema:

PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ESTATUTÁRIA. MORTE DE COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA. INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. VEDAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO.

- I. A INEXISTÊNCIA DE NORMA QUE REGULE A SITUAÇÃO FÁTICA SOCIALMENTE RECONHECIDA, MAS QUE NÃO ENCONTRA PREVISÃO LEGAL NO ORDENAMENTO, NÃO SE FAZ BASTANTE PARA EXTINÇÃO DO PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, QUE, APENAS SE CARACTERIZARIA NA HIPÓTESE DE EXPRESSA VEDAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AO DEFERIMENTO DA PRETENSÃO DO LITIGANTE.
- II. É RECONHECIDO PELA DOUTRINA O FATO DE QUE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS APRESENTAM LACUNAS, QUE SE TORNAM MAIS EVIDENTES NOS DIAS ATUAIS, EM VIRTUDE DO DESCOMPASSO ENTRE A ATUALIDADE LEGISLATIVA E O

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1996. P. 222.

- CÉLERE PROCESSO DE TRANSFORMAÇÕES POR QUE PASSA A SOCIEDADE, DE MODO QUE CABE AO JUIZ, DIANTE DE CONTROVÉRSIAS ÀS QUAIS FALTE A NORMA ESPECÍFICA QUE SE LHE APLIQUE BUSCAR A INTEGRAÇÃO ENTRE DIREITO E REALIDADE, AMPARANDO-SE NOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO, E, MORMENTE, COMO É O CASO, FAZENDO USO DO MÉTODO DA ANALOGIA, EVITANDO, ASSIM, O NON LIQUET.
- III. A LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA APLICÁVEL AOS SERVIDORES PÚBLICOS, REGIDA PELA LEI Nº 8.112/90, PREVÊ A CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE AO CÔNJUGE, COMPANHEIRO DO DE CUJUS, SEM QUALQUER CEDAÇÃO EXPRESSA A QUE ESTES SEJAM DO MESMO SEXO.
- IV. O ARTIGO 226, §3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESGRIMIDO PELA AUTARQUIA APELANTE COMO NORMA PROIBITIVA AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À PENSÃO EM COMENTO, CUIDA ESPECIFICAMENTE DA FAMÍLIA E DAS RELAÇÕES DE CASAMENTO, NÃO VISANDO A REGULAR MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA QUE É TRATADA EM CAPÍTULO PRÓPRIO DA LEX MATER.
- V. **A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ERIGIU O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COM POSTULADO FUNDAMENTAL, COM APLICAÇÃO ESPECÍFICA EM RELAÇÃO A PROTEÇÃO REFERENTE A DISCRIMINAÇÕES QUANTO À GÊNERO, CONSOANTE O DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, INCISO V, 5ª, INCISO I, E 7º, INCISO XXX, TODOS DA CARTA MAGNA, SENDO POR ISSO VEDADAS DISTINÇÕES DE QUALQUER NATUREZA, EM RAZÃO DA OPÇÃO SEXUAL DO INDIVÍDUO.**
- VI. O RECONHECIMENTO DO DIREITO À PENSÃO PREVIDENCIÁRIA PARA COMPANHEIRO (A) DE HOMOSSEXUAL, NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, CCONSUBSTANCIADO NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 25, DE 07 DE JUNHO DE 2000, EDITADA PELO INSS, PODE SER UTILIZADA, POR ANALOGIA, PARA A CONCESSÃO DE TAL BENEFÍCIO AOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.
- VII. EXAUSTIVAMENTE COMPROVADA PELO PROMOVENTE, INCLUSIVE ATRAVÉS DE PROVA DOCUMENTAL, A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EM RELAÇÃO AO DE CUJUS, CONSEQUÊNCIA DIRETA AO DESFAZIMENTO DE ATIVIDADE COMERCIAL PRÓPRIA, EM FACE DO PROJETO DE VIDA EM COMUM, TAMBÉM CABALMENTE DEMONSTRADO.
- VIII. PREENCHIDAS PELO AUTOR, DIVERSAS EXIGÊNCIAS CONSTANTES DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SUSO MENCIONADA, E SENDO-LHE VEDADO MATERIALIZAR OS DEMAIS ITENS, POR

OBSTRUÇÃO DO PRÓPRIO PODER PÚBLICO, QUE NÃO ADMITIRIA SUA INSCRIÇÃO NA FICHA CADASTRAL DO ÓRGÃO PATRONAL, É DE LHE SER CONCEDIDO O DIREITO À PENSÃO REQUERIDA.

IX. A IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO DEVE SER RETROATIVA À DATA DO ÓBITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 215 DA LEI Nº 8.112/90, SENDO MANTIDOS OS JUROS DE MORA À TAXA DE 0,5% (MEIO POR CENTO), A PARTIR DA CITAÇÃO, E OS HONORÁRIOS EM 10% (DEZ POR CENTO) DO VALOR DA CONDENAÇÃO.

X. APELAÇÃO E REMESSA IMPROVIDAS.

(TRF 5º Região – 1ª Turma, AC 238842 rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, j. 30.08.01, DJU 13.03.02, p.1163)

6. DA TUTELA ANTECIPADA

É certo que o Código de Processo Civil, no artigo 273, possibilita à parte a feitura do requerimento de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que exista prova inequívoca de verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

As considerações feitas na fundamentação bem evidenciaram a existência do requisito da “inequívoca verossimilhança”. É fato incontroverso que homossexuais e bissexuais em razão da Resolução nº 153, são impedidos de doar sangue, em evidente afronta ao princípio da igualdade, do compromisso com a dignidade da pessoa humana e da vedação da discriminação em razão da orientação sexual. A negativa formal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, e do Centro de Hematologia e Hemoterapia do Piauí – HEMOPI, órgão da Administração Pública Estadual responsável pela coleta de sangue, em permitir a doação de sangue dos homossexuais e bissexuais é prova inequívoca disso.

O *periculum in mora* qualificado no artigo 273 do CPC é igualmente evidente na medida em que diversas pessoas encontram-se na situação descrita. Sendo certo que os estoques dos bancos de sangue permanecem reduzidos, a única forma que os homossexuais e bissexuais têm de ajudar a salvar a vida de amigos, familiares ou terceiros é mentir sobre sua opção sexual. Aguardar-se o término da ação judicial, além de implicar a persistência na violação de direitos fundamentais, significa inviabilizar a possibilidade de mais doações de sangue.

7. DO PEDIDO FINAL

Diante do exposto vem o Ministério Público requerer:

- a) Em sede liminar, a concessão de **tutela antecipada** para o fim de determinar à União Federal e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA que passe a **considerar** homossexuais e bissexuais como legitimados a doar sangue, cessando o caráter discriminatório da resolução nº 153/2004, item 3.5.2.7.2 – Situações de Risco Acrescido; **edite**, no prazo de 30 (trinta) dias, ato administrativo em que reproduza os termos da decisão judicial e **encaminhe**, no mesmo prazo, cópia deste ato para todos os hemocentros do país; determinação ao Estado do Piauí para que ordene o Centro de Hematologia e Hemoterapia do Piauí – HEMOPI a fazer a coleta de sangue de homossexuais e bissexuais, bem como proceda à vedação de se fazer perguntas, na entrevista feita antes do processo de doação, que visem identificar a orientação sexual do doador;
- b) A citação dos requeridos, para, querendo, contestar a presente ação e acompanhá-la em todos os seus termos até o final da pendência;
- c) O requerente protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a prova documental apresentada com esta exordial;
- d) Ao final, julgue procedentes os pedidos formulados na presente ação, nos termos e pedidos da pretensão anteriormente exarada, condenando os requeridos no ônus da sucumbência.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (Dez Mil Reais).

Termos em que,
Pede deferimento.

Teresina, 11 de abril de 2006

TRANVANVAN DA SILVA FEITOSA
Procurador da República

Anexo 4**IDENTIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO**

TRIBUNAL: 2ª REGIÃO

ACÓRDÃO NUM: 20030671447 DECISÃO: 02/12/2003

TIPO: RO01 NUM:02460 ANO:2003

NÚMERO ÚNICO PROC: RO01 – 02460-2000-016-02-00

RECURSO ORDINÁRIO

TURMA: 3ª

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª TURMA

FONTE: DOE SP, PJ, TRT 2ª Data: 09/01/2004

PARTES

RECORRENTE(S): ADIR TAILOR RAMOS

RECORRIDO(S): SO GO DISCO BAR LTDA.

RELATOR

SÉRGIO PINTO MARTINS

REVISOR (A)

SÍVIA REGINA PONDÉ GALVÃO DEVONALD

EMENTA

Dano moral. Divulgação de foto na internet. O reclamante autorizou a cessão de sua imagem para divulgação na Internet. Até mesmo recebeu numerário para esse fim. O fato de o reclamante trabalhar em local destinado a homossexuais não quer dizer que também o seja. Se trabalhava no local como barman, assumiu o risco de o r com homossexual. A caracterização de a pessoa ser homossexual é revelada pelas suas atitudes, pelo modo de se portar e não em razão de trabalhar em certo lugar. Desta forma, não se pode falar em Dano moral, pois autorizou à divulgação de sua foto na Internet, não existindo agressão à sua imagem, intimidade, honra e vida privada.

DECISÃO

Por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao apelo para determinar o pagamento de multa diária normativa por falta de anotação da CTPS até o efetivo registro, na forma do pedido. Mantém-se o valor da condenação.

INDEXAÇÃO

DANO MATERIAL E MORAL, Geral

IDENTIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO

TRIBUNAL: 2ª REGIÃO

ACÓRDÃO NUM: 20060694159 DECISÃO: 04/10/2005

TIPO: RO01 NUM: 00742 ANO: 2004

NÚMERO ÚNICO PROC: RO01 – 00742-2002-019-02-00

RECURSO ORDINÁRIO

TURMA: 6ª

ÓRGÃO JULGADOR – SEXTA TURMA

FONTE

DOE SP, PJ, TRT 2ª Data: 14/10/2005

PARTES

RECORRENTE(S):

LABORAT BIOQ DE ANÁLISES CLIN JARDIM PTA

RECORRIDO(S):

PAULO SÉRGIO GOMES DE MELO

RELATOR

VALDIR FLORINDO

REVISOR (A)

IVANI CONTINI BRAMANTE

EMENTA

OPÇÃO SEXUAL. DEMISSÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. In casu, não restam dúvidas de que a ré lesou a honra do recorrido, pois ainda que a dispensa tenha se dado sob o manto de imotivada, em verdade, não passou de uma atitude totalmente arbitrária. O preconceito sexual de seus prepostos violou o disposto no inciso IV, do artigo 3º da Carta Magna, a merecer indenização por dano moral. Com efeito, não se pode negar que a dispensa de um trabalhador constitui em direito subjetivo do empregador que, a qualquer momento, e pagando-lhe os direitos correlatos, pode por fim ao liame empregatício mantido entre as partes. Contudo, não pode valer-se de seu poder potestativo para praticar atos discriminatórios como os descritos nos autos em epígrafe, causando gravame ao empregado, em seus direitos personalíssimos. Discriminar o que se convencionou fora dos “padrões normais” é comum em nossa sociedade (aliás, afirmar o contrário seria hipocrisia!), não obstante nos dias de hoje, as atitudes não sejam tão ostensivas como no passado. Contudo, não há como o Poder Judiciário tolerar abusos dessa ordem e o legislador não pode mais manter-se insensível à necessidade de regulamentação da matéria em comento. O homossexual não pode ser marginalizado pelo simples fato de direcionar sua atenção para outra pessoa do mesmo sexo, já que sequer pode-se precisar o que define a opção sexual do ser humano: se fatores biológicos, psicológicos ou até mesmo ambos. De todo acerto e procedência, é a

decisão de primeiro grau, que censurou a atitude da recorrente. Não há razão alguma ou argumento que possa retirar a condenação.

DECISÃO

Por maioria de votos, vencido Juíz Roberto Barros da Silva, que dá ao apelo, negar-lhe provimento, para manter a r. sentença de origem, nos termos da fundamentação.

INDEXAÇÃO

DANO MORAL E MATERIAL, Geral provimento

IDENTIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO

TRIBUNAL: REGIÃO

DECISÃO: 28/03/2006

TIPO: RO NUM: 00641 ANO: 2005

NÚMERO ÚNICO PROC: RO – 00641-2005-012-03-00-0

TURMA: SEGUNDA TURMA

Inteiro Teor

FONTE

DJMG DATA: 12-04-2006 PG: 6

PARTES

RECORRENTES(S): A S C e G N e G N

Telemar Telenorte Leste S.A.

RECORRIDO(S): OS MESMOS E

Fundação Sistel de Seguridade Social

RELATOR

Antônio Gomes de Vasconcelos

EMENTA

UNIÃO HOMOSSEXUAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. A existência de relação homossexual entre o segurado e o beneficiário da previdência social não é fator determinante para o reconhecimento da condição de dependente nos termos da Lei 6858/80, segundo a qual a condição de dependente se estabelece em razão da vinculação econômica entre aquele e o segurado. Por outro lado, ainda que inexistia, atualmente, a possibilidade do casamento entre homossexuais, a Instrução Normativa INSS/DC nº 25,

de 07 de junho de 2000, não padece de inconstitucionalidade quando prevê a “concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual”. Os critérios da dependência econômica ou da coabitação adotados pela gestora de sistema de Previdência Complementar – cujas normas prevêem explicitamente: “quaisquer pessoas que vivam comprovada e justificadamente sob a dependência econômica do contribuinte” (art. 7º., PBS) ou o companheiro ou a companheira de contribuinte “desde que comprovada a coabitação em regime marital por lapso de tempo superior a 05 anos consecutivos” (art. 9º., PSB) – não encontra, portanto, óbice jurídico. Assim, quer seja pelo critério da dependência econômica que se presume ante o seu reconhecimento pelo INSS, quer seja pelo critério da existência de coabitação homossexual entre o recorrente e o “de cujus”, (ex-empregador), por período muito superior a 05 (cinco) anos, o primeiro faz jus aos créditos de aposentadoria por invalidez não recebidos em vida, por se tratar de direitos decorrentes da relação de emprego (art. 1º., 6858/80).

DECISÃO

A Turma, unanimemente, determinou sejam alterados os registros cadastrais, para que constem apenas as iniciais do nome do autor e de seu companheiro em todas as publicações referentes ao feito, atendendo ao pedido explícito feito na inicial e ratificado na tribuna; sem divergência, conheceu de ambos os recursos, negou provimento ao da segunda reclamada e, por maioria de votos, vencido, em parte, o Exmo. Juiz Jales Valadão Cardoso, deu parcial provimento ao apelo do reclamante para declarar sua condição de beneficiário do Sr. G. N., para fim de recebimento dos valores correspondentes à aposentadoria por invalidez não recebida em vida pelo segurado, no valor declinado na inicial. Custas pelas reclamadas no importe de R\$ 864,33, calculadas sobre R\$ 43.216,56, valor arbitrado à condenação.

Anexo 5

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO DE ACORDO JUDICIAL

Pelo presente instrumento, de um lado o

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PELO Procurador Regional dos Direitos do Cidadão infra-assinado, e as organizações da sociedade civil já qualificadas nos autos, neste ato representadas por seus advogados;

INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL;

CENTRO DE DIREITOS HUMANOS;

ASSOCIAÇÃO DA PARADA DO ORGULHO DOS GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS E TRANSGÊNEROS DE SÃO PAULO;

ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO – AIESSP;

AÇÃO BROTAR PELO CIDADANIA E DIVERSIDADE SEXUAL – ABCDS;

IDENTIDADE – GRUPO DE AÇÃO PELA CIDADANIA HOMOSSEXUAL;

doravante denominados simplesmente **AUTORES**;

e de outro **TV ÔMEGA LTDA.**, neste ato representado por sua procuradora, Dra. Virgínia da Silveira Galante Fraga, inscrita na OAB/SP sob o nº 195.488, que declara, sob responsabilidade criminal, ter poderes para prática deste assento, doravante denominada simplesmente **RÉ**;

celebram o presente acordo, em plantão judicial, com fundamento no artigo 269, inciso III, do Código de Processo Civil, relativamente aos autos da Ação Civil Pública nº 2005.61.00.24137-3, distribuída perante a 2ª Vara Federal Cível da subseção Judiciária de São Paulo, para pôr fim ao processo com julgamento de mérito, nos seguintes termos:

CLÁUSULA PRIMEIRA. A Ré acima indicada se obriga a:

- a) Exibir em rede nacional (NET) 30 programas com conteúdo de direitos humanos, apresentados pelos Autores em formato Betacam, se segunda a sexta-feira, no horário das 17 às 18 horas, no período de 05 de dezembro de 2005 a 13 de janeiro de 2005;
- b) Se abster de exibir, durante a exibição dos programas indicados na alínea anterior, qualquer intervalo comercial ou campanha publicitária;

- c) Depositar em conta-corrente a ser indicada pelos Autores, à título de verba de produção dos programas referidos na alínea anterior, a importância de R\$ 200.000,00 (Duzentos Mil Reais), em dezesseis parcelas iguais de R\$ 12.500,00 (doze Mil e Quinhentos Reais), com vencimento nos dias 30 e 10 de cada mês, à partir do dia 30 de novembro de 2005;
- d) Depositar, na conta-corrente do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, instituído pela Lei Federal nº 7.347/85, a importância de R\$ 400.000,00 (Quatrocentos Mil Reais), em vinte parcelas de R\$ 20.000,00 (Vinte Mil Reais), monetariamente corrigidas pelo índice IPCA-IBGE, com vencimento nos dias 10.07.06, 10.08.06, 10.09.06, 10.10.06, 10.03.07, 10.04.07, 10.05.07, 10.06.07, 10.07.07, 10.08.07, 10.09.07, 10.10.07, 10.03.08, 10.04.08, 10.05.08, 10.06.08, 10.07.08, 10.08.08, 10.09.08 e 10.10.08;
- e) Se abster de exibir, no quadro “Pegadinhas” ou outro similar, xingamentos ou palavras de baixo calão;
- f) Se abster de exibir, no quadro “Teste de Fidelidade” ou outro similar, xingamentos e ofensas morais ou físicas à mulheres, homossexuais, afrodescendentes, idosos, pessoas com deficiência, indígenas, crianças e adolescentes;
- g) Cumprir fielmente a classificação indicativa realizada pelo Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação – DJTCQ, órgão integrante da Secretaria Nacional de Justiça;
- h) Desistir, no prazo de 24 horas da homologação judicial do presente acordo, do agravo de Instrumento nº 2005.03.00.089359-2, interposto perante o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e distribuído pelo Desembargador Carlos Muta, e de qualquer recurso que impugne o objeto da presente ação.

Parágrafo único: O atraso não superior a dois dias úteis no depósito dos valores referidos nas alíneas “b” e “c” da presente cláusula não importarão na incidência da multa prevista na cláusula terceira, desde que a mora não se repita por mais de dois meses consecutivos.

CLÁUSULA SEGUNDA. Os Autores, por seu turno, obrigam-se a:

- a) Entregar, na sede da emissora, no departamento de cinema, os programas de direitos humanos produzidos nas condições indicadas na alínea “a” da cláusula primeira;
- b) Se abster de fazer, nos programas de direitos humanos acima referidos, referências ou comentários negativos à emissora;
- c) Utilizar os recursos referidos na alínea “b” da cláusula primeira exclusivamente na produção, criação e edição dos programas de direitos humanos acima referidos, sendo facultados à Ré, exigir, a qualquer tempo, a prestação de contas dos valores gastos;

- d) Requerer, após homologação judicial do presente acordo, a imediata e urgente revogação da decisão que ordenou a interrupção do sinal da emissora;

Parágrafo único: Na eventualidade da fita entregue à emissora apresentar algum defeito de ordem técnica que comprometa a qualidade do material a ser exibido, a emissora deverá repetir o programa divulgado no dia útil imediatamente anterior.

CLÁUSULA TERCEIRA. Na hipótese de descumprimento de quaisquer das obrigações contidas no presente termo, haverá a incidência de multa cominatória no valor de R\$ 50.000,00 (Cinquenta Mil Reais), por dia de descumprimento, sem prejuízo da execução judicial da obrigação inadimplida.

CLÁUSULA QUARTA. O presente termo produzirá seus regulares efeitos a partir da homologação pelo juízo, e constitui, para todos os fins, título executivo judicial, nos termos do artigo 584, inciso III, do Código de Processo Civil.

Parágrafo único: A celebração do presente acordo não importa em reconhecimento do pedido pela Ré da ação.

CLÁUSULA QUINTA. Os Autores desistem expressamente da ação em relação aos réus JOÃO FERREIRA FILHO e UNIÃO, não se aplicando o §4º do art. 267 do Código de Processo Civil, porque ainda não decorrido o prazo para resposta, não importando, a desistência, de forma alguma, em renúncia ao direito em relação aos dois réus acima indicados.

E, por estarem justos e acordados, celebram o presente termo, o qual deverá ser submetido à homologação judicial de imediato, pondo fim ao processo judicial, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inciso III, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 15 de novembro de 2005.

SERGIO GARDENGHI SUIAMA
Procurador da República
Procurador Regional dos Direitos do Cidadão

FERNANDO OLIVEIRA CAMARGO
OAB/SP 144.638

PAULO TAVARES MARIANTE
OAB/SP 89.915

VIRGÍNIA SILVEIRA GALANTE FRAGA
OAB/SP 195.488
Advogada TV Ômega

Anexo 6

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO
Rua Peixoto Gomide, 768- São Paulo (SP)

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DE UMA DAS VARAS CÍVEIS
DA SUBSEÇÃO DE SÃO PAULO.**

“A que não obrigas os corações humanos, ó fome maldita de ouro?”
(Vergílio, Eneida III, 57)

“Assim como o Pato Donald nos *cartoons*, assim também os
desgraçados na vida real recebem sua sova para que os espectadores
possam se acostumar com a que ele próprios recebem.”
(Adorno e Horkheimer, Dialética do Esclarecimento)

“- Queria dizer ao telespectador que mais de 22 milhões de pessoas
estão vendo a gente.”
(João Kleber, durante a exibição do programa Eu vi na TV)

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelos Procuradores da República infra-assinados, e as organizações da sociedade civil **INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL**,¹ associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob número 06040910/0001-84, sediada nesta capital na Rua Heitor de Souza Pinheiro, 300 – Portal do Morumbi – São Paulo – SP, neste ato representada pelo advogado que subscreve a presente inicial; **CENTRO DE DIREITOS HUMANOS**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o número 3895316/0001-87, sediada nesta capital na Rua Aracajú, 124 – 2o andar – Centro – São Paulo – SP, neste ato representada pelo advogado que subscreve a presente inicial **ASSOCIAÇÃO DA PARADA DO ORGULHO DOS GAYS, LÉSBICAS, BISEXUAIS E TRANSGÊNEROS DE SÃO PAULO**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o número 03308506/0001-50, sediada nesta capital na Rua Pedro Américo, 32 – 13º andar – Vila Buarque – São Paulo – Sp, neste ato representada pelo advogado que subscreve a presente inicial; **ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO – AIESSP**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o número 04188689/0001-80, sediada nesta capital na Avenida Dr. Altino Arantes, 83 – Vila Clementino – São Paulo – SP, neste ato representada pelo advogado que subscreve a presente inicial; **AÇÃO BROTAR PELA CIDADANIA E DIVERSIDADE SEXUAL – ABCDS**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o número 07339979/0001-76, sediada na Rua Marechal Floriano, 255 – Vila Gilda – Santo André – SP, neste ato representada pelo advogado que subscreve a presente inicial; e **IDENTIDADE – GRUPO AÇÃO PELA CIDADANIA HOMOSSEXUAL**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o número, sediada EM Campinas, na Rua 11 de agosto, 260 – sobreloja; vêm respeitosamente à presença de Vossa Excelência propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

em face da **TV ÔMEGA LTDA.**, empresa concessionária² do serviço público federal de radiodifusão de sons e imagens, **estação geradora da REDE TV!**, inscrita no CNPJ sob o número 02.131.538/0001-60, sediada nesta subseção judiciária, no Município de Barueri – SP, na Rua Bahia, 205 – Alphaville; **JOÃO FERREIRA FILHO**, também conhecido como **JOÃO KLEBER**, brasileiro, portador da cédula de identidade RG nº. 9.972.108-6, o qual poderá ser encontrado em um dos seguintes endereços: a) Alameda Tietê, 288 – 2º andar – Jardins – São Paulo – SP; b) Rua Bahia, 205 – Alphaville – Barueri – São Paulo – SP; e **UNIÃO FEDERAL**, pessoa jurídica de direito público, a qual poderá ser citada por intermédio de seus advogados, na Avenida Paulista, 1804 –

¹ As procurações, estatutos e atas da assembléia de constituição das associações civis estão juntados no doc.01.

² O contrato de concessão da emissora está juntado no doc.02.

20º andar – Cerqueira César – São Paulo – SP; pelas seguintes razões de fato e de direito:

DOS FATOS

Não é de hoje que os programas dirigidos e apresentados pelo réu JOÃO KLEBER na REDE TV são conhecidos por exibirem cenas de humilhação a pessoas do povo, instigação da violência contra grupos discriminados e exploração da miséria humana, em todas as suas formas³.

Nas listas de programas que mais violam os direitos da pessoa, desde 2004 publicadas pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados⁴, os programas comandados por JOÃO KLEBER têm lugar cativo. Aparecem em TODAS elas, à exceção de uma. Em quatro sistematizações, o apresentador é o líder absoluto do nomeado “ranking da baixaria”.

A violação explícita e reiterada a direitos fundamentais é promovida pelo mais torpe⁵ dos fins: a obtenção do lucro fácil, auferido com a venda da audiência a um punhado de anunciantes, que parecem não se incomodar em ver a imagem de seus produtos associada a cenas vexatórias e infamantes.

Na disputa por pontos do ibope instituiu-se neste Estado de Direito o vale-tudo entre as emissoras comerciais. Vale expor crianças deformadas, exibir mulheres sendo espancadas, pregar linchamentos de suspeitos, ridicularizar pobres, gays, idosos e deficientes físicos. Só mesmo a Constituição brasileira nada vale, já que é diariamente vilipendiada em comunicações como as feitas por JOÃO KLEBER.

³ Algumas das denúncias recebidas contra o programa estão juntadas no doc. 03.

⁴ Doc. 04.

⁵ O cometimento de crime “mediante paga ou promessa de recompensa” é considerado motivo torpe pelo art. 121, 2º, I, do Código Penal, e constituir circunstância agravante da pena no concurso de agentes, segundo preceitua o art. 62, inciso IV, do mesmo Código. As normas evidenciam que a ordem jurídica brasileira considera altamente censurável o cometimento de qualquer ato ilícito motivado pela busca do lucro.

Por certo não é o apresentador o único vaníloquo a promover a destruição simbólica – diante de milhões de espectadores – dos valores que fundam qualquer Estado que se declara republicano. Mas o réu e a emissora que lhe dá suporte são certamente os maiores responsáveis⁶ pelo festival de agressões a que todos nós, cidadãos brasileiros estamos expostos quando sintonizamos um canal comercial de televisão.

Convém apresentar desde logo os fatos específicos que constituem a causa de pedir da ação, para que Vossa Excelência possa ver, por si próprio, por que o Ministério Público Federal vê-se obrigado a vir a juízo. Para facilitar a consulta, cenas que ilustram o que se adiante será exposto foram reunidas em dois anexos CD-R's⁷.

JOÃO KLEBER apresenta atualmente dois programas na emissora ré: “EU VI NA TV”, levado ao ar às segundas-feiras, às 23:30 horas, e “TARDE QUENTE”, veiculado de segunda à sexta-feira às 17 horas, e aos sábados. A partir das 18 horas.

“EU VI NA TV” exhibe o famigerado “teste de fidelidade”, no qual mulheres que “traíram” os namorados são agredidas em pleno palco⁸, para o deleite da platéia.

O outro programa – “TARDE QUENTE” – veicula, na visão dos dois primeiros Réus, as “melhores e mais engraçadas⁹ *pegadinhas da TV brasileira*”¹⁰.

⁶ A afirmação é estatisticamente mensurável: dos quatro programas de maior audiência da emissora ré, três deles (“PÂNICO NA TV”, “EU VI NA TV” e “SUPERPOP”) foram objeto de reclamações fundamentadas endereçadas ao Ministério Público e à Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

⁷ A cópia integral dos programas em que foram selecionadas está nas fitas VHS também anexadas aos autos. A produção do CD-Rom só foi possível graças ao trabalho voluntário de WELLINGTON COSTA, da ONG INTERVOZES, subscritora da ação.

⁸ Em outro procedimento (número 1.34.001.006697/2004-11), a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão de São Paulo apura a violação de direitos da mulher pelo programa EU VI NA TV. Há autos daquele procedimento gravação na qual o namorado supostamente “traído” xinga e chuta uma jovem, assistido por milhares de telespectadores.

⁹ Data de quase 50 anos a crítica lúcida de Adorno e Horkheimer à “diversão” proporcionada pela indústria cultural: “Rimos do fato de que não há nada de que se rir. (...) Rir-se de alguma coisa é sempre

Trata-se, na verdade, de uma interminável seqüência de zombarias feitas a passantes, supostamente incautos. Poderia ser objeto menoscabos, não fosse a ofensa a dois valores elementares em qualquer sociedade civilizada: o direito à não-discriminação e a dignidade humana. Vejamos.

1. Discriminação em razão da orientação sexual¹¹.

Ao menos um terço das chacotas levadas ao ar no programa TARDE QUENTE faz referência explícita à orientação sexual dos personagens da cena.

Os títulos de algumas gravações recolhidas falam por si: **“Bicha atrevida faz pedestre se passar por gay e apanha”**; **“Bichas fazem festa no banheiro, irritam as pessoas e apanham”**; **“Acha que vai ser servido por ‘gostosa’ mas é travesti”**; **“Ator insiste que pedestre é gay e acaba apanhando”**; **“Repórter faz pedestre passar por marido de travesti e apanha”**.

Há duas situações distintas nas chacotas exibidas: a) o **“ator”**, travestido de um tosco estereótipo do que a ideologia dominante crê ser **“o homossexual”**, assedia moral e fisicamente os participantes da cena, provocando-lhes reações de repulsa e violência; b) o **“ator”** insulta os passantes chamando-lhes de **“bixa”**, **“veado”** e **“boiola”**, todos conhecidos disferismos empregados para inferiorizar homossexuais do sexo masculino, como registra o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*¹².

ridicularizar, e a vida que, segundo Bergson, rompe com o riso a consolidação dos costumes, é na verdade a vida que irrompe barbaramente, a auto-afirmação que ousa festejar numa ocasião social sua **liberação do escrúpulo. Um grupo de pessoas a rir é uma paródia da humanidade. São mônadas, cada uma das quais se entrega ao prazer de estar decidida a tudo às custas dos demais e com o respaldo da maioria.**” (“A indústria cultural” in *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*, Rio de Janeiro, Zahar, 1985, pp. 131-132).

¹⁰ A afirmação está no site da emissora (www.redetv.com.br).

¹¹ Os pareceres juntados aos autos (doc 05) corroboram o que será adiante falado.

¹² **“Veado”**: “Derivação: sentido figurado. Regionalismo: Brasil. Uso: tabuísmo. Homossexual do sexo masculino. *O uso desta palavra, no Brasil, em sentido tabuístico e frequentemente disfermico, não está explicado satisfatoriamente*”; **“Bicha”**: “adjetivo e substantivo de dois gêneros. Uso: informal. Diz-se de ou indivíduo efeminado”; **“Boiola”**: “substantivo masculino. Regionalismo: Rio de Janeiro. Uso: informal, *tabuísmo*. 1. homossexual do sexo masculino”.

Ilustram a primeira situação dos seguintes *sketches*:

Machão à paisana tira sarro e apanha de pedestre”¹³

Resumo: “Machão” assusta mulheres, dizendo ser policial, revista bolsas, joga as coisas no chão, e depois usa batom. Em seguida se faz passar por homossexual, dando gritos. Diz que “vai encontrar com seu bofe”. Chama algumas mulheres de “trouxa”.

“Acha que vai se dar bem com gostosa e bate em folgado”¹⁴ Resumo: Jovem loira oferece a passantes “*test-drive* de camisinhas”, mas depois chega ator do sexo masculino, e agarra o participante à força, enquanto lhe pergunta se é “ativo ou passivo”.

Bicha atrevida faz pedestre se passar por gay e apanha”¹⁵

Resumo: Ator pede que passante leia bilhete em que está escrito “eu sou gay”. Quando o passante lê, ator passa a assediá-lo, fingindo ser estereótipo de homossexual. Para um participante diz: “você chupa bastante, não chupa?” Vários participantes batem no ator.

“Bixas fazem festa no banheiro, irritam as pessoas e Apanham”¹⁶

Resumo: Atores travestidos dizem para participante que está em “inauguração de banheiro gay”. Em seguida o assediam e o agarram.

¹³ Cena exibida no dia 04.08.03.

¹⁴ Cena exibida no dia 04.08.03.

¹⁵ Cena exibida no dia 04.08.03.

¹⁶ Cena exibida no dia 05.08.03.

“Quer se dar bem com gostosa, mas acaba se dando mal”¹⁷ Resumo: Atriz loira pede para passante segurar pano escuro para que possa mudar de roupa. Atriz troca de papel com estereótipo de homossexual, que assedia e agarra participante. Homem agride fisicamente estereótipo. Comentário João Kleber: “A loira sai e entra a bichinha”.

“Acha que vai ser servido por ‘gostosa’ mas é travesti”¹⁸ Resumo: Garçonete de restaurante é travesti, que assedia e agarra participantes.

“Vai engraxar o sapato, leva xaveco e fica furioso”¹⁹ Resumo: Ator passa a mão na perna de homens, assediando-os.

“Pensa que vai receber massagem de loira e fica furioso”²⁰ Resumo: Participante acha que será massageado por jovem loira, mas quando deita na maca é atendido por estereótipo de homossexual, que o agarra à força.

“Cliente pede rabada... mas quando vai comer, a rabada é outra”²¹

Resumo: Participante pede, em um restaurante, uma “rabada”, e em seguida é assediado por estereótipo de homossexual.

“Vai comprar engate e é ‘engatado’ por machão”²²

¹⁷ Cena exibida no dia 22.09.03.

¹⁸ Cena exibida no dia 22.09.03.

¹⁹ Cena exibida no dia 06.10.03.

²⁰ Cena exibida no dia 13.10.03.

²¹ Cena exibida no dia 01.08.05.

²² Cena exibida no dia 04.08.03.

Resumo: Participante vai a uma oficina para comprar um “engate” (peça de automóvel) e é agarrado por trás por estereótipo de homossexual.

São exemplos da segunda situação as seguintes encenações:

“Folgado fala que pedestre é ‘gay’ e apanha”²³

Resumo: Ator pergunta para dois homens o que acham da adoção de crianças por homossexuais. Se o participante responde que é a favor, ator pergunta se “vai adotar um menino ou uma menina”, “quem é a mamãe e quem é o papai” e “se você é a mulher dele”. Os participantes se ofendem e agredem o “entrevistador”. Comentário do João Kleber: “Que é isso??! Chamou os caras de ‘casalzinho gay’!!”;

“Folgado confunde pedestre e acaba apanhando”²⁴

Resumo: “Ator” belisca as nádegas dos passantes. Quando reagem, diz: “desculpe, pensei que você fosse meu amigo Zé. É que ele rebola assim, meio baitola, como você”; e “é que você parece o Zé, um amigo meio veadinho como você”.

“Falsa pesquisa engana pedestre e se dá mal”²⁵

Resumo: Ator pergunta a passantes: “queria saber por que todo veado é surdo”.

“Folgado faz piadinha sem graça e apanha de pedestre”²⁶

Resumo: Ator pergunta a pedestre: “- o que

²³ Cena exibida no dia 04.08.03.

²⁴ Cena exibida no dia 05.08.03.

²⁵ Cena exibida no dia 05.08.03.

²⁶ Cena exibida no dia 05.08.03.

é marrom por fora, branca por dentro, e sangra”. Participante não sabe, e ator responde que é a mandioca. Participante não entende, e ator diz: “você já sentou em cima de uma, para saber se não sangra?”. Para um pedestre, ator diz: “esse baitola acha que é macho”.

“Ator insiste que é gay e acaba apanhando”²⁷

“Foi sacanear pedestre e apanhou”²⁸

Resumo: “Ator” aperta a mão de passantes, dizendo: “Fui de automóvel e voltei de avião; você é o primeiro viado que pega hoje na minha mão”. Quando passantes saem, “ator” diz: “Vai embora, seu veado”; “careca, bicha”.

“Atrevido procura buraco em pedestre e acaba apanhando”²⁹

Resumo: Ator aponta aparelho para as nádegas do passante, e em seguida diz que participante está com “buraco muito aberto” e “fora do padrão”.

“Atrevido engana pedestre em ‘assalto’ e apanha”³⁰

Resumo: “Ator” simula assalto, deixa passante ficar com as mãos para o alto e sai. Depois outro ator diz que a vítima “não pode ver um pau nas suas costas e que se arma todo”.

Podemos identificar alguns elementos comuns a todas mencionadas. Elas:

²⁷ Cena exibida no dia 21.03.03.

²⁸ Cena exibida no dia 04.08.03.

²⁹ Cena exibida no dia 05.08.03.

³⁰ Cena exibida no dia 12.07.05.

a) naturalizam a oposição “macho” vs. “bicha”, impondo-a como critério geral de diferenciação entre as **pessoas**, levando o espectador ingênuo a crer que o mundo é *naturalmente*³¹ dividido em homos e heterossexuais;

b) **inferiorizam aqueles que nomeiam de “bichas atrevidas”, quer usando a orientação sexual como elemento do crime de injúria³², quer atribuindo-lhes traços semânticos nitidamente negativos.** No pastiche³³ produzindo pelos réus, os “homossexuais” não possuem atributos positivos; são párias, inconvenientes, ofensivos, misóginos;

c) **simbolizam e legitimam a violência social contra homossexuais, na medida em que a “bicha” encenada termina sempre punida com socos e chutes dos passantes.**

³¹ Um dos mais poderosos recursos de que se vale a ideologia é a naturalização das divisões sociais e a criação da figura do *outro*, por oposição ao sujeito produtor do discurso. Trata-se daquilo que Barthes chamou de “naturalização das significações”, isto é, a estabilização ideológica de um significante (no caso, a figurativização grosseira de um “homossexual”, tal como concebida pela mente empobrecida dos produtores do programa) como um significado socialmente fixado, transmitido, porém, como se fosse “natural”. Cf. A propósito Roland Basthens, *Mitologias*, São Paulo, Difel, 2003, especialmente as páginas 199 e ss. Cf. também a excelente introdução do livro de Eugênio Bucci e Maria Rita Kehl, *Videologias: ensaios sobre televisão*, São Paulo, Boitempo, 2004, pp. 15-23. Crêem os subscritores dessa petição que, diversamente do que o discurso dominante quer fazer crer, a identidade de cada um não é um dado, mas sim algo construído a partir das relações que se estabelecem nas sociedades humanas. Acerca da construção social da homossexualidade, cf. Michel Foucault, *A história da Sexualidade – vol I – A vontade de Saber* - Rio de Janeiro, Graal, 1988; Steven Seidman (ed.), *Queer Theory: sociology*, Cambridge, Blackwell Publishers Ltd., 1996; e Roger Raupp Rios, *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*, São Paulo, RT, 2002, pp. 120-126.

³² **“O que a injúria me diz é que sou alguém anormal ou inferior, alguém sobre quem o outro tem o poder e, antes de tudo, o poder de me ofender. A injúria é, pois, o meio pelo qual se exprime a assimetria entre os indivíduos (...) Ela tem igualdade a força de um poder constituinte. Porque a personalidade, a identidade pessoal, a consciência mais íntima é fabricada pela existência mesma desta hierarquia e pelo lugar que ocupamos nela e, pois, pelo olhar do outro, do ‘dominante’, e a faculdade que ele tem de inferiorizar-me, insultando-me, fazendo-me saber que ele pode me insultar, que sou uma pessoa insultável e insultável ao infinito”** (Didier Eribon, *Papier d'identité* citado por José Reinaldo de Lima Lopes, “O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas” in Francisco Loyola de Souza e outros, *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*, Porto Alegre, Sulina, 2003, p.21).

³³ Como lembra Roland Barthes, “o mito prefere trabalhar com imagens pobres, incompletas, nas quais o sentido já está diminuído, disponível para uma significação: caricaturas, pastiches, símbolos etc.” (*Mitologias, op. Cit.*, pp. 218-219).

Não pretendemos argüir nexos de causalidade direto entre as emissões dos réus e as centenas de agressões físicas contra homossexuais que ocorrem todos os dias no Brasil. Isso porque **O PRÓPRIO PROGRAMA TELEVISIVO DOS RÉUS JÁ É UM ATO DE VIOLÊNCIA SIMBÓLICA CONTRA, PELO MENOS, 20 MILHÕES DE BRASILEIROS.**

Especificamente trata-se do que Axel Honneth chamou de “negativa de valor a um modo de viver”³⁴, feita por intolerantes, incapazes de conviver com múltiplas formas de existência.

Mutatis mutandis, seria o mesmo que conceder ao editor de livros gaúcho Siegfried Ellwanger – condenado definitivamente em 2003 pela prática do crime de racismo – um público cativo de milhões de telespectadores para que pudesse transmitir em “horário nobre” suas idéias fascistóides acerca da “mentira do holocausto judeu”. Nas “inocentes” *pegadinhas* divulgadas pelos dois primeiros Réus há o mesmo insidioso conteúdo de intolerância e preconceito contra o Outro que alimenta as idéias racistas. Em perspectiva psicanalítica, talvez se trate do que Freud chamou de “narcisismo de pequenas diferenças”³⁵, ovo da serpente do nazifascismo.

Tivéssemos nós, brasileiros, uma cultura de tolerância para com o Outro, a doutrinação dos Réus não encontraria solo para fertilizar. Acontece que a sociedade brasileira pratica, em grande medida, formas de violência simbólica ou física contra negros, pobres, índios, idosos, mulheres, pessoas com deficiência e, também, contra gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis.

Segundo pesquisa³⁶ realizada pelo Centro Latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos e pelo Instituto de Medicina Social da

³⁴ A experiência da desvalorização social – acrescenta Honneth – “traz consigo normalmente uma perda de auto-estima, da oportunidade de enxergar-se como um ser cujos traços e habilidades devem ser estimados” (*The Struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*, citado por José Reinaldo de Lima Lopes, op. cit., p.21).

³⁵ “En los sentimientos de repulsión y de aversión que surgen sin disfraz alguno contra personas extrañas, con las cuales nos hallamos en contacto, podemos ver la expresión de un narcisismo que tiende a afirmarse y se conduce con sí la menor desviación de sus propiedades y particularidades individuales implicase una crítica de las mismas y una invitación a modificarlas. Lo que no sabemos es por qué se enlaza tan grande sensibilidad a estos detalles de la diferenciación” (*Psicología de las masas*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 40).

³⁶ “Política, Direitos, Violência e Homossexualidade: pesquisa 9ª Parada do Orgulho GLBT – Rio 2004”, disponível em <http://www.clam.org.br/pdf/paradario2004.pdf>.

UERJ durante a 9ª Parada do Orgulho GLBT, no Rio de Janeiro, **64,8% DOS HOMOSSEXUAIS ENTREVISTADOS JÁ HAVIAM SIDO VÍTIMAS DE ALGUM TIPO DE DISCRIMINAÇÃO**. Em 33,5% dos casos, isso ocorreu no círculo de amigos e vizinhos; em 24%, no ambiente familiar; em 26,8%, nas escolas e universidades³⁷. **55,4% DOS ENTREVISTADOS DISSERAM TER SOFRIDO AGRESSÕES VERBAIS OU AMEAÇAS, EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL; 18,7% RELATARAM TER SOFRIDO VIOLÊNCIA FÍSICA.**

Enfim: está claro que os **Réus REDE TV e JOÃO KLEBER** vêm há alguns anos ofendendo a liberdade de orientação sexual de milhões de brasileiros e, com isso, contribuindo para a legitimação social da homofobia e da intolerância.

A ofensa – convém repetir – consiste em categorizar, inferiorizar e ridicularizar todos cuja orientação do desejo está voltada para pessoas do mesmo sexo. Para tais seres, “cujo único crime é não ter os mesmos gostos que vós”³⁸, o programa levado ao ar pelos Réus reserva toda a sorte de xingamentos e agressões físicas (“Bicha atrevida faz pedestre se passar por gay e APANHA”, “Bichas fazem festa no banheiro, irritam as pessoas e APANHAM”).

2. Ofensa à dignidade da pessoa humana³⁹

Não são os gays os únicos a serem humilhados diante da multidão ávida por construir a própria imagem em negativo⁴⁰.

³⁷ Outra pesquisa – “Juventudes e Sexualidade”, realizada pela UNESCO em parceria com os Ministérios da Educação e da Saúde –, lançada em março de 2004, revelou que cerca de um quarto dos alunos de ensino fundamental e médio entrevistados não gostaria de ter um colega homossexual. Esse percentual varia de 45% em Vitória a 34% em Belém, para os meninos; e de 22% em Recife a 10% no Rio de Janeiro, para as meninas (o relatório pode ser acessado no sítio <http://observatorioucub.unesco.org.br/publicacoes/juventudesesexualidade>).

³⁸ Marques de Sade, *A Filosofia na Alcova ou os preceptores morais*, excurso “Franceses, mais um esforço se quereis ser republicanos”, São Paulo, Iluminuras, 2000, p. 156. Ainda Sade: “É espantoso o abismo de absurdos em que mergulhamos quando não raciocinamos a luz da razão! Tenhamos bem claro que é tão simples gozar de uma mulher de uma maneira ou de outra, que é absolutamente indiferente gozar de uma moça ou rapaz, e que é constante em nós não existir outras inclinações além das que recebemos da natureza; ela é por de mais sensata e conseqüente para ter colocado em nós as que pudessem alguma vez ofendê-la.” (op. cit., p. 157).

³⁹ Os pareceres juntados aos autos (doc. 05) corroboram o que será adiante falado.

Também pessoas comuns do povo são vítimas de humilhações e constrangimentos no programa “TARDE QUENTE”. Passantes são gratuitamente adjetivados de “trouxas”, “drogas”, “fedidos”, “aleijados”, “cornos”, “otários” e “escrotos”. Mulheres – inclusive senhoras idosas – são chamadas de “galinhas” pelos mesmos “atores” contratados pelos Réus (É chamada de galinha, fica furiosa e folgados apanham).

Em cena levada ao ar no dia 05 de julho de 2005 (“Homem ameaça apagar pedestres e acaba apanhando”, registrada no anexo CD-Rom), o “ator” se faz passar por assaltante e ameaça uma mulher que, sem saber que se tratava de uma farsa, começa a chorar, sob o riso de escárnio de JOÃO KLEBER.

Em outra cena, a “atriz” indaga a homens acompanhados: “- Você não usa drogas?! Como não, e essa droga de mulher que está aí do seu lado?!” (“Gostosa faz pesquisa, irrita as pessoas e se dá mal”)⁴¹.

⁴⁰ Como bem observa Eric Landowski, “um sujeito não pode, no fundo, apreender-se a si mesmo enquanto ‘Eu’ ou ‘Nós’, a não ser negativamente, por oposição a um ‘outro’, que ele tem que construir como figura antitética a fim de poder colocar-se a si mesmo como o seu contrário: ‘O que eu sou é o que você não é’. E, claro, nesse caso o sujeito que se diz Eu, ou que diz Nós, é um sujeito que ‘sabe’ ou que, pelo menos, crê saber o que vem a ser o Outro. Ele não precisa, no mais, estar muito informado sobre isso, nem ir procurar bem longe: para fundamentar sua própria certeza de ser Si, a única coisa que lhe importa, a única ‘verdade’ da qual precisa assegurar é que o Outro é ‘outro’, e que o é categoricamente: natureza *versus* humanidade, Eles *versus* Nós, todos esses pares de contrários se equivalem, para falar da mesma relação de exclusão mútua. Daí, no plano das estratégias discursivas características desse tipo de configuração, o privilégio concedido... ao uso do estereótipo, não como descrição do Outro, mas como meio expeditivo de reafirmar uma diferença. É de acordo com este esquema simplista que procedia o Sr. Todo Mundo... para colocar diante de si mesmo a figura caricatural do ‘estrangeiro’, espécie de espantalho feito com materiais pegos ao acaso, reunião barroca de antivalores, como se tratasse simplesmente de atemorizar-se a si mesmo. Restaria evidentemente entender melhor o que torna possível, talvez mesmo necessária, a contrução de simulacros que apresentam um caráter tão grosseiramente exagerado. A explicação não seria que, construindo daquela maneira a própria imagem em negativo, o grupo social se fornecesse pura e simplesmente um meio cômodo de resolver o problema de sua *própria* identidade *antes mesmo de o ter colocado*? Postular categoricamente a finitude do Outro, pretende saber o que ele é em sua ‘essência’ e para caracterizá-lo, contentar-se com justaposição de uma série de clichês que fazem sobressair seus ‘vícios’ ou suas ‘más-formações’, tudo isso provavelmente só faz sentido para quem se satisfaz com uma visão simplista da própria identidade. Em outras palavras, para assumir uma representação de outrem tão desprovida de consistência, é preciso que o Nós que se compraz em reconhecer aí seu próprio reflexo invertido não seja ele mesmo, a seus próprios olhos, senão uma espécie de fantoche mal articulado, modelo de todas as virtudes, é claro, mas não menos privado de carne e de vida real. Isso é pouco, mas, no caso, que mais pedir? Se ser si-mesmo não significa nada além de gozar da satisfação de ser ‘Si’ e não o ‘Outro’, então tanto faz, efetivamente, aumentar o contraste, com o risco de comparar, de ambas as partes, apenas identidades sem espessura, imagens pré-fabricadas, congeladas para sempre em sua radical diferença” (*Presenças do Outro: ensaios as sociossemiótica*, São Paulo, Perspectiva, 2002, pp. 25-26).

⁴¹ Cena exibida no dia 14.10.05.

São frequentes, no programa, **humilhações a pessoas simples que se dispõem a ajudar alguém em necessidade**. Transcrevemos alguns exemplos registrados no CD-Rom juntado aos autos:

“Dinheiro falso faz pedestre entrar em fria e folgado apanha”⁴²

Resumo: Passante entra numa fonte para pegar dinheiro a pedido de “ator”, vê que cédula é falsa, e é chamado de “trouxa”.

Aleijado engana pedestre e entra no tapa”⁴³

Resumo: Um “ator” com muletas pede ajuda para atravessar a rua. Tão logo chega do outro lado, tira as muletas, e dá um chute na pessoa que o ajudou.

“Titio atrevido passa a mão nas pessoas e acaba em fria”⁴⁴ Resumo: “Atriz” pede ajuda a pedestre para colocar “ator” que simulava passar mal em um carro. Em seguida, atriz comenta com ator que conseguia “pegar qualquer trouxa”.

“Acha que vai gangar bolsa de estudo e fica furioso”⁴⁵

Resumo: Quando o passante não sabe responder perguntas há imitação do zurro de um asno. Ator chama participante de “trouxa”.

“Vai comprar chiclete, é sacaneado e folgado apanha”⁴⁶

Resumo: “Ator” dá bala com corante azul para passantes, e em, seguida chama-os de “frescos” e “trouxas”.

⁴² Cena exibida no dia 04.08.03.

⁴³ Cena exibida no dia 05.08.03.

⁴⁴ Cena exibida no dia 22.09.03.

⁴⁵ Cena exibida no dia 22.09.03.

⁴⁶ Cena exibida no dia 13.10.03.

“Folgado pede ajuda, solta pum na cara do pedestre e acaba apanhando”⁴⁷

Resumo: o título é auto-explicativo.

“Ajuda gostosa a trocar pneu e acaba se dando mal”⁴⁸

Resumo: “Atriz” pede para passante trocar o pneu do carro. Depois chega “marido” da “atriz” e chama o participante de “babaca”, “otário” e “mané”.

“‘Mudo’ folgado deixa pedestre furioso e entra em fria”⁴⁹

Resumo: “Ator” se faz passar por mudo, e quando passantes cruzam seu caminho, os chama de “trouxas”, “boiolas” e “feiosas”.

“Vai dar informação para folgado e acaba se dando mal”⁵⁰

Resumo: “Ator” pergunta a passantes onde fica o banheiro. Enquanto respondem, ator simula urinar em cima da pessoa.

Indagamos a Vossa Excelência que direito tem os Réus REDE TV e JOÃO KLEBER de usar uma concessão do povo para enriquecer à custa da humilhação feita a pessoas comuns. O poder-dever de explorar o serviço público de radiodifusão (CR, art. 21, XII, “a”) acaso confere à concessionária o direito de aviltar a boa fé e a dignidade alheias, em nome da mais desprezível das ambições? Como em qualquer outra concessão, não há normas de observância obrigatória pela empresa que explora o serviço?

⁴⁷ Cena exibida no dia 17.02.03.

⁴⁸ Cena exibida no dia 17.02.03.

⁴⁹ Cena exibida no dia 06.10.03.

⁵⁰ Cena exibida no dia 11.07.05.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL noticia que tentou, exaustivamente, evitar a propositura da presente ação. **Consoante atestam os documentos anexos⁵¹, chegou, inclusive, a propor a celebração de termo de ajustamento de conduta pelo qual os dois primeiros demandados obrigar-se-iam tão somente a cumprir os preceitos constitucionais de proteção a direitos fundamentais. A proposta foi rejeitada** porque a emissora ré “não visualizou (sic) motivos para firmar, junto ao MPF, o documento sugerido”.

Não restou ao MINISTÉRIO PÚBLICO, portanto, outro meio senão vir a juízo pedir a ação protetora do Estado em defesa dos mais altos valores desta República.

DO DIREITO

1. Direito de não ser discriminado em razão da orientação sexual.

Como se sabe, o artigo 5º, *caput*, da Constituição declara o Direito geral de igualdade nos seguintes termos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

A redação de artigo é manifestante hiperbólica, pois é evidente que não há o dever de assegurar a igualdade de todos com relação a todas as posições jurídicas. A própria Constituição, em diversos dispositivos⁵², estabelece distinções entre pessoas e situações, sem que haja, por isso, ofensa ao princípio em questão.

O que é preciso perquirir, na verdade, é se há alguma justificativa legítima que autorize a diferenciação. Pois, na precisa formulação de Robert Alexy, “**se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado o tratamento igual**”⁵³.

⁵¹ Doc. 06.

⁵² Por exemplo, nos arts. 12, § 3º; 37, I; 170, IX e 222.

⁵³ Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.395.

Pensamos já ter suficientemente demonstrado que os réus vêm se valendo do critério “orientação sexual” para inferiorizar e humilhar aqueles cujo desejo é pessoas de mesmo sexo. Em outras palavras, os réus estão conferindo tratamento desigual entre pessoas.

Resta, então, indagar se há alguma “razão suficiente” para que a orientação sexual de milhões de brasileiros seja cotidianamente aviltada pelo programa TARDE QUENTE, de responsabilidade dos réus JOÃO KLEBER e REDE TV.

É evidente que não há.

Talvez nem seja preciso lembrar que o artigo 3º, inciso IV, da Constituição estabelece, como objetivo fundamental da República, a promoção do bem de todos **“SEM PRECONCEITOS de origem, raça, sexo, cor, idade e QUAISQUER OUTRAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO”**.

E que o artigo 5º da mesma Lei Fundamental assegura a **TODOS os brasileiros** e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do **DIREITO À LIBERDADE (inclusive a liberdade de escolha do parceiro sexual), À HONRA e À INTIMIDADE**⁵⁴.

E ainda que **em um Estado democrático não é lícito a ninguém impor seus ideais de excelência humana, nem suas concepções de moralidade auto-referente**⁵⁵, ainda que compartilhadas pela maioria.

⁵⁴ A propósito, a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Estado brasileiro e, portanto, em pleno vigor no país, dispõe expressamente em seu art. 17 que **“ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência”**. E que **“toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”**. Pergunta-se: ofender a expressão lícita do afeto de alguém não é uma ingerência arbitrária em sua vida privada?

⁵⁵ Pois “a solidariedade social em sociedades de massa, burocráticas e democráticas, tolerantes e em uma palavra justa, não equivale ao controle público das felicidades particulares. Não equivale nem mesmo ao controle social: a liberdade contra a interferência alheia é um dos grandes benefícios da democracia e que a torna desejável” (José Reinaldo de Lima Lopes, op. cit., p.25). Cf., também, Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 199-236.

A transmissão reiterada de chacotas dirigidas a homossexuais constitui, portanto, autêntica discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, e deve ser reprimida com todo o rigor pelo Estado brasileiro, como, aliás, determina o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição.

Afinal a “falta de proteção judicial contra essas ações simbólicas” também representa “um consentimento, uma cumplicidade com esta violência diuturna. Ela é uma evidência da denegação de igualdade plena”⁵⁶.

2. Respeito à dignidade da pessoa.

A formulação de Kant é conhecida:

“Tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode ser bem substituído por qualquer outra coisa, a título de equivalente; ao contrário, AQUILO QUE É SUPERIOR A TODO PREÇO, AQUILO QUE POR CONSEQÜENTE NÃO ADMITE EQUIVALENTE, É ISTO QUE POSSUI UMA DIGNIDADE.”⁵⁷

No programa televisivo de responsabilidade dos réus, todavia, a dignidade humana não só admite equivalente, como também possui, literalmente, um preço. Custa R\$ 13.424,00, valor cobrado para uma inserção comercial nacional de 30 segundos no programa⁵⁸.

Em troca da paga, os réus exibem intermináveis flagrantes de violação da dignidade humana a um público virtual⁵⁹ de 131.874.053 de brasileiros, majoritariamente formado por pessoas de média e baixa rendas⁶⁰, e que muitas vezes não dispõe de outra opção de lazer que não assistir a sete ou oito canais da televisão aberta.

⁵⁶ José Reinaldo de Lima Lopes, op. cit., p.20.

⁵⁷ *Fondaments de la Métaphysique de Moeurs*, Paris, Vrin, pp. 112-113.

⁵⁸ Fonte: site “Portal Imprensa” (http://www.portalimprensa.com.br/mapadamidia/tabela_tvaberta_resultado.asp). Cf. doc. 07.

⁵⁹ Segundo informações da própria empresa ré, as emissões da REDE TV alcançam, atualmente, 84% dos domicílios com TV, em todos os Estados do Brasil. A rede possui 40 transmissoras, com aproximadamente 3.500 municípios cobertos, em todo o território nacional.

⁶⁰ 63% do público das classes C, D e E, segundo consta do site da emissora. 20% do público é formado por crianças e adolescentes, pessoas ainda em formação.

A dignidade humana – nunca é demais lembrar – constitui o fundamento último deste Estado (CR, art. 1º, III) e é o valor de onde emanam todos os direitos da pessoa.

Muito embora, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio constitucional da dignidade humana constituía uma “categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista”⁶¹, é perfeitamente possível definir-lhe alguns contornos que autorizem decidir, no caso concreto, se houve ou não ofensa ao fundamento maior da ordem comunitária.

Para Dürig, por exemplo, **a dignidade da pessoa humana pode ser considerada atingida sempre que a pessoa for rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, privada, portanto, de sua condição de sujeito de direitos**⁶².

Pérez Luño, em sentido convergente, salienta que o princípio implica a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, e também **“la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones”**⁶³.

Ora, humilhar pessoas comuns, chamando-as de “galinhas”, “trouxas”, “cornos” e “escrotos” e submetendo-as a situações constrangedoras, é justamente a especialidade do programa TARDE QUENTE, como já visto.

Ante a omissão criminosa dos órgãos administrativos da UNIÃO incumbidos de fiscalizar as concessões públicas de rádio e TV, cabe à Justiça brasileira conferir plena efetividade ao princípio constitucional fundador da ordem social, fazendo cessar, imediatamente, as humilhações e constrangimentos praticados por uma concessionária do serviço público federal de radiodifusão.

⁶¹ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p.113.

⁶² Citado por Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., p. 117.

3. Violação das normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam o serviço público de radiodifusão.

É importante dizer que, ao contrário do que se pensa o senso-comum, a emissora Ré não é “proprietária” do canal em que opera. É, na verdade, uma **concessionária do serviço público federal de radiofusão de sons e imagens**⁶⁴, e, como tal, está sujeita às normas de **direito público** que regulam este setor da ordem social.

Justifica-se o regime jurídico de direito público porque, diversamente do que acontece na mídias escritas, as emissoras de rádio e TV operam um **bem público escasso**: o espectro de ondas eletromagnéticas por onde se propagam os sons e as imagens.

Trata-se de um bem público de interesse de todos os brasileiros, pois somente por intermédio da televisão e do rádio é possível a plena circulação de idéias do país. A imprensa escrita, como se sabe, não alcança número expressivo de leitores, e a *Internet*, espaço democrático, quase anárquico, de comunicação global, ainda tem um universo de usuários muito restrito.

Como esperamos já ter demonstrado, a empresa Ré vem, há anos, usando o bem público que lhe foi temporariamente concedido para negar os valores fundamentais declarados na Constituição.

Ao fazê-lo, descumpre o artigo 221 da Constituição, que **obriga as emissoras a respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, dentre os quais se encontram, indubitavelmente, a dignidade humana, a igualdade de todos e o respeito à honra, à liberdade e à privacidade alheias.**

Descumpre também o artigo 53, alíneas “a” e “h”, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal n.º 4.117/62), pois **ofende a**

⁶³ *Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Contitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 317-318.

⁶⁴ Constituição da República, art. 21: “Compete à União: (...) XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens”.

moralidade pública e incita a multidão que assiste ao programa a desobedecer a Lei maior do país.

Descumpre, finalmente, o artigo 28 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão (Decreto Presidencial nº 52.795/63), que obriga as concessionárias a **“subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publicidade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão”** e a **“não transmitir programas que atentem contra sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico”**.

Ora, como observa Rodolfo de Camargo Mancuso,

“Lendo-se os dispositivos que reagem a propagação televisiva à luz do que visa garantir a liberdade de iniciativa e a livre concorrência (CF, art. 170, caput e inciso IV), chega-se a esta exegese: É AUTORIZADA A EXPLORAÇÃO COMERCIAL DA DIFUSÃO TELEVISIVA PRIVADA, COM NATURAL A APROPRIAÇÃO DOS LUCROS DAÍ RESULTANTES, DESDE QUE VENHAM OBSERVADOS OS PRINCÍPIOS E GUARDADOS AS RESTRIÇÕES ESPECIFICADAS PARA TAL ATIVIDADE. Em suma, livre iniciativa com responsabilidade social; lucro empresarial sem capitalismo selvagem.

De outra parte, deve o intérprete precaver-se de não baralhar o entendimento do que seja um padrão básico de qualidade na programação televisiva, em face de textos outros que em verdade apenas reflexamente tangenciam aquele tema, tais os que vedam a censura artística e garantem a liberdade de expressão (CF, art. 220, caput e § 2º). Aí a nosso ver, não se trata do

fenômeno conhecido por colisão entre preceitos constitucionais, visto não ser razoável pretender-se que os valores liberdade de expressão e vedação de censura prévia viessem preservados às custas do aniquilamento de outros preceitos constitucionais reguladores de uma atividade que é estritamente regulada, como se passa com a radiodifusão de sons e imagens.

Sem esses cuidados, o intérprete pode tomar a nuvem por Juno, extraindo dos textos de regência o que neles não se contém, porque **É EVIDENTE QUE NÃO ESTEVE NA INTENÇÃO DO CONSTITUINTE FRANQUEAR UM *LAISSEZ FAIRE*, JUSTAMENTE NA PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA, ATIVIDADE PARA A QUAL A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FIXOU PARÂMETROS COGENTES. SERIA NO MÍNIMO ESTRANHÁVEL**, escreve José Carlos Barbosa Moreira, ‘**QUE SE HOUVESSE DE DEIXAR A DETERMINAÇÃO AO ARBÍTRIO DAS EMISSORAS, ISTO É, DOS PRÓPRIOS FRATORES POTENCIAIS OU ATUAIS...**’⁶⁵

O descumprimento reiterado das normas que regulam o serviço dá ensejo à **CASSAÇÃO DA CONCESSÃO PÚBLICA** outorgada à emissora, mediante decisão judicial, nos termos do disposto no artigo 64 da lei Federal n.º 4.117/62 c.c. o art. 223, § 4º, da Constituição. É o que será pedido adiante.

CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O Ministério Público Federal e as organizações da sociedade civil litisconsortes desejam esclarecer que não estão em juízo para defender o direito individual dos participantes da “pegadinhas”.

⁶⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, “Controle Jurisdicional do Conteúdo da Programação Televisiva” in *Boletim dos Procuradores da República*, nº 40, Agosto/2001.

A busca dos Autores é pelo **reconhecimento do direito de milhões de brasileiros a uma programação televisiva que respeite os direitos fundamentais.**

Trata-se de legítimo **INTERESSE DIFUSO**, como já apontou Barbosa Moreira, em artigo sobre o tema:

“O INTERESSE EM DEFENDER-SE ‘ DE PROGRAMAS O OU PROGRAMAÇÕES DE RÁDIO E TELEVISÃO QUE CONTRARIEM O DISPOSTO NO ART. 221’ ENQUADRA-SE COM JUSTEZA NO CONCEITO DE INTERESSE DIFUSO. (...) Com efeito: em primeiro lugar, ele se caracteriza, à evidência, como ‘TRANSINDIVIDUAL’, já que não pertence de modo singularizado, a qualquer dos membros da comunidade, senão a um conjunto indeterminado – e, ao menos para fins práticos, indeterminável – de seres humanos. Tais seres ligam-se uns aos outros pela mera circunstância de fato de possuírem aparelhos de televisão ou, na respectiva falta, costumarem valer-se do aparelho do amigo, do vizinho, do namorado, do clube, do bar da esquina ou do salão do barbeiro. E ninguém hesitará em qualificar de INDIVISÍVEL o objeto de semelhante interesse, no sentido de que cada canal, num dado momento, transmite a todos a mesma e única imagem, nem se concebe modificação que se dirija só ao leitor destas linhas ou ao rabiscador delas”⁶⁶.

⁶⁶ “Ação Civil Pública e Programação de TV”, op. cit., pp. 243-244. No mesmo sentido, cf. o artigo de Rodolfo de Camargo Mancuso, “Controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva” in *Boletim dos Procuradores da República* nº 40, agosto de 2001, pp. 20-29.

O direito aqui invocado é de natureza indivisível também por outro motivo: funda-se no **princípio da solidariedade como dever jurídico fundamental**.

A discriminação e as humilhações exibidas pelos réus não atingem apenas um ou outro indivíduo ou grupo social. Os lesados somos todos.

A solidariedade, ensina Fábio Konder Comparato,

“(...) prende-se à idéia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano. O fundamento ético desse princípio encontra-se na idéia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existências humana”⁶⁷.

Em registro mais literário, escreve Albert Camus: “a revolta não nasce exclusiva e forçosamente nos oprimidos, mas **pode igualmente surgir perante o espetáculo da opressão de que outrem seja vítima (...). O indivíduo não é por si só esse valor que quer defender. É preciso pelo menos todos os homens para o formar**”⁶⁸.

O argumento de que uma parcela dos espectadores apóia os preconceitos exibidos não serve para afastar o cabimento da ação coletiva. Isto porque, como bem lembrou Rodolfo de Camargo Mancuso, **é justamente no embate de coletividades extensas – uma parte posicionando-se contra, e outra a favor de uma**

⁶⁷ A afirmação Histórica dos Direitos Humanos, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 51-52.

⁶⁸ O Homem Revoltado, Lisboa, Livros do Brasil, p. 30. Ainda Camus: “Na experiência absurda, o sofrimento é individual. A partir do movimento de revolta, adquire a consciência de se ter tornado coletiva: passou a ser a aventura de todos. **O primeiro progresso de um espírito impressionado com a sua singularidade consiste portanto em reconhecer que partilha essa mesma singularidade com todos os homens e que a realidade humana, na sua totalidade, sofre com essa distância relativa a si própria e ao mundo.** O mal que apenas um homem experimentava converte-se em peste coletiva. Na nossa provação cotidiana, a revolta desempenha o mesmo papel que o ‘cogito’ na ordem do pensamento: é a primeira evidência. Mas semelhante evidência rranca o indivíduo à sua solidão; é um lugar-comum que abseia em todos os homens o primeiro valore. Eu revolto-me, logo existimos” (Idem, pp. 37-38).

padrão básico de qualidade na programação televisiva – que repousa uma das notas mais típicas dos interesses difusos, que é a sua intrínseca conflituosidade⁶⁹.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E LEGITIMIDADE ATIVA

Pensamos que já está suficientemente esclarecido o motivo da demanda ter sido proposta perante a Justiça Federal: **A UNIÃO FIGURA NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO e a EMPRESA RÉ É CONCESSIONÁRIA DE UM SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL**, como se depreende da leitura dos arts.21, inciso XII, “a”, e 223 da Constituição.

Como em qualquer concessão publica, tem o poder concedente – no caso, a UNIÃO – o DEVER⁷⁰ DE FISCALIZAR o cumprimento das obrigações legais e contratuais impostas aos concessionários, e também a RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA por danos causados a terceiros no exercício do serviço delegado⁷¹.

Uma vez que o órgão do Ministério das Comunicações incumbido⁷² de fiscalizar as emissoras concessionárias queda-se HÁ

⁶⁹ “Controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva”, op. cit., p. 27. No mesmo sentido ensina Ada Pellegrini Grinover: “o interesse difuso caracteriza-se por sua ampla área de conflitualidade. Conflituosidade, essa, que não se coloca necessariamente ou apenas no clássico contraste do indivíduo vs. Autoridades, mas que é típica das escolhas políticas” (verbete “interesses difusos” in Rubens Limongi França (coordenador), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 45, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 401-402).

⁷⁰ O poder-dever de fiscalizar a prestação do serviço de radiodifusão vem expresso no art. 10 do Código Brasileiro de telecomunicações (Lei Federal n.º 4.117/62): “**Compete privativamente à união:** I – manter e explorar diretamente: b) os serviços públicos de telégrafos, de telefones interestaduais e de radiocomunicações, ressalvadas as exceções constantes desta lei, inclusive quanto aos de radiodifusão e ao serviço internacional; II – **fiscalizar os serviços de telecomunicações por ela concedidos, autorizados ou permitidos.**”

⁷¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 469-470.

⁷² O Decreto Presidencial n.º 5.220, de 30 setembro de 2004, atribui esse poder-dever à **Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica, órgão do Ministério das Comunicações** (art. 8º: Compete à Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica: (...) II – coordenar as atividades referentes à orientação, execução e avaliação das diretrizes, objetivos e metas, relativas aos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares; III – propor a regulamentação dos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares; IV – proceder à avaliação técnica, operacional, econômica e financeira das pessoas jurídicas executantes dos serviços de radiodifusão, necessária ao estabelecimento das condições exigidas para a execução desses serviços; V – proceder às atividades inerentes às outorgas e ao acompanhamento da instalação dos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares; VI – **fiscalizar a exploração dos serviços de radiodifusão e de seus ancilares e auxiliares nos aspectos referentes aos conteúdos de programação das emissoras**, bem como à composição societária e administrativa e às condições de capacidade jurídica, econômica e financeira das pessoas jurídicas executantes desses serviços; VII –

ANOS totalmente inerte, cabe ao Ministério Público, na qualidade de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais (CR, art. 127), pleitear em juízo as medidas necessárias e suficientes à reparação do mal causado e à aplicação da sanção contra os faltosos.

A propósito, o art. 5º, inciso IV, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar Federal n.º 75/93), confere ao Ministério Público Federal atribuição expressa para “zelar pelo efetivo respeito dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social”.

Como o Ministério Público Federal é órgão da União, e os réus demandados são a própria União e a prestadora do serviço público federal concedido, a ação coletiva deve ser, obrigatoriamente, proposta perante a Justiça Federal, consoante dispõe o art. 109, inciso I, da Constituição.

A legitimidade ativa das associações civis autoras decorre de permissivo legal expresso (o art. 5º da Lei Federal n.º 7.347/85).

DOS PEDIDOS

Os pedidos que serão adiante formulados partem dos seguintes **pressupostos** já enunciados:

- a) **há uma ação ilícita continuada praticada pelos dois primeiros réus;**
- b) **a ação consiste na transmissão quase diária de mensagens preconceituosas e ofensivas à dignidade humana, á**

instaurar procedimento administrativo visando a apurar infrações de qualquer natureza referentes aos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares; VIII – adotar as medidas necessárias ao efetivo cumprimento das sanções aplicadas aos executantes dos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares (...)”).

liberdade de orientação sexual, á privacidade e á honra das pessoas;

- c) **o Estado brasileiro – aqui compreendido o Poder Judiciário tem o dever de proteger tais direitos contra a ação ilícita promovida pelos réus;**
- d) **as mensagens transmitidas alcançam de dezenas de milhões de pessoas porque a emissora ré é concessionária do serviço público federal de radiodifusão de sons e imagens;**
- e) **não foi garantido** aos Autores – ou a outras organizações da sociedade civil – **o direito de responder aos preconceitos transmitidos em condições de “igualdade comunicativa”** (*kommunikative Chancengleichheit*);
- f) sem prejuízo das tutelas inibitórias específicas que serão adiante formuladas, a **ação ilícita continuada da emissora enseja também a aplicação de duas sanções, de natureza distinta: a SANÇÃO CIVIL – indenização pelos danos morais causados à toda coletividade – e a SANÇÃO ADMINISTRATIVA, correspondente à cassação da concessão pública outorgada, mediante sentença judicial, conforme dispõe o art. 223, § 4º, da Constituição.**

Compartilham os Autores da concepção de que o art.5º, inciso XXV, da Constituição assegura a todos não só o direito de ação, mas o **DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA.** Pois, como bem diz Luiz Guilherme Marinoni,

“Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela

efetiva e tempestiva. Ora, SE O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA É UM DIREITO FUNDAMENTAL, PORQUE GARANTIDOR DE TODOS OS DEMAIS , NÃO HÁ COMO SE IMAGINAR QUE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PROCLAMA APENAS QUE TODOS TÊM O DIREITO A UMA MERA RESPOSTA DO JUÍZ. O DIREITO A UMA MERA RESPOSTA DO JUÍZ NÃO É SUFICIENTE PARA GARANTIR OS DEMAIS DIREITOS, E, PORTANTO, NÃO PODE SER PENSADO COMO UMA GARANTIA FUNDAMENTALDE JUSTIÇA. (...) como diz Camoglio, o problema crucial do acesso à justiça está, em última análise, na efetividade da tutela jurisdicional. Não basta reconhecer, em abstrato, a *libertà di agire* e garantir a todos, formalmente, a oportunidade de exercer a ação. Limitar-se a tal configuração, no catálogo tradicional das liberdades civis, significa desconhecer o sentido profundamente inovador dos direitos sociais de liberdade, em seus inevitáveis reflexos sobre a administração da justiça. Cabe, portanto – prossegue o professor da Universidade de Pavia, ASSEGURAR A QUALQUER INDIVÍDUO, independentemente das suas condições econômicas e sociais, APOSSIBILIDADE, SÉRIA E REAL, OBTER A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA”⁷³.

PEDIDOS DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA INIBITÓRIA

A **tutela inibitória** destina-se a impedir a prática, repetição ou continuação do ilícito. Difere da tutela ressarcitória porque esta volta-se a reparação do dano causado ao direito material, ao passo que aquela diz respeito à

⁷³ Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civi*, 4ª edição, São Paulo, malheiros, 2000, pp. 151-152.

imposição de meios coercitivos capazes de convencer o obrigado a não fazer ou a cumprir uma obrigação de fazer infungível⁷⁴.

A ação inibitória é indispensável à efetividade da tutela dos direitos fundamentais, já que, como observa Marinoni, esses direitos dependem, primordialmente, “de obrigações continuativas de não-fazer, ou de obrigações de fazer infungíveis ou dificilmente passíveis de execução através das formas tradicionais da ‘execução forçada’”:

“Os direitos de personalidade não podem ser garantidas adequadamente por uma espécie de tutela que atua apenas após a lesão ao direito.

ADMITIR QUE TAIS DIREITOS SOMENTE PODEM SER TUTELADOS ATRAVÉS DA TÉCNICA RESSARCITÓRIA É O MESMO QUE DIZER QUE É POSSÍVEL A EXPROPRIAÇÃO DESTES DIREITOS, TRANSFORMANDO-SE O DIREITO AO BEM EM DIREITO À INDENIZAÇÃO. NÃO É PRECISO LEMBRAR QUE TAL ESPÉCIE DE EXPROPRIAÇÃO SERIA ABSURDA QUANDO EM JOGO DIREITOS INVOLÁVEIS DO HOMEM”⁷⁵.

Por esse motivo, **o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva corresponde, no caso dos direitos não patrimoniais, “ao DIREITO A UMA TUTELA CAPAZ DE IMPEDIR A VIOLAÇÃO DO**

⁷⁴ Luiz Guilherme Marinoni, *A Antecipação da Tutela*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 66.

⁷⁵ Idem, p.65. Em outra obra, escreve o mesmo autor: “Se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de admitir uma ação de conhecimento preventiva. Do contrário, as normas que proclamam direitos, ou objetivem proteger bens fundamentais, não teriam qualquer significação prática, pois poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano. Como o direito material depende – quando pensando na perspectiva da efetividade – do processo, é fácil concluir que a ação preventiva é consequência lógica das necessidades do direito material. Basta pensar, por exemplo, na norma que proíbe algum ato com o objetivo de proteger determinado direito, ou em direito que possui natureza absolutamente inviolável, como o direito à honra ou o direito ao meio ambiente. Lembrese, aliás, que várias normas constitucionais afirmam a inviolabilidade de direitos, exigindo, portanto, a correspondente tutela jurisdicional, que somente pode ser aquele capaz de evitar a violação.” (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 254).

DIREITO. A ação inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na ‘dignidade da pessoa humana’ e que se empenha em realmente garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade”⁷⁶.

Ora, como já ficou demonstrado, **o programa televisivo TARDE QUENTE, de responsabilidade dos Réus JOÃO KLEBER e REDE TV, vem de forma continuada ofendendo os direitos invioláveis à dignidade humana, à liberdade, à igualdade, à honra e à privacidade de milhões de brasileiros.**

OU O ESTADO BRASILEIRO CONTINUA A ASSISTIR PASSIVAMENTE AO FESTIVAL DE VIOLAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS PATROCINADO PELA REDE TV, OU ENTÃO, CORAJOSAMENTE, OBRIGA A EMISSORA A CUMPRIR AS NORMAS DE DIREITO PÚBLICO QUE INCIDEM SOBRE A CONCESSÃO, FAZENDO CESSAR, IMEDIATAMENTE, OS PRECONCEITOS E OFENSAS EXIBIDOS PELO PROGRAMA “TARDE QUENTE”. *TERTIUM NOM DATUR*.

A SUSPENSÃO DEFINITIVA DA VEICULAÇÃO DO PROGRAMA E DE SUAS FAMIGERADAS “PEGADINHAS” É MEDIDA IMPRESINDÍVEL, PORÉM INSUFICIENTE PARA COMBATER O MAL CAUSADO pela repetição, durante anos, das mensagens preconceituosas e ofensivas transmitidas pelos réus.

É obrigatório, também, proporcionar o que Jorge Miranda denominou de “pluralismo interno”, isto é, a **“POSSIBILIDADE DE EXPRESSÃO E CONFRONTO DAS DIVERSAS CORRENTES DE OPINIÃO – tomando opinião no sentido mais amplo para abarcar quer a opinião política quer a religiosa e filosófica”⁷⁷ - NO INTERIOR DA PRÓPRIA EMISSORA.**

Isto porque, como advertia Stuart Mill em seu conhecido libelo a favor da liberdade de expressão,

⁷⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, op. cit., p. 82.

⁷⁷ *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p.

“O único modo pelo qual é possível a um ser humano tentar aproximar-se de um conhecimento completo acerca de um assunto é ouvido o que podem dizer sobre isso pessoas de grande variedade de opiniões, e estudando todos os aspectos em que o podem considerar os espíritos de todas as naturezas (...). O hábito constante de corrigir e completar a própria opinião cotejando-a com a de outros, longe de gerar dúvidas e hesitações ao pô-la em prática, constitui o único fundamento estável para que nela se tenha justa confiança”⁷⁸.

Durante anos os dois primeiros réus vêm se valendo da omissão do poder concedente para disseminar mensagens de intolerância e preconceito. Seria injusto permitir que a emissora em questão simplesmente substitua o programa TARDE QUENTE por outro do mesmo “nível”, sem que seja assegurado à sociedade civil organizada o direito de, ao menos durante algumas semanas, fazer a devida contrapropaganda, de forma a permitir que o público forme suas convicções a partir do confronto de idéias, e não do monólogo da emissora.

A falta de previsão legal específica não constitui óbice válido para impedir a concessão da tutela ora requerida. Pois, como bem diz Cândido Rangel Dinamarco,

“A crescente e visível tendência moderna à universalização da jurisdição desautoriza o abuso de bolsões de direitos ou interesses não-jurisdicionalizáveis e impõe que na maior medida possível possa o poder Judiciário ser o legítimo e eficiente portador de tutela a pretensões justas e insatisfeitas. O exagero na exclusão da jurisdiicionalidade alimentaria a *litigiosidade contida* e,

⁷⁸ *A liberdade*, São Paulo, Martins Fontes, 200, p. 34.

com isso, minaria a realização de um dos objetivos do Estado”⁷⁹. Portanto, “EM PROCESSO CIVIL, A DETERMINAÇÃO DA POSSIBILIDADE JURÍDICA FAZ-SE EM TERMOS NEGATIVOS, DIZENDO-SE QUE HÁ IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA QUANDO O ESTADO, SEM LEVAR EM CONTA AS CARACTERÍSTICAS PECULIARES DA SITUAÇÃO JURÍDICA CONCRETA, NEGA APRIORISTICAMENTE O PODER DE AÇÃO AO PARTICULAR. INEXISTINDO RAZÃO PREPONDERANTE OU EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL, A AÇÃO É ADMISSÍVEL”⁸⁰.

Ademais, é perfeitamente possível aplicar à lide, por analogia, os preceitos que cuidam da contrapropaganda inseridos no Código de Defesa do Consumidor, o artigo 60 do Código autoriza a **imposição da contrapropaganda “quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator”**.

O § 1º do mesmo artigo determina que “a contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e

⁷⁹ *Execução Civil*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 1993, p.380.

⁸⁰ *Execução Civil*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 386. Em outra perspectiva, mas no mesmo sentido, diz Luiz Guilherme Marinoni: “**Diante de um direito fundamental (...) o Estado não pode se esquivar do seu dever de proteção. Perante esse dever, há o que canaris chama ‘imperativo de tutela’, isto é, a necessidade de tutela ou de proteção do direito fundamental.** Essa tutela incumbe, em princípio, ao legislador, que deve editar a norma de proteção, realizando a *denominada proteção ou tutela normativa*. Contudo, **quando o legislador descumprir o seu dever de proteção, surge uma situação de omissão de tutela ou de proteção.** Não obstante, essa omissão pode ser questionada perante o poder Judiciário, quando o juiz deverá verificar, em *face do direito fundamental*, se realmente houve omissão de proteção por parte do legislador. Se a conclusão for positiva, caberá ao magistrado, *suprir a omissão na proteção do direito fundamental, concedendo a tutela jurisdicional*. Isso porque, como já foi dito, o dever de proteção é incumbência do Estado, e não apenas do legislador. Não pense que o juiz, nesse caso, estará assumindo o lugar do legislador. É que o dever de proteção normativa decorre do direito fundamental. Quando o legislador deixa de proteger um direito fundamental, há simplesmente violação do direito fundamental, a qual pode ser corrigida pelo Poder Judiciário. Imaginar que o juiz não pode corrigir tal violação é o mesmo que supor que o Estado – Legislador – não tem ‘obrigações’ para com particulares. Na verdade, a consequência de que o Estado tem o dever de proteger um particular contra o outro é a de que a violação desse dever pode ser corrigida pelo poder Judiciário. Separação de poderes, como é óbvio, não é o mesmo do que ‘carta-branca’ para a violação dos direitos” (*Técnicas Processual e Tutela de Direitos*, op. cit., pp. 320-321).

dimensão e, preferencialmente **no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva**”.

A conduta dos Réus JOÃO KLEBER e REDE TV é assemelhada à publicidade abusiva, porque, nos termos do art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, **é abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza e a que incite à violência, explore o medo ou a superstição do público.**

Considerando, ainda, que o **acesso à informação** é direito fundamental da pessoa, reconhecido no art. 5º, inciso XIV, da Constituição, compreende-se porque é preciso, no presente caso, desfazer o malefício causado pelas mensagens abusivas, através da garantia da contrapropaganda.

Tanto a Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n.º 7.347/85) quanto o art. 461 do Código de Processo Civil autorizam a concessão da tutela antecipatória inibitória específica.

A medida preventiva é cabível, nos termos do parágrafo 3º do art. 461 do CPC, quando for **“relevante o fundamento da demanda”** e houver **“justificado receio de ineficácia do provimento final”**.

Pensam aos Autores desta ação que a relevância da demanda já está suficiente demonstrada.

Diversamente das ações que costumam ser propostas perante a Justiça Federal, a presente demanda não versa sobre direitos patrimoniais de contribuintes. Ela busca tutelar, a liberdade, a igualdade e a dignidade dos telespectadores brasileiros, que não suportam mais assistir às humilhações e preconceitos veiculados *ad nauseam* no programa dos primeiros Réus.

Para esses brasileiro, apenas a concessão do provimento jurisdicional antecipado servirá para proteger, de modo efetivo, os direitos não-patrimoniais de que são titulares. A outra opção – aguardar anos até a

prolação de sentença definitiva – importaria em admitir que os direitos fundamentais invioláveis aqui invocados podem continuar a ser violados até final decisão judicial, o que evidentemente é um absurdo.

POR TODO EXPOSTO, PLEITEIAM OS AUTORES A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA INIBITÓRIA PARA O FIM DE:

a) **ORDENAR AOS RÉUS REDE TV E JOÃO KLEBER QUE SE ABSTENHAM DEFINITIVAMENTE DE EXIBIR O PROGRAMA “TARDE QUENTE” E O QUADRO “PEGADINHAS”, NELE VEICULADO;**

b) **ORDENAR QUE A EMISSORA RÉ EXIBA, À TÍTULO DE CONTRAPROPAGANDA, DURANTE 60 (SESSENTA) DIAS, NO MESMO VEÍCULO, LOCAL, ESPAÇO E HORÁRIO DA TRANSMISSÃO IMPUGNADA, OS PROGRAMAS DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PRODUZIDOS E/OU INDICADOS PELOS AUTORES DA AÇÃO;**

c) **PARA TORNAR EXEQUÍVEL A MEDIDA REQUERIDA NO ITEM ANTERIOR, ORDENAR QUE OS RÉUS REDE TV e JOÃO KLEBER SEJAM COMPELIDOS A FORNECER A ESTRUTURA E O PESSOAL TÉCNICO NECESSÁRIO (câmeras, operadores de áudio e de vídeo, cabos, técnicos de iluminação, eletrecistas, operadores de VT etc.) E TAMBÉM A PAGAR OS CUSTOS DE PRODUÇÃO E EDIÇÃO, ATÉ O LIMITE DE R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), POR PROGRAMA;**

d) **ORDENAR QUE O ÓRGÃO DA UNIÃO FEDERAL COMPETENTE (a Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações) proceda ao IMEDIATO MONITORAMENTO DOS DEMAIS PROGRAMAS EXIBIDOS PELA EMISSORA RÉ,** sobretudo aqueles

arrolados no “ranking da baixaria”, periodicamente divulgado pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados;

e) **DETERMINAR A IMPOSIÇÃO DE MULTA COMONITÁRIA DIÁRIA**, em valor não inferior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, **para a hipótese de DESCOMPRIMENTO das ordens judiciais requeridas nos itens anteriores.**

PEDIDOS DE PROVIMENTO CONDENATÓRIO E DESCONTITUTIVO APÓS COGNIÇÃO EXAURIENTE

1. Condenação dos Réus JOÃO KLEBER e REDE TV ao pagamento de indenização por dano moral coletivo.

Como ensina Carlos Alberto Bittar Filho,

“(...) O DANO MORAL COLETIVO É A INJUSTA LESÃO DE ESFERA MORAL DE UMA DADA COMUNIDADE, OU SEJA, É A VIOLAÇÃO ANTIJURÍDICA DE UM DETERMINADO CÍRCULO DE VALORES COLETIVOS. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.”⁸¹

A possibilidade jurídica do pedido de indenização por dano moral coletivo decorre de expresso dispositivo legal: o art. 1º, *caput*, da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/85):

⁸¹ “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro” in *Direito do Consumidor*, vol. 12- Ed. RT.

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS e patrimoniais causados (...) A QUALQUER outro INTERESSE DIFUSO OU COLETIVO.

Há, no caso, o dever de indenizar porque a **conduta ilícita continuada praticada no programa TARDE QUENTE ofendeu, diante de uma platéia de milhões de telespectadores, valores fundamentais compartilhados por todos os brasileiros.**

A responsabilidade dos Réus REDE TV e JOÃO KLEBER é solidária, uma vez que decorre da prática de ato ilícito para o qual ambos concorreram⁸².

Como observa Carlos Alberto Bittar, **O VALOR DEVIDO a título de indenização pelos danos morais coletivos**

“(...) deve traduzir-se em MONTANTE QUE REPRESENTA ADVERTÊNCIA AO LESANTE E À SOCIEDADE DE QUE SE NÃO SE ACEITA O COMPORTAMENTO ASSUMIDO, OU O EVENTO LESIVO ADVINDO. Consubstancia-se, portanto, em IMPORTÂNCIA COMPATÍVEL COM O VULTO DOS INTERESSES EM CONFLITO, REFLETINDO-SE DE MODO EXPRESSIVO, NO PATRIMÔNIO DO LESANTE, A FIM DE QUE SINTA, EFETIVAMENTE, A RESPOSTA DA ORDEM JURÍDICA AOS EFEITOS DO RESULTADO LESIVO PRODUZIDO. DEVE, POIS, SER

⁸² Porque nos termos do art. 942, parágrafo único, do Código Civil, “são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores”. O réu JOAO KLEBER é apresentador, produtor e diretor do programa exibido pela emissora Ré. Portanto, ambos os Réus são solidariamente responsáveis pelos atos ilícitos praticados durante a exibição do programa TARDE QUENTE.

QUANTIA ECONOMICAMENTE SIGNIFICATIVA, EM RAZÃO DAS POTENCIALIDADES DO PATRIMÔNIO DO LESANTE. Coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com maior ênfase, a sua função inibidora de comportamentos. Com efeito, o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesionamentos de ordem moral.”⁸³

O faturamento bruto anual anunciado pela emissora Ré é de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

É preciso considerar também que: a) o programa impugnado é exibido para um **público virtual de 131.874.053 de brasileiros**; b) **as ofensas são transmitidas em horário livre, durante todos os dias da semana (exceto domingos), e alcançam praticamente todo território nacional**; c) **a conduta ilícita vem se repetindo há anos**; d) **os Réus têm pleno conhecimento da ilicitude do fato e recusaram a composição amigável da lide.**

Por essas razões, entendem os Autores que **é mais do que razoável a FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS NO VALOR DE R\$ 20.000.000,00 (VINTE MILHÕES DE REAIS), EQUIVALENTE A 10% DO FATURAMENTO BRUTO ANUNCIADO DA EMISSORA.**

2. Cassação da concessão pública outorgada à emissora ré.

Como ocorre em TODOS os serviços públicos cuja exploração é deferida a particulares, também as concessões do serviço de radiodifusão de sons e imagens estão sujeitas a normas de direito público, de caráter cogente.

⁸³ “reparação Civil por Danos Morais” in RT, 1993, p. 220-222

Justifica-se o regime jurídico não-privatista porque, na dicção de Celso Antonio Bandeira de Mello, os serviços concedidos estão *“inamovivelmente sediadas na esfera pública, razão porque não há transferência da titularidade dos serviços para o particular”*⁸⁴.

Como em qualquer outra concessão pública, também na outorga do serviço de radiodifusão o concedente dispõe de uma série de *“poderes-deveres”* em face do concessionário, dentre os quais o **poder regulamentar** e o **poder de aplicar sanções administrativas ao concessionário inadimplente**.

Como já visto; **a emissora Ré vem reiteradamente descumprindo as seguintes normas regulamentares, de natureza cogente, que incidem sobre a concessão:**

a) **o artigo 221 da Constituição, que obriga as concessionárias a respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família;**

b) **o artigo 53 do Código Brasileiro de Telecomunicações** (Lei Federal n.º 4.117/62, que tipifica, como **infração administrativa**, o emprego da concessão para **“incitar a desobediência às leis ou decisões jurídicas”, “veicular notícias falsas, com perigo para ordem pública, econômica e social”** e **“ofender a moral familiar pública ou os bons costumes”**⁸⁵;

c) **o artigo 28 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão** (Decreto Presidencial n.º 52.975/63) que obriga as concessionárias a **“subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publicidade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão”** e a **“não transmitir**

⁸⁴ Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1996, p.435.

⁸⁵ Os conceitos jurídicos indeterminados “moral familiar pública” e “bons costumes” devem sofrer interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, para conferir à norma de 1962 interpretação que lhe preserve a constitucionalidade; isto porque, em atendimento ao *princípio da conservação das normas*, uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins a que se destina, pode ela ser interpretada em conformidade com a Constituição (cf. a respeito, José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Lisboa, Almedina, 1998, pp. 1096-1100). Como resultado da exegese, é lícito considerar que os conceitos “moral familiar pública” e “bons costumes” referem-se aos valores fundamentais explícita ou implicitamente declarados na Constituição, tais como, liberdade, igualdade, presunção de inocência, proteção à infância e à velhice, privacidade, honra etc.

programas que atentem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico”.

As **sanções administrativas** para a concessionária faltosa **estão tipificadas no art. 59 do Código Brasileiro de Telecomunicações** (Lei Federal n.º 4.117/62). **São elas:** a) **multa** até o valor de NCr\$ 10.000,00; b) **suspensão**, até 30 (trinta) dias; e c) **cassação da concessão**.

A **pena de cassação da concessão pública** – isto é, a **rescisão unilateral do contrato celebrado** – é cabível nas hipóteses elencadas no art. 64 do mesmo Código, dentre elas, **“a infringência do artigo 53”** (acima citado) e a **“reincidência em infração anteriormente punida com suspensão”**.

Além de infringir as alíneas **“a”, “h” e “j” do art. 53 do Código Brasileiro de Telecomunicações**, a emissora ré também cometeu – e continua cometendo – o crime de injúria contra as pessoas que participam das “pegadinhas”, crime esse **tipificado no art. 22 da lei 5.250/67**.

Ora, o art. 63, alínea **“b”**, do Código Brasileiro de Telecomunicações autoriza a imposição da pena de suspensão justamente na hipótese de infração à Lei Federal n.º 5.250/67. Como a Ré é reincidente nessa infração, **também é cabível a aplicação da pena de cassação da concessão, com fundamento no art. 64, alínea “b”, do mesmo Código**.

Ocorre que a **Constituição brasileira** excepcionou, no art. 223, § 4º, a regra geral que **faculta à Administração Pública o poder “cancelar”** [*rectius*: rescindir unilateralmente] os contratos de concessão do serviço público de radiodifusão. Segundo a norma constitucional, **“o cancelamento da concessão ou permissão, antes vencido o prazo, DEPENDE DE DECISÃO JUDICIAL”**.

O que se está a pleitear a Vossa Excelência, portanto, é a RESCISÃO JUDICIAL do contrato de concessão do serviço de radiodifusão, celebrado entre a União e emissora Ré.

O fundamento do pedido de desconstituição da relação jurídica é o reiterado inadimplemento, pela concessionária ré, das normas regulamentares de caráter cogente que incidem sobre a prestação do serviço.

Trata-se, convém repetir, de **sanção administrativa tipificada no art. 64 do Código Brasileiro de Telecomunicações, cuja imposição só pode ser feita mediante decisão JUDICIAL definitiva. Daí a razão do pedido.**

SÍNTESE DOS PEDIDOS FORMULADOS E REQUERIMENTOS FINAIS

Em síntese, Excelência, os Autores estão em juízo para pedir:⁸⁶

⁸⁶ No Recurso Especial nº 605.323 – MG, relator para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki, recentemente julgado, a 1ª Turma do STJ admitiu, expressamente, a possibilidade, em ação civil pública para a tutela do meio ambiente, de cumulação de pedidos de obrigação de fazer, de não-fazer e de pagar quantia certa, a título de indenização. A ementa do acórdão é a seguinte: “PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, § 3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART. 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL. 1. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art.225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral. Deles decorrem, para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso. 2. A ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III). Como todo instrumento, submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material. Somente assim será instrumento adequado e útil. 3. É por isso que, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/85 (“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). É conclusão imposta, outrossim, por interpretação sistemática do art. 21 da mesma lei, combinado com o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor e, ainda, pelo art. 25 da Lei 8.625/1993, segundo o qual incumbe ao Ministério Público “IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente (...)”. 4. Exigir, para cada espécie de prestação, uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes,

1.A concessão de TUTELA ANTECIPATÓRIA INIBITÓRIA DE EFEITOS NACIONAIS⁸⁷ para, com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil:

- a) **ORDENAR QUE OS RÉUS SE ABSTENHAM DEFINITIVAMENTE DE EXIBIR O PROGRAMA “TARDE QUENTE” E O QUADRO “PEGADINHAS”, NELE VEICULADO;**
- b) **ORDENAR QUE A EMISSORA RÉ EXIBA, À TÍTULO DE CONTRAPROPAGANDA, DURANTE 60 (SESSENTA) DIAS, NO MESMO VEÍCULO, LOCAL, ESPAÇO E HORÁRIO DA TRANSMISSÃO IMPUGNADA, OS PROGRAMAS DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PRODUZIDOS E/OU INDICADOS PELOS AUTORES DA AÇÃO;**
- c) **PARA TORNAR EXEQUÍVEL A MEDIDA REQUERIDA NO ITEM ANTERIOR, ORDENAR QUE OS RÉUS SEJAM COMPELIDOS A FORNECER A ESTRUTURA E O PESSOAL TÉCNICO NECESSÁRIO (câmeras, operadores de áudio e de vídeo, cabos, técnicos de iluminação, eletrecistas, operadores de VT etc.) E TAMBÉM A**

entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa. A proibição de cumular pedidos dessa natureza nãoexiste no procedimento comum, e não teria sentido negar à ação civil pública, “criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito.5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (DJ 17/10/2005, pp.1-2).

⁸⁷ Os efeitos da decisão antecipatória devem alcançar todos os Estados em que ocorra a veiculação do programa em espeque, sob pena de se criar situação insustentável, qual seja, a declaração de que tal veiculação é inadequada para o Estado de São Paulo, e, ao mesmo tempo, adequada para os demais entes federados. Além do que, em situações análogas, mais especificamente em casos de produtos que se revelem nocivos, nosso ordenamento jurídico (art. 102 do Código de Defesa de Consumidor) prevê a possibilidade de ajuizamento de ações que visem competir o Poder Público competente a proibir, em todo

PAGAR OS CUSTOS DE PRODUÇÃO E EDIÇÃO,
ATÉ O LIMITE DE R\$ 50.000,00 (cinquenta mil
reais), por programa;

- d) **ORDENAR QUE O ÓRGÃO DA UNIÃO FEDERAL**
COMPETENTE (a Secretaria de Serviços de
 comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações)
proceda ao IMEDIATO MONITORAMENTO DOS
DEMAIS PROGRAMAS EXIBIDOS PELA
EMISSORA RÉ, sobretudo aqueles arrolados no
 “ranking da baixaria”, periodicamente divulgado pela
 Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos
 Deputados;
- e) **DETERMINAR A IMPOSIÇÃO DE MULTA**
COMINATÓRIA DIÁRIA, em valor não inferior a R\$
 200.000,00 (duzentos mil reais), com fundamento no art.
 461, § 4 °, do Código de Processo Civil, **PARA A**
HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DAS
ORDENS JUDICIAIS REQUERIDAS NOS ITENS
ANTERIORES;

2. A **CONDENAÇÃO DOS RÉUS REDE TV e**
JOÃO KLEBER, SOLIDARIAMENTE, ao **PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO,**
POR DANOS MORAIS COLETIVOS NO VALOR DE R\$ 20.000.000,00 (VINTE
MILHÕES DE REAIS), acrescidos de juros moratórios e correção monetária a partir
 da citação, importância que deverá ser revertida ao Fundo de Defesa de Direitos
 Difusos, instituído pela Lei Federal n. ° 7.347/85;

o território nacional, a produção, divulgação, a distribuição ou venda deste produto, razão mais que
 suficiente para, por analogia, aplicar a extensão pretendida.

**2. A RESCISÃO JUDICIAL DO CONTRATO DE
CONCESSÃO DO SERVIÇO DE
RADIODIFUSÃO, CELEBRADO ENTRE A
UNIÃO E A EMISSORA RÉ.**

Requerem, ainda:

- a) **A DISTRIBUIÇÃO URGENTE desta inicial;**
- b) **A ISENÇÃO do pagamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nos termos do que dispõe a Lei Federal n.º 7.347/85;**
- c) **A INTIMAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL** para, se quiser, integrar a presente lide, na posição de litisconsorte ativa, como lhe faculta o art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/95, caso concorde com os pedidos ora formulados;
- d) **A CITAÇÃO dos Réus** para, querendo, contestar a presente ação, pena de, assim não o fazendo, sofrerem os efeitos da revelia;
- e) **A INTIMAÇÃO PESSOAL dos representantes do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL,** nos termos do que dispõe o art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil.

Protestam os Autores provar os fatos alegados por todos os meios admitidos no Direito, notadamente a juntada de documentos, a oitiva de testemunhas e a realização de perícias.

Dá-se á presente causa o valor de 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Termos em que,
P. Deferimento.

São Paulo, 24 de outubro de 2005.

SERGIO GARDENGHI SUIAMA
Procurador Regional dos Direitos do Cidadão
Procurador da República

ADRIANA DA SILVA FERNANDES
Procurador Regional dos Direitos do Cidadão
Procuradora da República

FERNANDO DE OLIVEIRA CAMARGO
ADVOGADO – CDH
OAB/SP 144.638

PAULO TAVARES MARIANTE
ADVOGADO – Intervenções/identidade
OAB/SP 89.915

FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO
ADVOGADO – AIESSP/Associação da Parada
OAB/SP 110.50

Anexo 7

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.04.01.031627-9/RS

RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELANTE : UNIÃO FEDERAL

ADVOGADO : Luiz Henrique Martins dos Anjos

APELADO : MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ RS

ADVOGADO : Paulo Fernando Mentz e outro

RELATÓRIO

Trata-se de apelações apresentadas pelo Ministério Público Federal e pela União contra sentença lançada em Ação Civil Pública que tem por objetivo condenar o Município de São Sebastião do Caí à obrigação de não fazer, determinando que este ente público não submeta as pessoas que se entregam ou que supõe entregar-se à prostituição, a exame de HIV e DST de noventa em noventa dias e apresentação dos respectivos resultados. Sucessivamente foi requerida a condenação do Município a não utilização de recursos da União na realização dos citados exames.

Ação interposta em 20 de julho de 1998 (fl. 12). A antecipação de Tutela concedida em setembro de 1998. Sentença pela carência da ação em 18 de agosto de 1999 (fl. 93).

Nos apelos dizem que os profissionais de sexo de São Sebastião do Caí compõe segmento da coletividade, cujos interesses são difusos. Há necessidade de reforma da decisão, à vista da legitimidade do Ministério Público. Não está o Ministério público federal buscando a defesa dos direitos disponíveis e privados. A exigência Municipal consubstancia frontal ofensa à Convenção Internacional para Repressão ao Tráfico de Pessoas e do Genocídio, artigo 6º, subscrita pelo Brasil e promulgada pelo decreto nº 89.460/1994, passando a integrar o artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Ofende ainda os direitos fundamentais de igualdade, de proteção da intimidade e da dignidade da pessoa humana, isto é, verdadeira afronta à ordem jurídica. A exigência é injurídica, antidemocrática e abusiva e sua aplicação implica em medida arbitrária de condução coercitiva de pessoas aos exames.

A legitimação do Ministério Público federal decorre do disposto nos arts. 127, *caput*, e 129, incs. II e III; e nos arts. 5º, incs. I, c, e V, a; e 6º, incs. VII, a e d, e XII, bem como do disposto no art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/1985, por fim, a Ação Civil Pública existe para defender o próprio interesse público. Ainda que fossem disponíveis, os interesses individuais homogêneos são aspectos de abrangência e repercussão social. O catálogo de direitos fundamentais do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988 não é taxativo, constituindo cláusula aberta. O precedente citado, estabelecido no julgamento do RE nº 80.004/SE (RTJ 83/809) é de junho de 1977, e estava em pauta a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, e não a defesa dos direitos humanos.

A Ação Civil Pública, com o escopo em tela, não ofende ao disposto no artigo 102, inc. I, a, da Constituição Federal de 1988, não caracterizando usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. O próprio Supremo na Reclamação nº 1.017/1999 admitiu a utilização da Ação Civil Pública com fundamento em questão de inconstitucionalidade e pretensão condenatória. A alegada inconstitucionalidade de lei municipal, se dá em face dos artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput*, e inciso X, da Constituição Federal de 1988, e é fundamento da pretensão específica deduzida. Aqui se faz o controle difuso, exercido incidentes também como faz qualquer juiz ou tribunal, não havendo óbice à legitimidade Ministério Público Federal. Considerando que o juiz entendeu que lei municipal de São Sebastião do Caí derogou a Convenção sobre Direitos Humanos, adentrou ao mérito, embora tenha extinto o processo sem julgamento do mérito. Tece considerações em torno do mérito da ação, salientando em torno da Convenção Internacional acolhida pelo Brasil, a violação do direito à intimidade e igualdade.

O ato hostilizado ofende os princípios do SS (Lei nº 8.080/1990), que impõe à preservação da autonomia das e a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios (art. 7º, inc. III e IV). O Ministério da Saúde e o do Trabalho baixaram Portaria Conjunta sob o nº 869/92, proibindo o malsinado teste nos exames adicionais e periódicos de saúde. Espera o provimento da apelação como o provimento da ação.

Não foram ofertadas contra-razões pelo Município (fl. 169). O processo foi concluso em 25.09.2000 (fl. 183) com parecer pela procedência do apelo.

É o relatório.

VOTO

A presente Ação Civil Pública foi ajuizada em 20 de julho de 1998, tendo em vista a Lei Municipal de São Sebastião no interior do Estado do rio Grande do Sul, que tornou “obrigatório o exame periódico de saúde pelas pessoas que se dedicam ao comércio do sexo”.

A municipalidade, amparada no dispositivo, teria no dia 16.07.1998 promovido transporte de quarenta e cinco prostitutas da região em veículos Kombis para Porto Alegre, a fim de fazer exames tendentes a identificar se seriam portadores do HIV (fls. 20-21). Diante do clamor público e notícias jornalísticas, o Coordenador Nacional de DST e AIDS do Ministério da Saúde sustentou a inconstitucionalidade da testagem compulsória, desrecomendando a prática e sugerindo outras estratégias, pois a lei em tela contraria os objetivos da proteção da saúde pública, pois face à janela imunológica e da apresentação de exame negativo poderiam levar a um relaxamento quanto ao uso de métodos preventivos. O Grupo de Apoio à Prevenção da AIDS – GAPA promoveu representação perante o Ministério Público Federal afirmando o verdadeiro “*apartheid*” sanitário no Município, contrariando princípios legais e constitucionais. Eis um resumo fático.

A sentença extintiva do feito fundou-se nas seguintes considerações: a) o Ministério Público careceria de legitimidade para a tutela de interesses individuais disponíveis; b) os tratados internacionais incorporados ao direito líquido não possuem primazia hierárquica, e num eventual conflito, a lei municipal teria derogado, pelo critério cronológico, o Tratado; c) o sistema constitucional brasileiro não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal face à Constitucional Federal, não se admitindo Ação Civil Pública para promover o controle da constitucionalidade de uma lei municipal.

Enfrento as questões iniciando pelo exame da legitimidade do autor da ação – Ministério Público.

Pelo relatório foi destacado que o objetivo da ação consiste na condenação do Município réu a abster-se de submeter as pessoas que se dedicam ao comércio do sexo a exames compulsórios de saúde para diagnóstico de HIV e DST, bem como exigir-se delas a apresentação de resultados ou sua fixação nos estabelecimentos em que habitam.

A Constituição atribui ao Ministério Público a função institucional de promover ação civil pública para a proteção de quaisquer interesses difusos ou coletivos por força dos artigos 127, *caput*, e 129, inc. III. A exigência da municipalidade referida vulnera de forma aberta os direitos fundamentais de proteção da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da igualdade os princípios geradores do SUS – Sistema Único de Saúde, estampado na Lei nº 8.080/1990, bem como desrespeita Convenção Internacional, artigo 6º, internalizada pelo Decreto nº 89.460/1984.

Inscritos como direitos fundamentais têm características entre as quais se destacam a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a irrenunciabilidade na precisa lição de Alexandre de Moraes (**Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria Geral. São Paulo: atlas, 1997. P. 91):

*“A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: **imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade**:*

- **imprescritibilidade**: os direitos fundamentais não se perdem pelo decurso do tempo;*
- **inalienabilidade**: não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso;*
- **irrenunciabilidade**: os direitos humanos fundamentais não perdem seu objeto de renúncia. Dessa característica surgem discussões importantes na doutrina e posteriormente analisadas, como a renúncia à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;*
- **invioabilidade**: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos de autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal”.*

Está em jogo, como se vê, a manutenção da própria ordem jurídica, em um de seus aspectos mais sensíveis.

Fossem direitos disponíveis, por amor à argumentação, remanesce intacta a legitimidade do autor da Ação Civil Pública, pois para a defesa dos interesses individuais homogêneos é que foi criada a ação civil na lição de Maria Hilda Marsiaj Pinto (**Ação Civil Pública**: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005).

Por meio desta ação, em nome próprio, mas no interesse das vítimas dos atos municipais arbitrários e antidemocráticos, é que foi interposta a ação suprimindo a iniciativa das vítimas que por menos favorecidas econômica e intelectualmente, em condições de vulnerabilidade múltipla, se sentem desencorajadas de enfrentar as dificuldades e a exposição pública que a postura ativa acarreta. Não é desarrazoado pensar que teriam que deixar o Município réu, procurando outro local para habitar.

A norma Municipal, ao desrespeitar princípios basilares do SUS, como a autonomia do paciente, o sigilo, a intimidade, investe contra o próprio sistema público de saúde e só isto seria motivo suficiente a conferir legitimidade ao Ministério Público Federal.

Por outro lado, as normas veiculadas em tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pela República, encontram-se equipados aos direitos fundamentais na precisa lição de Flávia Piovesan (**Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.98):

“Em suma, a natureza constitucional dos tratados de proteção aos direitos humanos decorre de previsão constitucional do art. 5º, parágrafo 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana. Esta opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional”.

O precedente citado, RE nº 80004/SE, de julho de 1977, refere-se a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, nada dispondo sobre direitos fundamentais, daí não pode servir de paradigma para a solução do caso em tela. Preliminar rejeitada.

A sentença afasta ainda o cabimento da Ação Civil Pública, pois tratar-se-ia de transformar a Ação civil Pública em instrumento de controle direto e abstrato de constitucionalidade, estando o juízo de primeiro grau usurpando competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, a).

O próprio Supremo, em decisão proferida na Reclamação nº 1017/SP, admitiu a possibilidade da Ação Civil Pública com fundamento principal em questão de inconstitucionalidade e pretensão condenatória.

Do voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, extrai-se:

“Certo, em nosso complexo sistema de convivência do sistema concentrado e direto com o sistema difuso e incidente de controle de normas, não se discute que, nesse último, a questão de inconstitucionalidade possa traduzir o fundamento principal, quiçá o único, de uma demanda, sem que, no entanto, essa se confunda por isso com a ação direta: basta que nela se veicule pretensão que, na via do controle abstrato, seria inadmissível. É critério distintivo de fácil manejo, quando se cuida de inconstitucionalidade de normas.

Aí, a ação direta, de um lado, é o único instrumento idôneo a obter, em caráter principal e não incidente, a declaração de inconstitucionalidade (ou, entre nós, também, a de constitucionalidade) da norma impugnada, mas, de outro, a essa declaração se restringe sua função.

Dessa limitação decorre ao contrário que, se a inconstitucionalidade é argüida como fundamento de outra pretensão que não a mera declaração de invalidez da norma – por exemplo, de uma pretensão condenatória ou mandamental, malgrado derivada da inconstitucionalidade de determinada regra jurídica – não será a da ação direta a via processual adequada, mas sim a do controle incidente e difuso: nessa linha, com a ampla maioria do Plenário, o raciocínio que desenvolvi, nas

Reclamações 597, 600 e 602, de 3.8.97, para negar houvesse usurpação da competência do Supremo Tribunal no conhecimento pela Justiça comum de ações civis públicas, nas quais a inconstitucionalidade de lei federal era aventada como fundamento de pedido condenatório de pagamento de correção monetária formulado em favor dos titulares de cadernetas de poupança contra numerosas instituições financeiras” (REsp nº 1017/SP, STJ, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julg. Em 07.04.2005, DJU de 03.06.2005, p.4).

Veja-se que basta que na Ação Civil Pública se veicule pretensão, que na via de controle abstrato seria inadmissível.

É o caso dos autos, a alegada inconstitucionalidade da lei Municipal é fundamento da pretensão deduzida, que é a condenação da Municipalidade a não fazer o coercitivo controle sociológico em relação às pessoas que se dedicam ao comércio do sexo a cada noventa dias, e a apresentação e a fixação de resultados nos estabelecimentos para tal fim, bem como a coercitiva condução de tais pessoas à Porto Alegre para inseri-las no SUS para exames.

Ora, o controle normativo abstrato de constitucionalidade é processo objetivo, vocacionando exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional, lesionado pela manutenção da lei em descompasso com a Constituição, é em apertada síntese o que leciona Clémerson Merlin Clevé (**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 141-145) e Gilmar Ferreira Mendes (**Controle da Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 250).

Por outro lado, para configuração do controle abstrato é necessária uma lei em tese, com a constatação de um coeficiente de generalidade abstrata e da impessoalidade.

Tenho que aqui não é o caso de lei em tese, pois no pequeno município gaúcho todos são conhecidos, e a infeliz produção legislativa, que certamente teve o escopo de propiciar a sanidade do Município, dirige-se contra menos de uma centena de pessoas, provavelmente do sexo feminino, pobres e iletradas, que são conhecidas, pois foram, ou estão sendo compulsoriamente conduzidas ao centro maior para a obrigatória testagem, em situação violadora de um dos atributos da dignidade da pessoa humana, isto é, sua intimidade. Não se trata de lei impessoal, mas lei de efeitos concretos, quais seja, na realidade acredita-se no fim do comércio do sexo no Município. Se o fim pode ser desejável, os meios utilizados não se justificam no ordenamento jurídico. Vê-se que a lei não seria passível de controle concentrado, ao revés, o controle concentrado não resultaria na obrigação de não fazer pretendido na Ação Civil Pública. Rejeita a preliminar.

Considerando, como antes referimos, que o Eminent Magistrado sentenciante ao usar a tese de derrogação da convenção pela lei municipal posterior, ingressou no mérito da ação, o que permite a solução imediata da controvérsia neste processo, cuja tramitação alongou demasiado, procedimento que adoto também com suporte no §3º do artigo 515 do CPC.

A Lei Municipal nº 2.068/1998 não se sustenta no ordenamento jurídico pátrio, pois em relação a um grupo determinado de pessoas institui um *apartheid* sanitário e social, com violação de preceitos da Constituição e do SUS.

A questão foi brilhantemente enfrentada nas razões de recurso apresentadas pelos doutos Procuradores da República Fábio Bento Alves, Paulo Gilberto Cogo Leivas e

Maria Valesca de Mesquita, que transcrevo, adotando-as como fundamentos para a procedência da ação com o provimento das apelações:

“História dos Regimes Legais Sobre Prostituição

Existem três regimes jurídicos na normatização da prostituição: **Proibicionismo; Regulamentarismo e Abolicionismo**. Na Idade Média vigorava a proibição da prostituição, razão porque chamamos esse período de proibicionista. Essa fase foi sucedida pelo regulamentarismo, que se caracterizou na França, por três pontos principais: a) a atividade de prostituição era restrita às casas de tolerância; b) as profissionais eram obrigadas a se inscrever em um registro na polícia de costume e a portar uma carteira específica; c) estavam sujeitas a privação de liberdade por uma simples decisão do policial comissário. Nesse país a Lei de 13 de abril de 1946 fechou as Casas de Tolerância e suprimiu a inscrição no registro, embora a Lei de 24 de abril de 1946 restabelecesse a ficha sanitária social. Essa lei foi regulamentada por um decreto de 05 de novembro de 1946, constituindo uma espécie de dossiê sanitário, obrigando esses profissionais a se submeterem a exames médicos periódicos e de declarar sua mudança de residência. Essa ficha sanitária foi extinta em 28/07/60 quando a França ratificou a ‘Convenção para a Repressão a abolição do tráfico de seres humanos e da exploração da prostituição, de 2 de dezembro de 1949’. Trata-se de uma convenção que inaugurou o chamado Regime Abolicionista em relação à prostituição.

O Brasil teve seu período regulamentarista com o Decreto nº 7223, de 21/06/35, por meio do qual cumpria à Delegacia dos Costumes fiscalizar o meretrício, inclusive por meio de registros e carteiras obrigatórias para uso dos profissionais do sexo. Merece ser destacado, porém, que o Brasil aderiu ao regime abolicionista com a promulgação da Convenção para Representação do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, ratificada em 05/10/51 e promulgada pelo Decreto nº 46.981, de 08/10/59 (fls. 51 a 54).

Deve ser destacado que o Código Penal Brasileiro não pune a prostituição, que é uma atividade lícita, embora estatua a criminalização de atos correlatos, como o favorecimento da prostituição; o ato de manter casa de prostituição; o rufianismo e o tráfico de mulheres.

O Brasil é signatário de diversas convenções que determinam medidas contra o lenocínio e também a abolição de práticas discriminatórias contra os profissionais do sexo.

A Convenção Sobre Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, promulgada pelo Brasil em 20/03/84 (Decreto nº 89.460), determina que os Estados Partes tomem todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição das mulheres. A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 28, de 14/09/90, sendo promulgada pelo Decreto nº 99.710, em 21/11/90, compromete os Estados signatários a impedir a prostituição da criança ou sua exploração em outras práticas sexuais ilegais (act. 34).

Da Violação ao art. 6º da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio

Contudo, é de maior relevo e aplicação para a situação levada à juízo a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (fls. 51 a 54), que, além de comprometer os Estados a adotar medidas contra a exploração da prostituição, protege as profissionais do sexo contra práticas discriminatórias e vexatórias do poder público. Diz o art. 6º desta convenção:

‘Cada parte na presente Convenção convém em adotar todas as medidas necessárias para abrogar ou abolir toda lei, regulamento e prática administrativa que obriguem a inscrever-se em registros especiais, possuir documentos especiais ou conformar-se a condições excepcionais de vigilância ou de notificação as pessoas que se entreguem ou que se supõe entregar-se à prostituição’.

A conduta do réu, que se sente autorizado por uma lei municipal, contraria o artigo 6º da Convenção para Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, pois estabelece condições excepcionais de vigilância sanitárias às pessoas que se entregam à prostituição e as obriga a possuir documentos especiais, tal como o exame laboratorial negativo de HIV e outras doenças sexualmente transmissíveis.

Ademais, esta lei estimula o lenocínio e as casas de prostituição, contrariando os arts. I e 11 desta Convenção.

Da Violação do Direito Fundamental à Intimidade

Os direitos inscritos no art. 6º da Convenção são direitos fundamentais incorporados à Constituição Federal de 1988 por força do §2º art. 5º. Ademais, remetem aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, *caput*), da intimidade (art. 5º, X), que são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

O Supremo Tribunal Federal tem, amiúde, aplicado o princípio da intimidade, bem como o da intangibilidade do corpo humano, em diversas decisões, pedindo vênias para transcrever as emendas das decisões mais paradigmáticas:

‘Ementa: I. Recurso Extraordinário: legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha - , não habilitada anteriormente, que, porém, não a inibe de interpor recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Sums. 210 e 448).

II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário à revista íntima, ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho; questão que, malgrado sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então (unânime,

RE-160222/RJ, Relator: Ministro SEPÚLVIDA PERTENCE, DJ de 01.09.95, p. 27402).

‘Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE EXAME DNA – CONDENAÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA.

Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório “debaixo de vara”, para coleta de material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos (Unânime, HC – 71373/RS), Relator Ministro FRANCISCO REZEK, DJ de 22.11.96, pp. 45686, tribunal Pleno).

Da violação ao Direito Fundamental à Igualdade

A violação do princípio da igualdade está na submissão das prostitutas a condições excepcionais de vigilância, somente elas, como se fossem as únicas responsáveis pela disseminação do vírus do HIV, o que contrariaria todas as evidências científicas e o bom senso.¹

O direito fundamental à igualdade significa que pessoas que se encontram em situação equivalente devem ser tratadas de modo isonômico. Desse modo, o tratamento diferenciado pela lei somente é permitido se determinada pessoa ou grupo de pessoas encontrarem-se em uma situação especial que justifique um tratamento diferenciado. Se estas circunstâncias especiais não estão configuradas, a abordagem desigual configura discriminação que está proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais. Assim, os profissionais do sexo somente podem ser obrigados a determinados comportamentos se a mesma obrigação for exigida de todas as demais pessoas que realizam comportamentos equivalentes àquele grupo, salvo se fosse possível identificar situação especialíssima que justificasse um tratamento diferenciado. Deste modo, somente seria permitida realização de exames compulsórios de DST/AIDS dos profissionais do sexo se também fosse exigida a mesma obrigação de todas as pessoas que estão em condições de praticar sexo. De outro lado, caso houvesse um consenso acerca da existência dos chamados grupos de risco e se houvesse uma comprovação científica de que a realização de exames compulsórios de DST/AIDS fosse um método eficaz para a prevenção destas doenças, esta exigência seria possível se abrangesse todos os integrantes destes grupos de risco. Todavia, como existe hoje um consenso acerca da inexistência de grupos de risco, mas tão-somente de comportamentos de risco, a exigência de exames, caso fosse necessária e adequada, seria possível caso sob a mesma obrigação fosse exigida de todas as pessoas que se encontram nesta situação de comportamento de risco. Caso contrário, qualquer tratamento diferenciado dos profissionais do sexo seria discriminatório, e, portanto, estaria proibido.

Há de se referir ainda que todas as ações e serviços de saúde estão subordinados aos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), regulado pela Lei 8080/90.

Os atos aqui atacados ofendem no mínimo dois princípios enunciados na Lei 8080/90: 'preservação da autonomia da pessoa na defesa de sua integridade física e moral' (art. 7º, IV) e 'igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie' (art. 7º, IV).

Convém ainda referir que, na linha dos princípios acima analisados, o Srs. Ministros da Saúde e do Trabalho editaram a Portaria Interministerial nº 869, de 11/08/92, proibindo, no âmbito do Serviço Público Federal, a exigência de teste para detecção do vírus de imunodeficiência adquirida, tanto nos exames pré-admissionais quanto nos exames periódicos de saúde (fls. 55 a 57).

Da Violação ao Princípio da Proporcionalidade ou do Devido Processo Legal Material

Esta menção aos chamados grupos de risco e as pessoas que se enquadram no chamado comportamento de risco vem a exigir uma análise de razoabilidade de exames de DST/AIDS. Por meio do princípio da razoabilidade, também chamado de proporcionalidade, qualquer exigência legal deve ser submetida ao crivo da adequação e da necessidade. Assim, se fosse superada a questão da igualdade, ou seja, os exames compulsórios fossem exigidos de todas as pessoas que se encontrem no chamado comportamento de risco, isso não significa que fosse possível que todas estas pessoas deversem realizar obrigatoriamente estes exames. Esta obrigação, em primeiro lugar, deve ser avaliada como adequada para atingir o fim que quer alcançar o legislador. No caso da lei de São Sebastião do Caí, parece que quiseram os vereadores do Município proteger a saúde pública. Porém, na medida em que há um consenso de que a realização de exames compulsórios não é um meio eficaz para a prevenção das DST/AIDS, inclusive sendo esta a orientação do Ministério da Saúde, a sua exigência, só por este motivo, já estaria proibida. Porém, mesmo se assim não fosse, poder-se-ia avançar mais ainda na apreciação da razoabilidade da medida, promovendo-se uma análise da necessidade. Uma determinada obrigação seria necessária se não houvesse outro meio tão ou mais eficaz para atingir um fim desejado pelo legislador e que atingisse a liberdade do indivíduo com menos intensidade. Ora, mesmo que os exames compulsórios fossem uma medida adequada para a preservação das DST/AIDS, esta obrigação não poderia subsistir se existisse outro meio menos invasivo para proteger a população destas doenças. Como se sabe que o uso de preservativos é um meio efetivamente eficaz para a proteção da saúde pública, toma-se desnecessária e, por seguinte, inconstitucional, a medida adotada por aquela municipalidade. Isso sem falar na falsa crença dos usuários daqueles serviços, de que tão só com os exames estariam protegidos, o que poderia levá-los a dispensar os preservativos.

Da Violação ao Direito Fundamental à Saúde

Como dito anteriormente, a aplicação desta lei contraria o próprio objetivo a que ela se impõe: a proteção da saúde pública. Face à janela imunológica, a apresentação de exame negativo não é garantia de inexistência de

contaminação. Entretanto, pode levar a um relaxamento quanto ao uso dos métodos preventivos, como a camisinha.

Este é um dos motivos pelo qual o Ministério da Saúde, a quem compete formular as políticas de saúde no Brasil, e as organizações internacionais na área da saúde tem posições contrárias à realização de testagem compulsória de sangue com o fio de detectar contaminação por DST/AIDS” (fls. 128-138).

Rejeito as preliminares e dou provimento aos apelos, julgando procedente a ação, condenando o Município de São Sebastião do Caí à obrigação de não fazer com que as pessoas que se entregam, ou se supõe entregar à prostituição sejam compulsoriamente submetidas aos exames de saúde para diagnóstico de HIV e DST, não se exigindo a apresentação dos resultados em qualquer caso.

No caso de ainda persistir a ilegalidade, fixo multa de R\$ 1.000,00 (Mil Reais) por cada pessoa que eventualmente for doravante submetida a exames obrigatórios de saúde por parte do Município de São Sebastião do Caí/RS, o que faço fulcro no artigo 11 da Lei nº 7.347/1985.

Deixo de fixar os honorários advocatícios pela aplicação analógica do artigo 18 da Lei nº 7.347/1985, que prevê somente a possibilidade de condenação na verba honorária do autor de ação civil pública no caso de comprovada má-fé. Não obstante a norma ser dirigida a parte autora da ação, não vejo como deixar de aplicar a mesma regra ao réu, em face do princípio da isonomia processual que deve ser aplicado aos litigantes do processo. Como a parte ré contestou na forma processual prevista, sem qualquer excesso ou conduta passível de censura, não há como condená-la em honorários advocatícios. Neste sentido já decidiu o eminente Desembargador Federal Valdemar Capeletti, nos autos da Apelação Cível nº 2003.71.01.000304-0/RS ao afirmar que “*Á vista do disposto no art. 18, da Lei 7.347/85, incorrendo adiantamento de custas não há por que as demandas, vencidas no pleito, ressarcilas à parte autora; de outra banda, se a parte autora não seria condenada nos honorários advocatícios se não em caso de comprovada má-fé, caso sucumbisse, é iníquo aplicar às rés ora sucumbentes pesos e medidas diferentes, tanto mais que não se conduziram maliciosamente no processo*” (DJU de 31.08.2005). No e. STJ também há julgamento sustentando o não cabimento dos honorários advocatícios na hipótese:

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR. 1. Na Ação Civil Pública, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85, com redação dada ao art. 17 da Lei 8.078/90. 2. Somente há condenação em honorários na ação civil pública quando o autor for considerado litigante de má-fé, posicionando-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários. 3. Dentro de absoluta simetria de tratamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. 4. Recurso Especial improvido.” (REsp 493.823/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09.12.2003, DJ 15.03.2004 p. 237).

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento aos apelos.
É o voto.