

## NOTA TÉCNICA 07/2021-PGJ – CAO Cível – Inclusão Social

**EMENTA:** Projeto de Lei 504/2020. Inconstitucionalidades formais e materiais. Retrocesso social em relação aos direitos fundamentais da pessoa humana. Vedação. Rejeição necessária.

### SUMÁRIO:

**I – Introdução e exposição de motivos do Projeto.**

**II – Da impropriedade terminológica.**

**II - Da inconstitucionalidade formal.**

**III – Da inconstitucionalidade material.**

**IV – Conclusões.**

#### I – Introdução e exposição de motivos do Projeto.

Trata-se de projeto de Lei 504/2020 apresentado pela Deputada Estadual Marta Costa, do Partido Social Democrático, em 04 de agosto de 2020, e que tramita em regime de urgência na ALESP – Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

Na justificativa, o referido Projeto expõe, em primeiro plano, a preocupação com eventual “dano ao consumidor” para, depois, declarar a tutela das famílias que sentem “desconforto emocional” ao ver publicidades com alusão a “preferências sexuais” (sic) e movimentos sobre diversidade sexual relacionados a crianças, às quais, “em razão do aprimoramento da leitura (05 a 10 anos)”, não teriam “capacidade de discernimento de tais questões”.

Salienta, ainda, que o projeto de lei vem no rastro das legislações de outros países, também consternados com o que chamou de “desconfortos sociais” e “atribulações de inúmeras famílias”.

Afirma, nos motivos, que as publicidades poderiam influenciar jovens e crianças negativamente e que é necessário que o Estado não “incentive o consumidor a práticas danosas”.

Por fim, defende a competência legislativa estadual porque o projeto estaria se referindo à propaganda comercial em caráter específico, e não geral.

## II – Da impropriedade terminológica e das propostas de emenda.

A linguagem é estruturante de nossa subjetividade e das relações com o outro. Por isso, importante o uso adequado de significantes que expressem, da maneira mais adequada possível, as condições das pessoas LGBTQIA+.

Nesse sentido, não se fala em opção, ou em preferência sexual. Ninguém escolhe, conscientemente, por quem terá atração emocional, afetiva ou sexual. Por isso, o correto é falar em orientação sexual, que se revela ao longo da vida do sujeito como outros predicados que nos constituem sem que possamos escolhê-los.

O uso equivocado do significante “preferências sexuais” acaba revelando que o legislador, também de forma bastante destoante dos conhecimentos científicos sobre o tema, acredita que ser ou não homossexual ou ter ou não atração por alguém do mesmo sexo biológico, depende da formação que se dê a essa ou aquela pessoa.

A ilusão acerca da possibilidade de evitar que alguém seja homossexual, vista essa característica como algo negativo que precisa ser coibido, é a base desse projeto inconstitucional, formal e materialmente inconstitucional, como se verá a seguir.

É certo que a Deputada Janaína Paschoal (PSL) propôs a Emenda n. 1 ao projeto, alterando seu artigo 1º para proibir, em território estadual, “a publicidade, por intermédio de qualquer veículo de comunicação e mídia, que contenha alusão a gênero e orientação sexual, ou a movimentos sobre diversidade sexual relacionados a crianças e adolescentes” o que garantiu o parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, da Cidadania, da Participação e das Questões Sociais e Finanças, Orçamento e Planejamento em 16 de abril de 2021, mas isso esteve longe de resolver a problemática em discussão, como se verá a seguir.

A Deputada Erica Malunguinho (PSOL), também apresentou proposta de emenda, com o seguinte teor: “É vedada, em todo o território do Estado de São Paulo, a publicidade, por intermédio de qualquer veículo de comunicação e mídia, de material que contenha alusão a **drogas, sexo e violências explícitas** relacionada a crianças” que, ao que parece, foi rejeitada deixando claro que a intenção do projeto era mencionar, expressamente as questões referentes à comunidade LGBTQIA+.

### III - Da inconstitucionalidade formal.

Ao estabelecer o regime de competências legislativas aos entes federativos, o constituinte distribuiu as diversas matérias a serem regulamentadas pela legislação infraconstitucional dentre eles, prevendo, além de hipóteses de competência exclusiva, assuntos em que todos são chamados a regular, orientado pelo princípio da predominância do interesse.

Em sede de competências privativas, temas de interesse nacional são de competência da União (artigos 21 e 22 da Constituição da República) e aqueles restritos a certa localidade ou território são de competência dos Municípios (artigo 30). Aos estados coube legislar sobre as matérias que não digam respeito aos demais entes, como disposto no artigo 25, §1º, do texto constitucional.

As competências concorrentes arroladas no artigo 24 são revestidas de maior complexidade já que todos os entes federativos detêm certa parcela de legitimidade para o tema, mas não são autorizados a invadir a esfera de atribuição dos demais, o que invariavelmente ocorre sempre que tratam de matéria de competência exclusiva ou exacerbam no regramento dos temas de competência concorrente.

Nessa seara, devendo todos os entes tratarem sobre o mesmo assunto, cabe a União estabelecer regras normas gerais (artigo 24, §1º) de observância obrigatória aos Estados, Distrito Federal e Municípios. De outro lado, os entes estatais estão autorizados a suplementar a legislação federal naquilo que for peculiar à região (artigo 24, §2º) ou ainda quando a União deixe de estabelecer as diretrizes gerais normativas (artigo 24, §3º).

O projeto de lei em análise extravasa os claros limites de atribuição dos estados desenhados na Constituição da República ao invadir a competência exclusiva da União para legislar sobre propaganda comercial (artigo 22, inciso XXIX).

Com efeito, previu em seu preâmbulo:

***Dispõe sobre a proibição da publicidade**, através de qualquer veículo de comunicação e mídia de material que contenha alusão a preferências sexuais e movimentos sobre diversidade sexual relacionados a crianças no Estado de São Paulo.*

O artigo 1º vem redigido da seguinte forma:

Artigo 1º - **É vedado em todo o território do Estado de São Paulo, a publicidade**, por intermédio de qualquer veículo de comunicação e mídia que contenha alusão a preferências sexuais e movimentos sobre diversidade sexual relacionado a crianças.

Aliás, tal circunstância consta de sua fundamentação:

Portanto, **é nossa intenção limitar a veiculação da publicidade** que incentive o consumidor do nosso Estado a práticas danosas, sem interferir na competência Legislativa exclusiva da União, no que diz respeito à propaganda comercial, que, de caráter geral, não impede que o Estado legisle a respeito de assuntos específicos, como é o caso deste Projeto de Lei.

E reconhece os ônus que, na eventualidade de vir a ser aprovado, arcarão as empresas que adotam praticadas alinhadas com os direitos humanos e o respeito à diversidade e igualdade que deve reinar num Estado Democrático de Direito, inclusive prevendo sanções severas em seu artigo 2º (multa e “fechamento do estabelecimento”), ao registrar no penúltimo parágrafo:

Finalmente, **tendo em vista que as empresas ligadas às atividades do presente Projeto de Lei deverão ter um prazo para se adaptar às suas disposições**, estabelecemos a sua vigência a partir de 30 dias da data de sua publicação.

Vale consignar que, não obstante a Constituição Federal garanta a competência dos estados para restringir o alcance da publicidade dirigida a crianças e adolescentes, como inclusive reconheceu a ADI 5631 julgada em março passado pelo Supremo Tribunal Federal, frise-se que a presente proposta de projeto de lei não se presta a garantir a proteção da infância como figura de sua justificativa, mas ao contrário, viola direitos infanto-juvenis, conforme exposto oportunamente.

Assim, não é o caso de se dizer que não se trata de Projeto de Lei que versa sobre publicidade, mas apenas, de proteção da criança e adolescente o que, em tese, levaria a questão para o âmbito da competência estadual. Isso porque a própria proponente do Projeto alega que o desiderato normativo é a preocupação com eventual “dano ao consumidor”.

Claro, pois, que a alusão a crianças e adolescentes, portanto, no Projeto, configura mera retórica apelativa e discursiva pois, em verdade, o que pretende a legisladora é a inibição da representatividade da comunidade

LGBTQIA+ em propagandas comerciais, de forma a impedir a veiculação de imagens e normalização de forma de vida diversas da heteronormatividade, as quais se pretende, segundo a legisladora, que permaneçam no imaginário coletivo como algo nocivo e que precisa ser invisibilizado.

Portanto, o projeto de lei estadual versa sobre propaganda comercial sem respeitar a competência exclusiva da União, ainda que tente dissimular esse desiderato ao evocar razões ligadas à proteção de crianças e adolescentes e sua cerebrina exposição a conteúdo perigoso.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual que, de maneira análoga, impunha limites à publicidade comercial no julgamento da ADI 2.815/SC:

INCONSTITUCIONALIDADE, LEI ESTADUAL, PROIBIÇÃO, PUBLICAÇÃO, ANÚNCIO COMERCIAL, FOTO, NATUREZA, EROTISMO, PORNOGRAFIA, REVISTA, JORNAL, PERIÓDICO. INVASÃO, COMPETÊNCIA PRIVATIVA, UNIÃO, EDIÇÃO, LEI, PROPAGANDA COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE, ESTADO, LEGISLAÇÃO, NECESSIDADE, LEI COMPLEMENTAR FEDERAL, DELEGAÇÃO, COMPETÊNCIA.

Por todo o exposto, sendo o Projeto claramente regulamentador da propaganda comercial, e não da infância e juventude, a competência legislativa é da União.

#### IV – Da inconstitucionalidade material

O projeto de lei em discussão viola, a um só tempo, os direitos de dignidade, respeito e igualdade da pessoa LGBTQIA+, os direitos de

desenvolvimento sadio e livre das crianças e adolescentes e o direito à liberdade de expressão.

Eis o seu texto original: - “É vedado em todo o território do Estado de São Paulo, a publicidade, por intermédio de qualquer veículo de comunicação e mídia que contenha alusão a preferências sexuais e movimentos sobre diversidade sexual relacionado a crianças.”

Embora a redação do projeto seja bastante confusa, sem deixar claro o que, exatamente, entende por “alusão”, “movimentos sobre diversidade sexual”, ou o que seria “relacionado a crianças”, vale inicialmente pontuar que a publicidade voltada ao público infantil é expressamente proibida em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), expressamente considerada prática abusiva e ilegal o direcionamento de **publicidade para o público infantil, tudo detalhado na Resolução nº 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda**. No mesmo sentido o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), que garante a proteção da criança contra toda forma de violência e pressão consumista, estabelecendo a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica. Assim, será ilegal qualquer tipo de publicidade dirigida ao público infantil, independentemente de seu teor.

Feitas tais colocações, e voltando ao projeto de lei, observa-se que a legisladora proponente pretende vedação de propagandas que “não influenciem negativamente os jovens e crianças”. Não obstante a já frisada falta de clareza da redação do artigo primeiro, não há dúvida que se trata de um projeto que visa censurar propagandas comerciais que retratem pessoas da comunidade LGBTQIA+.

Isso porque, note-se que, além de acreditar existir influência externa capaz de determinar se alguém é, ou não, homossexual, ainda existe a adjetivação dessa influência, que seria, no entender da legisladora, negativa.

A categorização negativa da subjetividade de uma determinada pessoa humana e a ideia de que determinada maneira de existir e amar deve ser invisibilizada e evitada é atitude excludente, discriminatória, preconceituosa e inferiorizante, que não se coaduna com espírito de fraternidade e igualdade que anima a Constituição de 1988.

A defesa da heteronormatividade ou, em outras palavras, de que a homossexualidade é algo anormal ou negativo, ligado ao ato sexual, e que deve ser escondido de crianças, não encontra mais guarida no ordenamento jurídico vigente.

Frise-se que a já mencionada Resolução 163/ 2014 do CONANDA, em seu artigo 3º, inciso IV, expressamente proíbe publicidade que promova “ofensa ou discriminação de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade”, o que é inclusive penalizado em São Paulo pela Lei Estadual de nº 10.948/01, nos artigos 2º, I e VIII.

O desenvolvimento psíquico e emocional de uma criança/jovem, assim, será maior em contato com a pluralidade de ideias e experiências humanas, especialmente sobre as infinitas possibilidades de ser, existir e amar.

O movimento sobre a diversidade, injustamente reduzido ao conotativo de diversidade sexual é, sobretudo, um movimento pela diversidade de gênero, que implica em entender como as pessoas constituem suas subjetividades a partir das construções sociais e biológicas de gênero, em detrimento dos padrões socialmente estabelecidos e que tentam conformá-la.



É sabido que as crianças e os adolescentes, eles mesmos, não apenas convivem com pessoas da comunidade LGBTQIA+, como podem ser fruto de relações homoafetivas e, mais, serem, também, pessoas que em seu íntimo passem por questionamentos em relação à identificação de gênero, processo que pode ser anterior e independente da maturação biológica para as relações sexuais propriamente ditas.

Dessa forma, não faz qualquer sentido esconder crianças e adolescentes dessa realidade humana que, primeiro, não guarda qualquer desvalor e, segundo, impõe-se a todo momento, independentemente da vontade deste ou daquele.

Por fim, vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde ideologias e crenças pessoais não podem cercear a livre manifestação de opinião e expressão, quicá o que é, apenas, a normalização de ditames constitucionais comezinhos com o reflexo, nas mídias em geral, de um mundo em que não se condena o amor e se respeitam as múltiplas formas de existência.

Dessa forma, pode-se dizer que o projeto, embora curto, afronta os seguintes ditames normativos:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001) e os Princípios de Yogyakarta (2007), com destaque para primeiro deles, estabelecem que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

A Convenção Interamericana contra toda a Forma de Discriminação e Intolerância, aprovada em 2013 pela Assembleia Ordinária da Organização dos Estados Americanos e assinada pelo Brasil expressamente condena a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero.

A Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU marca significativa preocupação com atos de violência e discriminação cometidos contra indivíduos por causa da orientação sexual e identidade de gênero.

A Constituição Federal, nos seus artigos 1º e 3º, incisos I e III proclamou que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que promova o bem de todos, sem qualquer forma de preconceito ou discriminação (CF, art. 1º, inciso III, e art. 3º, inciso I e IV).

A Constituição Federal no artigo 5º, quando diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e, um pouco adiante, no inciso IX quando diz: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”

A mesma Carta Política quando assegura, no seu artigo 205, que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e, ainda, o artigo 227, o qual impõe à “criança e ao adolescente e jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Desrespeita, também, o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e da Promoção da Cidadania Homossexual “Brasil sem Homofobia”, que é fruto de articulação entre o Governo Federal e a sociedade civil organizada, dele decorrendo o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Transexuais — PNLGBT.

Afronta o Estatuto da Criança e do Adolescente, como visto acima.

Desafia o sentido da Lei Estadual n. 10.948/01, que dispõe sobre as penalidades administrativas a serem aplicadas pela prática de discriminação em razão de orientação sexual.

E vai na contramão da vocação institucional do Ministério Público, que é a defesa intransigente da dignidade da pessoa humana, conforme artigos 127 e 129.

#### V- Conclusões.

Segundo dados da ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais “o *bullying transfóbico começa desde muito cedo e está relacionado a uma reação à quebra dos padrões sociais de gênero. A discriminação gera uma série de efeitos negativos sobre a saúde mental do indivíduo e contribui mais tarde para o seu adoecimento. A diretora da Antra, Bruna Benevides, afirma que o suicídio é um fator de risco, multifatorial, que se agrava para pessoas trans. ‘O risco é agravado por um ambiente social em que o contexto atual e a política conservadora anti trans ganha força, não apenas no Brasil, mas no mundo. Quando vemos movimentos organizados se levantarem em uma agenda anti trans, isso causa uma sensação de instabilidade emocional que aliada ao momento político e econômico do país gera pouca perspectiva de inclusão de pessoas trans nos espaços sociais e políticos. Isso acontece no mesmo momento em que o Brasil deixa de seguir as recomendações da ONU e de cortes internacionais a respeito da auto declaração de gênero e passa a violar esses direitos.’* “

A existência desse Projeto de Lei, por si só, tem seus efeitos psicológicos devastadores para a comunidade LGBTQIA+ e para as crianças e adolescentes que têm o direito de crescer em um pluriverso de valores, com plena liberdade de desenvolver suas subjetividades e possibilidades de existência.

Por essa razão, necessário que, no exercício de sua missão institucional, e para não macular o processo civilizatório percorrido até o momento, o Ministério Público do Estado de São Paulo, fundamentado em princípios claros

de direito internacional, na Constituição Federal e em diversos ditames legislativos não se furte, desde logo, ao posicionamento de que o Projeto de Lei 504 não seja acolhido, sob pena de se sujeitar a imediato e necessário questionamento de sua constitucionalidade.