

Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré

**Direitos
Difusos e Coletivos
para Defensoria
Pública**

2ª edição revista, atualizada e ampliada

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS ESPECÍFICOS

3.1 INTRODUÇÃO. O NECESSÁRIO RESPEITO À COLETIVIDADE E A QUESTÃO DO DANO MORAL COLETIVO

Quando a Constituição de um Estado democrático de Direito estabelece, dentre seus objetivos, a construção de uma “sociedade solidária”, não se poderá olvidar que o respeito e o combate ao preconceito, de todo o gênero, deverão ocorrer e intensificar-se por todos os lados, contextos e relações jurídicas, seja no âmbito individual, seja em nível coletivo. Precisa-se não tolerar o intolerante.

Assim, a partir dessa premissa e num corte temático mais limitado, é equívocado imaginar que as liberdades de expressão e de opinião são irrestritas quando não dirigidas a indivíduos específicos. Trata-se de uma ilusão obsoleta considerar que a personalidade e os direitos dela decorrentes limitam-se ao âmbito pessoal do indivíduo, sendo um grupo inatingível.

Na verdade, os direitos da personalidade ou aqueles ligados a certos aspectos culturais, religiosos, étnicos etc., são tuteláveis via ações coletivas, especialmente pela tutela específica e inibitória ou, se necessário, pela responsabilidade civil via **dano moral coletivo**.

Nessa linha, apresenta-se o dano moral coletivo um importante instrumento de defesa da sociedade e dos seus valores democráticos.

Realmente, considerando que a Jurisprudência nacional, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, admite o dano moral coletivo, pode-se dizer que a tutela da personalidade independe de dor ou sofrimento individual ou de algumas pessoas identificáveis.

Aliás, a evolução jurisprudencial restou muito bem descrita no voto do Min. Luis Felipe Salomão, no REsp nº 1.517.973, julgado em 16/11/2017:

A matéria não é nova no âmbito desta Corte Superior. Inicialmente, em julgamento por maioria, houve resistência jurisprudencial ao reconhecimento da categoria de dano moral coletivo, ao fundamento de que o dano extrapatrimonial vincular-se-ia necessariamente à noção de dor, sofrimento psíquico, de caráter individual, razão pela qual haveria incompatibilidade desse tipo de condenação com a noção de transindividualidade (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro Luis Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006). Posteriormente, sobreveio julgamento da Segunda Turma, de relatoria da eminente Ministra Eliana Calmon, que, em caso de indevida submissão de idosos a procedimento de cadastramento para gozo de benefício de passe livre, reconheceu a configuração do dano moral coletivo, apontando a prescindibilidade da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01.12.2009, DJe 26.02.2010). Atualmente, a maioria ampla dos precedentes admite a possibilidade de condenação por dano moral coletivo, considerando-o categoria autônoma de dano, para cujo reconhecimento não se fazem necessárias indagações acerca de dor psíquica, sofrimento ou outros atributos próprios do dano individual.

Após, o Ministro passa a citar alguns julgados que ilustram a evolução e, finalmente, a adoção da tese do dano moral não individual:

Se, diante do caso concreto, for possível identificar situação que importe lesão à esfera moral de uma comunidade - isto é, violação de direito transindividual de ordem coletiva, de valores de uma sociedade atingidos sob o ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade - exsurge o dano moral coletivo. (REsp 1.402.475/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09.05.2017, DJe 28.06.2017)

Aliás, no tocante à constatação desse dano moral coletivo, como ele não depende de casos concretos de dor ou sofrimento, o seu reconhecimento também dispensa a prova dos efeitos, bastando-se que se prove a causa: a conduta ilícita e injusta de certa repercussão e não tolerabilidade:

O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. (REsp 1.487.046/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 16.05.2017) É cabível, em tese, por violação a direitos transindividuais, a condenação por dano moral coletivo,

como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico). (REsp 1.349.188/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.05.2016, DJe 22.06.2016)

Após a referência aos julgados, o Min. Luis Felipe Salomão passa a citar esclarecedora doutrina sobre o tema, a qual merece ser aqui repetida, com toda *venia*: “É bem verdade, anote-se, que, nesses casos de danos coletivos, não se pode ignorar a recorrente presença de efeitos negativos que o ato lesivo porventura venha a produzir, em relação a determinadas coletividades de pessoas atingidas, apreendidos em dimensão subjetiva, como a repulsa, o abalo psíquico ou a consternação, entre outras reações. Todavia, é de absoluta importância ressaltar que a caracterização do dano moral coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à observação ou demonstração efetiva de tais efeitos negativos, visto que constituem eles, quando perceptíveis coletivamente, mera consequência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como pressuposto para a sua configuração. (...) (...) reafirma-se, a compreensão do dano moral coletivo não se conjuga diretamente com a ideia de demonstração de elementos como perturbação, aflição ou transtorno coletivo. Firma-se, sim, objetivamente, dizendo respeito ao fato que reflete uma violação intolerável de direitos coletivos e difusos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial. Essa violação, não podendo ser tolerada em um sistema de justiça social ínsito ao regime democrático, rendeu ensejo à previsão, no ordenamento jurídico, do meio e da forma necessários e adequados a proporcionar uma reparação devida, de maneira a sancionar o ofensor e inibir condutas ofensivas a tais direitos transindividuais, pela relevância social da sua proteção (STJ, REsp nº 1.517.973, julgado em 16/11/2017).¹

Portanto, concluímos que a liberdade de expressão e de opinião preserva seus limites ou contornos mesmo diante da coletividade ou de pessoas e grupos indeterminados.

1. Em continuação: “Nessa linha de raciocínio, faz-se imperioso salientar que o dano decorrente da conduta antijurídica, que lesa a esfera de interesses da coletividade, deve apresentar-se com real significância, ou seja, de maneira a afetar inescusável e intoleravelmente valores e interesses coletivos fundamentais. Também é importante esclarecer-se que a observação do dano moral coletivo pode decorrer da identificação ou visualização de um padrão de conduta da parte, com evidente alcance potencial lesivo à coletividade, em um universo de afetação difusa. Explica-se: ainda que, em determinado caso concreto, apenas imediatamente se observe que a conduta ilícita afete, de forma direta, somente uma ou mesmo poucas pessoas, nestas situações importa voltar-se o olhar para a conduta do ofensor, como um standard comportamental, verificando-se que, a princípio vista apenas sob o ângulo individual, a violação perpetrada enseja repercussão coletiva, exatamente por atingir, indistintamente, bens e valores de toda uma coletividade de pessoas” (STJ, REsp nº 1.517.973, julgado em 16/11/2017).

A título de exemplo, imaginemos a seguinte situação: uma autora relativamente conhecida no cenário nacional publica um livro sobre o tema “maternidade e os desafios enfrentados pela mulher no campo profissional e nas funções públicas”. Um jornalista, também renomado, ao comentar o lançamento da obra, faz o seguinte comentário, em vídeo divulgado na *internet*: “as mulheres deveriam se contentar com seus hábitos naturais, quais sejam: a procriação e os cuidados domésticos. Assim, elas seriam mais felizes e melhor aceitas na sociedade”. A Defensoria Pública do Estado ingressa com ação civil pública para, em tutela de urgência, interromper a veiculação do material e, ao final, condenar seu autor em danos morais coletivos.

Nesse caso, a ação coletiva tem ampla fundamentação direito material: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); direito ao não preconceito (art. 3º, IV, CF); direito à honra (art. 4º, LACP); direito à igualdade (art. 5º, I, e art. 226, § 5º, CF); direito à livre produção intelectual (art. 5º, IV e IX, CF). Também teria extensa base processual: direito de ação (art. 5º, XXXV, CF); legitimidade ativa da Defensoria Pública (art. 134, CF, LC 80/94, art. 5º, II, LACP); princípio da variabilidade do pedido (art. 83 do CDC e art. 3º LACP); princípio da máxima tutela jurisdicional (art. 11 da LACP, 84 CDC e CPC); proteção aos direitos difusos (art. 81, I, CDC).

Enfim, uma situação aparentemente comum ou banal, não normal diante do conteúdo do comentário, possui vasto lastro jurídico no Brasil, o que não apenas viabiliza, mas impõe, a adoção do instrumento da ação coletiva, para fins de coibir violações como a acima citada.

Por fim, para que a abordagem do dano moral coletivo reste efetivamente completa, devemos lembrar que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – um pouco isolada nessa questão –, embora reconheça o dano moral coletivo e também entenda que ele independa do sofrimento ou dor individual, tem entendido que a conduta geradora desse dano deve ser relevante no sentido de gerar abalo social ou de massa e ainda ultrapassar os níveis de tolerabilidade, sendo que a mera ilegalidade ou ilicitude da conduta não seria suficiente para gerar o que a Terceira Turma (STJ) considera um dano moral coletivo: “(...) 8. O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, se dá quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva (arts. 1º da Lei nº 7.347/1985, 6º, VI, do CDC e 944 do CC, bem como o Enunciado nº 456 da V Jornada de Direito Civil). 9. Não basta a mera infringência à lei

ou ao contrato para a caracterização do dano moral coletivo. É essencial que o ato antijurídico praticado atinja alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais. Com efeito, para não haver o seu desvirtuamento, a banalização deve ser evitada. 10. Na hipótese, o simples fato de a mantenedora do “cadastro de passagem” não ter se desincumbido do ônus de providenciar a comunicação prévia do consumidor que teve seus dados ali incluídos, ainda que tenha representado ofensa ao comando legal do § 2º do art. 43 do CDC, passou ao largo de produzir sofrimentos, intranquilidade social ou alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, descaracterizando, assim, o dano moral coletivo” (STJ, REsp nº 1726270/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Órgão Julgador, Terceira Turma, julgamento 27/11/2018).

Neste julgado, a Min. e Relatora original Nancy Andrighi entendeu que houve gravidade suficiente para impor o dano moral coletivo, mas restou vencida: “o pressuposto da ocorrência de referido dano de amplitude coletiva é, portanto, a violação injusta e intolerável a valores fundamentais titularizados pela coletividade. Essa transgressão foi verificada na hipótese em exame, haja vista o ‘cadastro de passagem’ ter sido constituído em manifesta e intolerável violação ao direito de privacidade e de autodeterminação informativa sobre os dados pessoais dos consumidores, que é valor fundamental, por estar relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Observa-se, portanto, que foram indicadas vulnerações graves à moralidade pública, de significância razoável que ultrapassa os limites da tolerabilidade, razão pela qual foram verificados os requisitos necessários à condenação das recorridas à compensação de danos morais coletivos. (...) Assim, tendo em vista que a função do dano moral coletivo é: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais, fixa-se o valor dos danos morais coletivos em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a serem destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, nos termos do art. 13 da Lei 7.347/85” (Voto da Ministra vencida).

Diante desse contexto hermenêutico da Terceira Turma do STJ sobre o tema, temos de nos posicionar: para evitar que a questão fique no campo do subjetivismo, somos forçados a entender que a violação a direitos coletivos em sentido amplo, por mera ilegalidade ou ilicitude da conduta, gera presunção relativa de dano moral coletivo, atribuindo-se ao autor da conduta ou ao demandado demonstrar que, apesar de sua conduta desalinhada, que os efeitos

não suplantaram os graus da tolerabilidade ou que obteve êxito na contenção dos danos, mantendo-os na área da tolerabilidade.

Realmente, parece-nos que a eficácia da tutela coletiva e o combate às violações de massa indicam a necessidade de um sistema de tutela jurisdicional mais ousado, livre das amarras da doutrina individualista, para alcançar níveis de proteção preventiva e efetivamente robustos, para distanciar a sociedade de condutas ilícitas que, de um modo ou de outro, atingem os seus direitos coletivos e/ou seus grupos mais vulneráveis.

Apesar da inversão do ônus da prova já ocupar o campo das regras das ações coletivas (art. 6º, VIII, CDC), aqui, quanto à extensão do dano e à sua repercussão, deve-se atribuir ao demandado ou responsável o ônus da prova da bagatela ou insignificância de sua conduta.

3.2 DA LIBERDADE INDIVIDUAL: ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNEROS

A questão da orientação sexual e da identidade de gêneros tem estreita relação com o combate ao preconceito na atualidade. É que certa onda ideológica conservadora tem dominado as pautas de discussões e narrativas de exaltação religiosa e da instituição da família tradicional tem recebido destaques que seriam improváveis há alguns anos atrás.

Aliás, merece citação aqui a “**Carta de Princípios de Yogyakarta**”, aprovada em 2006, na Indonésia, após trabalho da Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos. Disso, resultou-se a edição de um conjunto de princípios jurídicos sobre orientação sexual e identidade de gênero.

Conforme a introdução da Carta, “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.”²

2. Em continuação: “Muitos avanços já foram conseguidos no sentido de assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas têm direito. Atualmente, muitos Estados possuem leis e constituições que garantem os direitos de igualdade e não-discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros

Além disso, a mesma Carta apresenta-nos as duas principais definições dos temas por ela tratados:

Compreendemos **orientação sexual** como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

Compreendemos **identidade de gênero** a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.”

Aliás, como direitos humanos que são os direitos ligados ao tema, o primeiro e principal responsável por sua defesa e exercício *é certamente o Estado. É por isso que dizemos que os direitos humanos são, primeiramente, “direitos públicos subjetivos”*.

Nessa linha, o diploma internacional apresenta as obrigações do Estado: “Os Estados deverão: a) Incorporar os princípios da universalidade, inter-relacionalidade, interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos nas suas constituições nacionais ou em outras legislações apropriadas e assegurar o gozo universal de todos os direitos humanos; b) Emendar qualquer legislação, inclusive a criminal, para garantir sua coerência com o gozo universal de todos os direitos humanos; c) Implementar programas de educação e conscientização para promover e aprimorar o gozo pleno de todos os direitos humanos por todas as pessoas, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero; d) Integrar às políticas de Estado e ao processo decisório uma abordagem pluralista que reconheça e afirme a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e identidade de gênero”.

Nesse contexto de conscientização política e enfrentamento judicial de todas as formas de discriminação, especialmente por questões íntimas e pessoais, vale citar que o Supremo Tribunal Federal, em junho de 2019, decidiu, pelo

direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo. Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.”

Tribunal pleno, que **a homofobia constitui crime equiparado ao delito de racismo**. Segundo o Portal daquela Corte Suprema:

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, foi concluído na tarde desta quinta-feira (13). Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora. Primeira a votar na sessão de hoje, a ministra Cármen Lúcia acompanhou os relatores pela procedência dos pedidos. Ela avaliou que, após tantas mortes, ódio e incitação contra homossexuais, não há como desconhecer a inércia do legislador brasileiro e afirmou que tal omissão é inconstitucional. ‘A reiteração de atentados decorrentes da homotransfobia revela situação de verdadeira barbárie. Quer-se eliminar o que se parece diferente física, psíquica e sexualmente’, disse.

Para a ministra, a singularidade de cada ser humano não é pretexto para a desigualdade de dignidades e direitos, e a discriminação contra uma pessoa atinge igualmente toda a sociedade. ‘A tutela dos direitos fundamentais há de ser plena, para que a Constituição não se torne mera folha de papel’, finalizou. (...)

Por maioria, o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, formulada em três pontos. O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis. Ficou vencido o ministro Marco Aurélio (Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias>, acesso em 24/06/19)”.

Enfim, segundo a tese conclusiva editada pela Corte, “o conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias>, acesso em 24/06/19)”.

Vale, por ser pertinente, lembrar do caso concreto em que trabalhamos, sobre a colocação, no ano de 2011, por certa Entidade religiosa na cidade de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo, de *outdoor* discriminatório, bem às vésperas do movimento de orgulho LGBTTT na cidade, e no percurso que faria a manifestação.

As placas traziam os seguintes dizeres: “Assim diz DEUS: “Se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse mulher, ambos praticam coisa abominável...” Levítico 20:13 (RA) “Por causa das coisas que estas pessoas fazem, Deus as entrega a paixões vergonhosas. Pois até as mulheres trocam as relações naturais pelas que são contra a natureza. E também os homens deixam as relações naturais com as mulheres e se queimam de paixão uns pelos outros. Homens têm relações vergonhosas uns com os outros e por isso recebem em si mesmos o castigo que merecem por causa dos seus erros.” Rm 1:26-27 (NT-LH) “Portanto, arrependam-se e voltem para Deus, a fim de que Ele perdoe os pecados de vocês.” Atos 3:19 (NTLH).

A mensagem exposta em via pública, que aparentemente veicula simples passagens bíblicas, traz, de fato, não só expressões, mas, também, um contexto discriminatório, preconceituoso e, especialmente homofóbico, gerando ofensa direta à população LGBT+ (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) e indignação de boa parte da sociedade onde está inserida, a qual observa e respeita os princípios fundamentais de direitos à dignidade humana, esculpidos na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Expressões usadas, tais como “praticam coisa abominável”, “paixões vergonhosas”, “relações vergonhosas”, “recebem em si mesmos o castigo que merecem

por causa de seus erros”, remetem os reais e atuais personagens desta mensagem a situação de inferiorização de suas pessoas, como se fossem de segunda categoria ou pior, degradando-os como seres humanos, desrespeitando-os na condição humana em que se inserem a partir de suas orientações sexuais e de suas identidades de gênero.

É possível compreender melhor o contexto da referida mensagem, de natureza discriminatória, quando é sabido que ocorreria, na cidade de Ribeirão Preto e na mesma época, o evento denominado “7ª Parada do Orgulho LGBTT”.

Enfim, há de se considerar que o direito ao respeito (e o dever de respeitar) pertence e cabe a todos os seres humanos em sociedade, porquanto iguais segundo o princípio primeiro de todas as Declarações de Direitos e Constituições democráticas do mundo. O respeito ao direito de liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero não deve ser relegado a categoria inferior, porquanto não o é. Expressar ideias, conceitos e pensamentos, é possível. O que não é possível, nem legal, é usá-los para depreciar e ofender a dignidade e a personalidade de outras pessoas.

No caso, o pedido de tutela antecipada, em sede liminar, foi deferido (sendo que as placas foram retiradas antes da ocorrência da manifestação) e a ação civil pública, ao final, julgada procedente.

3.3 A QUESTÃO ÉTNICA NO BRASIL E O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL (LEI Nº 12.288/10)

A efetiva igualdade no Brasil é algo ainda muito distante e abstrato. O Brasil recebeu um modelo de colonização de exploração, com intenso uso da escravidão como principal força de trabalho, cujas leis abolicionistas vieram ainda muito tarde. Mesmo com o fim desse sistema laboral, a efetiva inclusão social e a igualdade material ainda são realidade sobremodo distantes.

É nessa seara que a *Constituição Federal de 1988 foi promulgada para dispor que* “constitui 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” (art. 3º, CF).

No ano de 2010, foi editada a Lei nº 12.288, que “institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (art. 1º).

Ainda, diz que “é dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais” (art. 2º).

Aliás, para facilitar a aplicação da lei e a divulgação dos preceitos legais, a Lei nº 12.288/10 apresenta uma relação conceitual importante (art. 1º, parágrafo único): “discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada” – I; e “ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades” - VI.³

Em geral, o que se busca em última análise é o combate rigoroso a todas as formas de discriminação e a promoção da inclusão via ações afirmativas.

Como já explorado anteriormente, as ações afirmativas são institutos de compensação pelas históricas injustiças. Uma dívida do Estado e da sociedade perante grupos específicos que passa a ser quitada via ações de inclusão, conscientização e de integração. Não são privilégios, pois o tratamento diferenciado é justificado na razoabilidade da causa e na proporcionalidade do efeito (da medida). Também não são medidas eternas e estáticas, mas temporárias e dinâmicas, que acompanham os fatos e a própria realidade. “Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País” (art. 4º, parágrafo único).

3. Em continuação: “II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica; III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais; IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga; V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais; VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Por exemplo, conforme a mesma Lei, “o Poder Executivo federal poderá implementar critérios para provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros, buscando reproduzir a estrutura da distribuição étnica nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais” (art. 42).

De forma mais concreta, a Lei passou a descrever as principais formas de promoção das políticas públicas aqui tratadas: “A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de (art. 4º): I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social; (...) e VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros”.⁴

Trata-se de Lei importante que serve de fundamento para as medidas voltadas à promoção da substancial igualdade étnico-racial.

Aliás, na parte destinada à educação, a Lei diz que “o poder público adotará programas de ação afirmativa” (art. 15), o que fomentou a adoção das cotas nas universidades públicas, modelo já subscrito e ratificado pelo Supremo Tribunal Federal (no julgado referente à reserva de vagas para negros nas universidades federais).

Por fim, a Lei dispõe que as medidas previstas no Estatuto, em especial as ações afirmativas, não excluem outras eventualmente adotadas por quaisquer dos entes federativos, e que tais medidas serão acompanhadas pelo Poder Público para se aferir a eficácia delas:

Art. 58. As medidas instituídas nesta Lei não excluem outras em prol da população negra que tenham sido ou venham a ser adotadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

4. Em continuação: “II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa; III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica; IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais; V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada; VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos; VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros” (art. 4º).

Art. 59. O Poder Executivo federal criará instrumentos para aferir a eficácia social das medidas previstas nesta Lei e efetuará seu monitoramento constante, com a emissão e a divulgação de relatórios periódicos, inclusive pela rede mundial de computadores.

Enfim, o sistema ora em análise visa a promover medidas que façam refletir a composição social da sociedade brasileira nos mais variados entes e instâncias, estabelecendo-se a real e substancial igualdade.

3.4 DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3.4.1 Introdução. As novidades da Constituição Federal e do ECA

O sistema de proteção da criança e do adolescente vigente no Brasil desde a Constituição Federal de 88, e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e leis posteriores, tem dois grandes princípios ou pilares centrais. O primeiro deles é o da **proteção integral**, que traz a orientação de que seja dada, em extensão ou em profundidade, à criança e ao adolescente, a máxima proteção e o maior cuidado possível. Aliás, essa proteção deve ser observada por todos que estão no horizonte de desenvolvimento desses sujeitos de direitos: a família, a sociedade e Estado. Esse grande princípio da proteção integral existe em si mesmo, diferentemente do que ocorre com o segundo pilar, o **da prioridade absoluta**, pois este tem a sua razão de ser na comparação com outros grupos de princípios, de direitos, e significa que a proteção integral da criança e adolescente tem prioridade em relação à proteção de outros grupos, o que confere aos direitos das crianças e dos adolescentes uma posição de supremacia na carta geral de direitos existentes no Brasil.

Desta forma, ainda que outros grupos tenham o direito à tutela e ao cuidado, a atenção conferida à criança e ao adolescente goza de prioridade absoluta, ou seja, está numa posição de destaque em relação a outros sistemas de proteção. A lei atribui ao sistema de proteção da criança e do adolescente esse destaque por dois motivos: o primeiro é a evidente vulnerabilidade da criança e do adolescente, especialmente em um país como Brasil, cujo Estado, a família e a sociedade, muitas vezes, omitem-se em relação à infância, especialmente à infância carente e à primeira infância. O segundo motivo é que a criança e o adolescente integraram a sociedade do futuro e ela será definida exatamente a partir da forma e do cuidado com que os tratamos, hoje.

Assim, o novo direito da criança e do adolescente, inaugurado no Brasil com Carta/88 e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe importante revolução. É que de uma forma inédita e inovadora, ele passa