

NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO GÉNERO E DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

**Notas em torno da sua proteção pelo Estado a partir de uma análise das
queixas recebidas pela Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género**

Relatório no âmbito do projeto “Vulnerabilidade e
diversidade: direitos fundamentais em contexto” na
linha Novos Direitos, do CIJE da FDUP

Autoria de Isabella Ribeiro Liquer, colaboradora do
CIJE

Supervisão de Luísa Neto e Anabela Costa Leão,
Professoras da FDUP e investigadoras do CIJE

SUMÁRIO

ABREVIATURAS E SIGLAS.....	3
I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	4
II. ENQUADRAMENTO TEÓRICO: A VULNERABILIDADE DECORRENTE DO GÉNERO.....	5
III. A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS À NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO GÉNERO E DA ORIENTAÇÃO SEXUAL: A NECESSIDADE DE UMA PROTEÇÃO ESTATAL DIFERENCIADA	7
IV. ÓBICES PRÁTICOS À TUTELA DA NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO GÉNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL: UMA ANÁLISE COM BASE NAS QUEIXAS RECEBIDAS PELA CIG	13
IV.1 Breves considerações sobre as queixas analisadas.....	16
a) Queixas relativas à publicidade abusiva: o tratamento conferido pela DGC.....	16
b) Queixas relativas a anúncios e programas televisivos: o tratamento conferido pela ERC	18
c) Queixas referentes a condutas passíveis de configurar crimes: o tratamento conferido pelo Ministério Público	23
d) Queixas solucionadas diretamente pela CIG	26
IV.2 Direitos fundamentais em conflito ou colisão entre direitos e bens: os limites imanentes e a necessidade de harmonização.....	28
IV.3 A natureza jurídica das posições jurídicas subjetivas atendíveis.....	35
V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
BIBLIOGRAFIA	41

ABREVIATURAS E SIGLAS

ACEGIS - Associação para a Cidadania, Empreendedorismo, Género e Inovação Social

Art. – Artigo

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género

CIJE – Centro de Investigação Jurídico Económica

CRP – Constituição da República Portuguesa

DGC - Direção-Geral do Consumidor

DIAP - Departamento de Investigação e Ação Penal

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

ERC – Entidade Regulatória para a Comunicação Social

LGBTI – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgéneros e Intersexuais

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais

RFM – Renascença FM

RTP – Rádio e Televisão Portuguesa

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Inicialmente, convém destacar que estas notas se desenvolvem em torno da linha de pesquisa *Vulnerabilidade e diversidade: direitos fundamentais em contexto*, no âmbito da temática Novos Direitos, promovida pelo Centro de Investigação Jurídico Económica (CIJE) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Assim, com a finalidade de “discutir e analisar os problemas específicos de grupos vulneráveis que reclamam a consideração específica do princípio da igualdade e a consideração de um – eventualmente genérico – dever de cuidado cometido ao Estado” insere-se a presente análise, tendo em conta, especialmente, o Objetivo III do Eixo III da pesquisa, que consiste em analisar as queixas recebidas pela Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG) de Portugal, em matéria de discriminação em razão do sexo/género, para verificar o tratamento conferido às queixas pelas entidades competentes, e os motivos apresentados para eventuais arquivamentos das mesmas.

A partir da remessa dos processos pela CIG às entidades competentes, analisar-se-á a proteção que tem sido conferida por estas aos direitos à igualdade de género e à diversidade sexual (bem como aos direitos a eles correlatos, como a proibição de discriminação) em Portugal, objetivando-se, a partir daí, compreender os fatores que têm servido de óbice à efetiva tutela destes direitos. Por fim, pretende-se trazer à discussão questionamentos e possibilidades para reduzir os *deficits* de proteção então verificados.

Para o atendimento dos objetivos expostos, inicialmente é feita uma densificação teórica da vulnerabilidade decorrente do género. Em seguida, analisa-se a natureza jurídica que tem sido conferida aos direitos à igualdade de género e à diversidade sexual, com o objetivo de verificar os meios e instrumentos então conferidos à sociedade e ao Estado para a proteção destes direitos.

Com o fim de verificar a aplicação prática dos mecanismos de proteção aos direitos em questão serão analisadas algumas das queixas recebidas pela CIG em matéria de discriminação em razão de sexo/género/orientação sexual, o tratamento a elas conferido pela Comissão e, posteriormente, pelas instituições regulatórias tidas como competentes para a apreciação das queixas apresentadas pelo público em geral.

Com base na análise integrada do exposto, coloca-se à discussão como tem o Estado português, por meio das entidades responsáveis pela análise das queixas, tratado os direitos à igualdade de género e à diversidade sexual. Por fim, serão trazidas algumas considerações finais.

II. ENQUADRAMENTO TEÓRICO: A VULNERABILIDADE DECORRENTE DO GÉNERO

A interrogação inicial é a seguinte: nas sociedades modernas, haveria a necessidade de se reconhecer a vulnerabilidade em razão de género e a vulnerabilidade das minorias sexuais – e adotar ações estatais específicas destinadas à sua proteção?

A vulnerabilidade é um conceito que deve ser encarado de forma crítica¹, assim, embora à primeira vista se denote uma conceção negativa do termo, referindo-se aos indivíduos que dependem da cooperação estatal, e que estão expostos a diversos específicos e acrescidos danos², é necessária uma releitura do que se entende por vulnerabilidade, acentuando-se a sua dimensão positiva face ao aspeto estigmatizante desta qualificação: embora passível de acarretar danos a seus titulares, a vulnerabilidade é capaz de gerar empatia, contribuir para a construção de perspetivas críticas sobre política e instituições sociais, e possibilitar a exploração crítica³.

Em síntese, uma perspetiva crítica da vulnerabilidade pode caracterizá-la como uma condição de grupos específicos (abordagem tradicional), que, contudo, pode acarretar efeitos negativos (como, por exemplo, a estigmatização desses grupos e o paternalismo estatal, em detrimento da autonomia dos mesmos)⁴. Por outro lado, pode-se entender que a vulnerabilidade é inerente à condição humana, sendo individual, institucional, universal e constante, sendo o papel do Estado responder a isso⁵. É possível, contudo, conciliar essas duas abordagens considerando a natureza complexa do conceito⁶.

A maioria das sociedades modernas contém múltiplos grupos culturais, alguns dos quais dominam injustamente o Estado ou outras instituições sociais importantes, reduzindo, assim, a capacidade das culturas minoritárias viverem suas vidas consoante suas vontades⁷. A

¹ Lourdes PERONI; Alexandra TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in: *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 11.4: 1056-1085.

² *Idem*, *ob. cit.*

³ Martha Albertson FINEMAN, *The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition*, in: FINEMAN, Martha Albertson (ed.). *Transcending the boundaries of law: Generations of feminism and legal theory*. Routledge, 2010.

⁴ Como explicado por Lourdes PERONI; Alexandra TIMMER, *Vulnerable groups... ob. cit.*

⁵ Martha Albertson FINEMAN, *The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition... ob. cit.*

⁶ É este o entendimento de Lourdes PERONI; Alexandra TIMMER, *Vulnerable groups... ob. cit.*, ressaltando, contudo, a necessidade de, quanto à caracterização da vulnerabilidade grupal, evitar-se o estigma e a banalização das habilidades das pessoas face à vulnerabilidade.

⁷ Iris Marion YOUNG, *Structural Injustice and the Politics of Difference*, in: LENZ, Gunter H.; DALLMANN, Antje. *Justice, Governance, Cosmopolitanism, and the Politics of Difference: Reconfigurations in a Transnational World*. Distinguished WEB Du Bois Lectures 2004/2005. Humboldt-Univ., 2007; pp. 79-116.

reparação da injustiça e da desigualdade em tais casos tem base na noção de igualdade substantiva, que requer participação, transformação, redistribuição e reconhecimento⁸.

Por esta razão, constatando-se que as diferenças de certos grupos são socialmente significativas para questões de conflito, dominação ou vantagem, tem-se a necessidade de implementação de políticas de diferença posicional⁹, as quais objetivam equalizar as oportunidades, por meio de esforços que verifiquem as diferenças estruturais e tentem mudá-las, não apenas dentro da lei e da política pública, mas também em muitas outras instituições e práticas sociais e económicas¹⁰.

Portanto, a desigualdade e a injustiça em razão de género e diversidade sexual podem ter o seu fundamento nas relações de privilégio e desvantagens de oportunidades, bem como na falta de representatividade, contribuindo para que suas condições sejam determinadas por outros sem reciprocidade¹¹.

O próprio reconhecimento do género como um fator de desigualdade demorou algum tempo a ser consolidado, e, como analisa Martha Nussbaum, a comunidade mundial tardou em abordar tais problemas, porque não haveria consenso de que esta desigualdade seria uma questão urgente de justiça política¹².

Contudo, não se pode negar a existência dessas desigualdades. Nesse passo, considerando o *status* de desigualdade, vulnerabilidade e a possibilidade de danos (sujeição à violência, discriminação, discursos de ódio) às mulheres e às minorias sexuais em diversos setores (trabalho, educação, reconhecimento de direitos atendendo às diferenças e adequações que estes grupos ensejam) é que se afigura necessária a implementação de políticas que se atentem a essas particularidades, capazes de provocar modificações estruturais na sociedade e contribuir para que esses grupos sociais possam obter a igualdade substantiva, que implica redistribuição, reconhecimento e participação¹³.

⁸ Lourdes PERONI; Alexandra TIMMER, *Vulnerable groups... ob. cit.*

⁹ Iris Marion YOUNG, *Structural Injustice and the Politics of Difference...*, *ob. cit.*

¹⁰ Iris Marion YOUNG, *idem*, *ob. cit.*

¹¹ *Idem*, *ob. cit.* Para maior desenvolvimento, veja-se CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Da vulnerabilidade social das minorias sexuais sob a perspectiva jurídica. In: CAMPOS, Nilson Tadeu Reis. (Org.). *O direito e as pessoas vulneráveis na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹² Martha C. NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 2001.

¹³ Nancy Fraser considera que a reparação da injustiça de género e o alcance da igualdade substantiva deve considerar o género possui uma “diferenciação social bidimensional”, o que implica a necessidade de políticas de redistribuição – com alterações na estrutura económica da sociedade – e de reconhecimento, por meio da alteração dos padrões institucionalizados de valor. (Nancy FRASER; Axel HONNETH, ¿ Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico. Ediciones Morata, Madrid, 2006.)

III. A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS À NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO GÉNERO E DA ORIENTAÇÃO SEXUAL: A NECESSIDADE DE UMA PROTEÇÃO ESTATAL DIFERENCIADA

A implementação de políticas, leis e modificações estruturais destinadas à promoção dos direitos à igualdade de género e respeito à diversidade sexual pode ser discutida sob o ponto de vista dos potenciais beneficiários dessa proteção estatal: seriam apenas os *beneficiários diretos* desses direitos (mulheres e minorias sexuais) ou toda a coletividade?

Noutras palavras, seria adequado supor que um indivíduo que, à primeira vista, não tenha sofrido uma lesão direta com a ofensa ao direito em questão poderia reivindicar, judicial ou administrativamente, a sua proteção? Para responder a este questionamento, deve-se, num primeiro plano, analisar o *status* que pode ser atribuído aos direitos à igualdade de género e à diversidade sexual, e, ainda, os bens protegidos quando se fala na proibição de discriminação em razão de género e orientação sexual.

Recorrendo aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos¹⁴, é possível extrair que os direitos à igualdade de género e à diversidade sexual pressupõem uma proteção diferenciada, uma vez que as previsões de carácter universal mostram-se insuficientes para lhes conferir a devida proteção, considerando as particularidades e a vulnerabilidade destes grupos na sociedade.

Assim, pode-se analisar que as previsões de direitos humanos (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e Resolução 17/19, firmada em 17 de junho de 2011, na 34ª sessão do Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral da ONU) sobre os direitos em questão possuem respaldo não somente no potencial benefício que decorre aos titulares diretos desse direito, mas no bem-estar da própria coletividade.

Pode-se falar, assim, em “*um plus de protecção ou uma protecção diversificada de um bem jurídico; pública, por um lado, e dos cidadãos, por outro*”¹⁵, isto é, reconhece-se um

¹⁴ A título de exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, prevê que “o desenvolvimento pleno de um país, o bem-estar do mundo e a causa da paz necessitam da máxima participação das mulheres, em igualdade com os homens, em todos os domínios”. Ademais, o Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 17/19 (34ª sessão, 17 de junho de 2011), manifestou grande preocupação com atos de violência e discriminação, em todas as regiões do mundo, em razão de identidade de género e orientação sexual e recomendou a adoção de medidas pelos Estados especialmente adequadas à solução do problema.

¹⁵ Esta é a definição geral de interesse difuso tratada seminalmente por Luís Filipe Colaço ANTUNES – sem referência aos direitos que podem ser enquadrados neste conceito. (Luís Filipe Colaço ANTUNES, *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: Para uma legislação procedimental*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989; p. 23.)

interesse público, mas, adicionalmente, o interesse jurídico de todo cidadão à proteção dos direitos em questão, consoante tutele o ordenamento jurídico¹⁶, podendo ser discutido, quanto aos direitos analisados, sua aproximação com os interesses difusos.

A efetividade prática nesta qualificação reside na tutela judicial conferida ao interesse difuso, por meio do reconhecimento de *“um direito de participação ao nível do processo administrativo e da atribuição de uma ação judicial, de uma legitimação para agir em defesa destes interesses”*¹⁷.

Como já reconhecido pelo Supremo Tribunal de Justiça português, *“a tutela do interesse difuso supõe a abstração de particularidades respeitantes a cada um dos titulares”*¹⁸, de modo que, diversamente do interesse coletivo, o interesse difuso recai sobre *“bens que podem ser gozados de uma forma concorrente e não exclusiva, pois que os seus titulares, ao beneficiarem de um certo bem, não impedem os outros que possam igualmente disfrutar desse mesmo bem”*¹⁹, de modo que a sua tutela abarca um número indiferenciado de pessoas.

Discorrendo sobre os direitos difusos, Ingo Wolfgang Sarlet²⁰ destaca que parte da doutrina costuma enquadrar, dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão (que possuem titularidade difusa), novos direitos, como, por exemplo, o direito à mudança de sexo, contudo, vários desses direitos em processo de reivindicação e desenvolvimento correspondem a facetas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, esclarece o mesmo autor, reconhecer a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em geral implica a necessidade de que tais direitos tenham a sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, caracterizando-se como valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. Dessa forma, da dimensão objetiva dos direitos decorre uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, sendo correto afirmar que, sob a perspetiva objetiva, os direitos fundamentais são, também, direitos transindividuais²¹. Está-se, pois, para além da figura dos direitos de grupo (“mulheres”, “lésbicas”, “transgénero”, ...), porque se

¹⁶ Luís Filipe Colaço ANTUNES, *A Tutela dos Interesses Difusos...*, *ob. cit.*

¹⁷ Luís Filipe Colaço ANTUNES, *idem, ob. cit.*, p. 23.

¹⁸ Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 7617/15.7T8PRT.S1, 2ª Secção, Rel. Oliveira Vasconcelos, Data do acórdão: 08/09/2016, Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/EFE6AEDAF12203838025802C0035EC50>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

¹⁹ *Idem, ob. cit.*

²⁰ Ingo Wolfgang SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspetiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

²¹ *Idem, ob. cit.*

reconhece à comunidade como um todo o interesse na promoção de determinados valores constitucionais.

Com base nessas premissas, pode-se argumentar, assim, em relação aos direitos à igualdade de género e à diversidade de orientação sexual, a sua caracterização como *interesses difusos* e que devem, ademais, ter sua *dimensão objetiva* devidamente considerada.

Não obstante em um primeiro momento possa-se compreender que tais direitos estariam restritos a titulares determinados (os quais podem ser tidos como seus beneficiários diretos, a saber: mulheres e população LGBTI) e teriam como bens protegidos a dignidade dos possíveis lesados em caso de ofensa a esses direitos²², o carácter difuso destes direitos e a necessidade de sua proteção diferenciada, dá-se com base nos seguintes fundamentos: i) as disposições dos tratados internacionais já referidos em matéria de direitos humanos e as disposições da Constituição da República Portuguesa (CRP), a partir das quais se verifica a necessidade de tutela jurídica especial – em especial o art. 9º, alínea “h”, segundo o qual constitui tarefa fundamental do Estado português promover a igualdade entre homens e mulheres; e o nº 1 do art. 26º, que contém a vedação contra quaisquer formas de discriminação, inclusive em razão de género e orientação sexual –; e ii) a constatada vulnerabilidade das mulheres e das minorias sexuais, tal como evidenciado em II, *supra*.

Considerando ainda especialmente as disposições constitucionais relativas a estes direitos (arts. 9º, h, arts. 26, nº 1, CRP) revela-se a sua *dimensão objetiva*, de modo que estes transcendem as posições individuais, decorrendo daí a necessidade de sua tutela especial.

Portanto, deve-se reconhecer que os direitos em análise não pertencem somente às mulheres (no caso da proteção à igualdade de género) ou a população LGBTI (no caso da proteção à diversidade sexual), mas sim a todos que, independentemente de seu género ou orientação sexual desejam que o Estado português trate as pessoas sem discriminações de qualquer natureza, respeitando as escolhas individuais de cada um e, ainda, os valores positivados pelo texto constitucional.

É o que se depreende, precisamente, da disposição contida no art. 9º, alínea “h”, da CRP, segundo o qual a promoção da igualdade de género entre homens e mulheres constitui uma das tarefas fundamentais do Estado português. Este dispositivo, conforme observam

²² É este o entendimento de Miodrag A. Jovanovic, para quem grupos sociais marginalizados, como mulheres e homossexuais não mereceriam o status de proteção de direito coletivo, não se qualificariam como detentores de direitos morais específicos, tendo em vista que a estes grupos, em seu entendimento, não sofrem a ameaça de extinção física como grupo para justificar tal qualificação. (Miodrag A. JOVANOVIĆ, *Recognizing minority identities through collective rights*. Human Rights Quarterly, 2005, 625-651.). Contudo, a vulnerabilidade apresenta-se de diversas maneiras, sendo redutor considerar que apenas a intenção de extinção física de um grupo poderia lhe conferir o *status* de direito difuso.

Gomes Canotilho e Vital Moreira²³, não implica mera refração do princípio da igualdade (art. 13º), funcionando como *norma-tarefa*, da qual decorrem duas dimensões fundamentais:

“(1) é um dos fins principais da acção de poderes públicos, impondo-se a eliminação de desigualdades formais e substanciais através de um empenho explícito e activo na promoção de tal princípio;

(2) é um limite negativo à actuação dos poderes públicos, no sentido de que o princípio da conformidade de todos os actos estaduais, das regiões e das autarquias com a Constituição (art. 3º) envolve a conformidade com o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

(...)

Em articulação com esta norma, impõe-se à lei o dever de promover a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos públicos (art. 109º), ao mesmo tempo em que se reconhecer como direito pessoal a protecção legal contra quaisquer formas de discriminação (art. 26º).”²⁴

Como ensina Luísa Neto, a igualdade de tratamento entre homens e mulheres constitui, assim, um princípio fundamental dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, sendo, portanto, “uma componente de pleno direito da cidadania e mesmo um real critério da democracia, como proclamou o Conselho da Europa”²⁵.

Segundo o *Global Gender Gap Report* (2017) formulado pelo *World Economic Forum*, no ranking que mede a igualdade de género, tendo como indicadores as estatísticas sobre participação económica e oportunidades, desempenho educacional, saúde e sobrevivência e empoderamento político, Portugal possui uma pontuação de 0.734, ocupando a 33ª posição no ranking, dentre os 144 países avaliados. A pontuação varia de 0.00 (desigualdade) a 1.00 (igualdade). Não obstante tal constatação, verifica-se, ainda, na sociedade portuguesa a reprodução de discursos discriminatórios e estereótipos negativos de género, até mesmo em algumas decisões judiciais²⁶, sendo certo, portanto, que ainda é necessário percorrer um longo caminho na busca pela eliminação de discriminação e igualdade de género.

²³ J.J. Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1º ao 107º*, Vol. I. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 281.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Luísa NETO, *O direito e a igualdade de género*. Julgar nº 08. Maio-agosto, 2009, p. 161-177. Disponível em: <<http://julgar.pt/o-direito-e-a-igualdade-de-genero/>>. Acesso em: 17 abr. 2018, p. 162.

²⁶ Como exemplo de acórdão que adotou discurso discriminatório em razão de género, implicando a negação da prestação jurisdicional devida à mulher, cita-se o acórdão proferido, em 11 de outubro de 2017, pelo Tribunal da Relação do Porto, nos autos do processo nº 355/15.2 (Relator Desembargador Neto Moura), no qual se considerou que o ato de violência praticado contra a vítima (uma mulher) tendo como um dos autores seu ex-marido, não se enquadraria em caso típico de violência doméstica, tendo em vista que a conduta praticada previamente pela vítima (prática de adultério) configuraria atentado à honra e à dignidade do homem. Com base nesse fundamento, o acórdão considerou que o autor da agressão agiu em estado depressivo e de revolta, justificado pelo adultério praticado, o que levou o julgador a considerar a diminuição de sua culpa no delicto, suspendendo a execução da pena. Cfr., ainda: Conceição GOMES, *et. al*, *Violência doméstica: estudo avaliativo das decisões judiciais*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (Coleção Estudos de Género), 2016.

Da mesma forma, em relação à proibição de discriminação em razão da orientação sexual, não obstante encontre-se presente no art. 13º, nº 2, CRP, a vedação de discriminação, e, ainda, tenha havido um percurso significativo em Portugal na proteção deste direito²⁷, é necessário considerar que o percurso de aquisição dos direitos relativos à diversidade sexual ainda não está completo, “nem tão pouco seguramente enraizado na sociedade portuguesa e, por isso, no dia a dia de milhares de pessoas que vivem uma sexualidade não normativa já não patologizada mas ainda estigmatizada”²⁸.

Dessa forma, embora os direitos em análise encontrem proteção nos planos internacional e constitucional, sendo possível verificar, em Portugal, o aumento de sua atenção pelo Estado e pela sociedade em geral, a sua concretização e tutela jurídica pelos poderes públicos revela-se, ainda insuficiente para lhes conferir a necessária proteção face à reprodução de estereótipos, atos de discriminação e violência motivadas por género/orientação sexual.

Nesse passo, conforme analisa Jorge Pereira da Silva²⁹, mesmo o direito previsto no art. 26, nº 1, da CRP (proteção contra todas as formas de discriminação) passará, eventualmente pela inércia de proteção do legislador, sendo, por esta razão, necessário conjugar as três funções do Estado (legislativa, administrativa e judiciária) para o atendimento ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais, de modo que:

“(…) haverá, sempre, a possibilidade, limitada, de reclamar junto das instâncias administrativas e jurisdicionais competentes uma pequena medida de proteção – a medida possível, em função das circunstâncias factuais do enquadramento normativo do caso – que seja capaz de evitar a consumação do perigo ou do risco que atinge os bens jusfundamentais ameaçados”³⁰.

A jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem emitido importantes decisões, das quais é possível extrair a necessidade de proteção especial e obrigações positivas pelos Estados para o respeito à igualdade de género e à diversidade sexual, com respaldo na CEDH.

²⁷ Sobre o tema, cfr.: Miguel Vale de ALMEIDA, *O contexto LGBT em Portugal*, In: *Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (Coleção Estudos de Género), 2010, pp. 45-92.

²⁸ Conceição NOGUEIRA; João Manuel de OLIVEIRA, *Um olhar da psicologia feminista crítica sobre os direitos humanos de pessoas LGBT*, In: *Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (Coleção Estudos de Género), 2010, pp. 09-18.

²⁹ Jorge Pereira da SILVA, *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica, 2015, p. 748.

³⁰ *Idem*, ob. cit., p. 748.

Em matéria de *proteção à diversidade sexual*, o TEDH tem evoluído gradualmente o seu entendimento ao longo dos anos, e, nas decisões mais recentes, é claramente possível extrair o dever uma proteção diferenciada pelos Estados nessa matéria. Como exemplo, tem-se o entendimento emitido pelo TEDH no caso *AP, Garçon e Nicot v. França*³¹ em que se considerou que o art. 8º da CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar) contém uma determinação de que os Estados reconheçam legalmente o direito à identidade de género das pessoas transexuais (independentemente da realização de cirurgia ou tratamento de esterilização), tendo em vista que a referida disposição legal engloba um direito à autonomia pessoal, do qual a liberdade de definição da identidade sexual é um dos elementos mais essenciais³².

Já em matéria de *igualdade de género*, o TEDH, por maioria, condenou recentemente Portugal (*Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*)³³, em razão de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Administrativo português, na qual se considerou que a decisão foi influenciada por estereótipos de género ultrapassados, violando o art. 14º da CEDH.

No caso, a opinião concorrente do Juiz Yudkivska, foi clara ao evidenciar que a intensa produção legislativa relativa à igualdade de género não necessariamente garante maior proteção, tendo em vista que, não havendo uma modificação do pensamento dominante, a discriminação de género continuará a existir, de forma mais discreta, por meio da reprodução de estereótipos enraizados na sociedade. Assim, o juiz Yudkivska e o juiz Motoc destacaram nos seus votos que a omissão face aos estereótipos de género ou sua utilização equivocada pela sociedade – e pelo Estado – contribui para a racionalização da discriminação e a manutenção da desigualdade factual então existente.

Estabelecidas essas premissas, cabe analisar a situação que ora se apresenta.

³¹ TEDH, Quinta Secção, *Caso AP, Garçon e Nicot v. França*, Pedidos 79885/12, 52471/13 e 52596/13, julgamento em: 07/04/2017. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Nicot%20v.%20France%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-172913%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Nicot%20v.%20France%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-172913%22]})>. Acesso em: 26 abr. 2018.

³² Apesar de a decisão representar um avanço em termos de reconhecimento de direitos aos transexuais, há críticas no sentido de que o TEDH ainda se manifestou de forma insuficiente sobre a patologização social e jurídica das pessoas trans. Cfr.: Pieter CANNOOT, *AP, Garçon and Nicot v. France: the Court draws a line for trans rights*, 2017. Disponível em: <<https://strasbourgobservers.com/2017/05/05/a-p-garcon-and-nicot-v-france-the-court-draws-a-line-for-trans-rights/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

³³ TEDH, Quarta Secção, *Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, Pedido nº 17484/15, julgado em 25/10/2017. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-175659%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-175659%22]})>. Acesso em: 25 abr. 2018.

IV. ÓBICES PRÁTICOS À TUTELA DA NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL: UMA ANÁLISE COM BASE NAS QUEIXAS RECEBIDAS PELA CIG

A Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG) é um serviço central da administração direta do Estado dotado de autonomia administrativa que tem por objetivo garantir a execução das políticas públicas para a promoção e defesa da igualdade de género, inclusive em matéria de orientação sexual e identidade de género.

Dentre outras atribuições, compete à CIG propor medidas e desenvolver ações de intervenção contra todas as formas de violência de género e de apoio às suas vítimas, elaborar recomendações gerais relativas a boas práticas de promoção de igualdade de género, designadamente ao nível da publicidade, do funcionamento de estruturas educativas, de formação e da organização do trabalho no setor público e privado, bem como atestar a conformidade com essas boas práticas, receber queixas relativas a situações de discriminação ou de violência com base no género e apresentá-las, sendo caso disso, através da emissão de pareceres e recomendações, junto das autoridades competentes ou das entidades envolvidas, sendo certo que todos os serviços públicos, que devam ou possam fornecer informação relevante para a prossecução das atribuições da CIG, têm o dever de cooperar com esta sempre que, para o efeito³⁴, lhes seja solicitado, consoante estabelecido pelo art. 3º do Decreto Regulamentar nº 1/2012, de 6 de janeiro, da Presidência do Conselho de Ministros.

A seguir passa-se à análise de algumas das queixas recebidas pela CIG em matéria de *discriminação em função de sexo/género*, destacando-se que a Comissão não possui competência sancionatória, razão pela qual, não obstante poder formular recomendações e pareceres às entidades envolvidas, procede ao repasse das queixas para as entidades regulatórias e instituições competentes (nos casos ora analisados, Entidade Regulatória para a Comunicação Social – ERC, Direção-Geral do Consumidor – DGC e Ministério Público – MP), já que estas podem abrir processos junto às pessoas e empresas envolvidas e, diante da constatação da efetiva ocorrência de discriminação em função de sexo/género, adotar atos sancionatórios, como o estabelecimento de contraordenações, suspensão do conteúdo abusivo, instauração de processo criminal, dentre outras medidas.

Em outros casos, como se verá, a própria CIG deu tratamento à queixa ou atuou conjuntamente com a ACEGIS (Associação para a Cidadania, Empreendedorismo, Género e

³⁴ CIG, Atribuições. Disponível em: <<https://www.cig.gov.pt/a-cig/atribuicoes/>>. Acesso em: 25 maio 2018.

Inovação Social), organização não governamental que atua nas áreas da cidadania, inclusão, igualdade de gênero, empreendedorismo e inovação social.

Para a elaboração deste relatório, procedeu-se à análise de **24 (vinte e quatro) queixas**³⁵ recebidas pela CIG no **período de 01/2015 a 05/2018**, tendo por objeto a *discriminação em função de sexo/gênero/identidade de gênero/orientação sexual*, a fim de verificar o tratamento que lhes foi conferido pela CIG e, posteriormente, pelas entidades com competência sancionatória.

Destaca-se, ainda, que não foram analisadas a totalidade das queixas recebidas pela CIG no período indicado, mas apenas aquelas consideradas relevantes para o objeto de estudo. Pelas figuras a seguir, apresenta-se uma visão geral do exposto:

Queixas recebidas pela CIG no período de 01/2015 a 05/2018 (*)

Assunto: discriminação em função de sexo/gênero/identidade de gênero/orientação sexual

Distribuição das queixas por entidade (áreas temáticas)

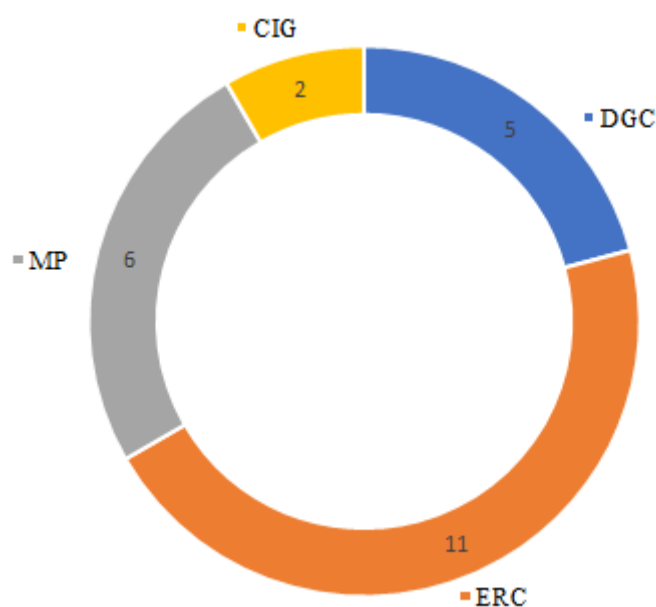


Figura 1 – Distribuição das queixas analisadas por entidade, conforme a área temática

(*) Não contém a totalidade das queixas recebidas pela CIG no período, apenas aquelas relevantes ao objeto de estudo.

³⁵ Tratam-se de 22 (vinte e dois) processos analisados. No entanto, dois destes (processos nº 10/2015 e nº 01/2018) foram distribuídos, simultaneamente, a duas entidades (ERC e Ministério Público), razão pela qual, para melhor sistematização deste estudo, foram computados como processos distintos, totalizando, com base neste raciocínio, 24 (vinte e quatro) processos.

Ademais, das 24 (vinte e quatro) queixas analisadas, 12 (doze) foram arquivadas pelas entidades competentes, com motivações diversas, 6 (seis) ainda se encontram em fase de instrução/decisão, 3 (três) originaram processos de contraordenação, que ainda estão em trâmite e 3 (três) foram concluídas com a adoção de medidas pelas entidades competentes, como passa-se a analisar adiante.

A **Figura 2** (*Situação atual das queixas*), abaixo, contém os *status* e resultados das queixas apreciadas, ao passo que as **Figuras 3, 4, 5 e 6**, a seguir, especificam a postura adotada por cada entidade:

Situação atual das queixas

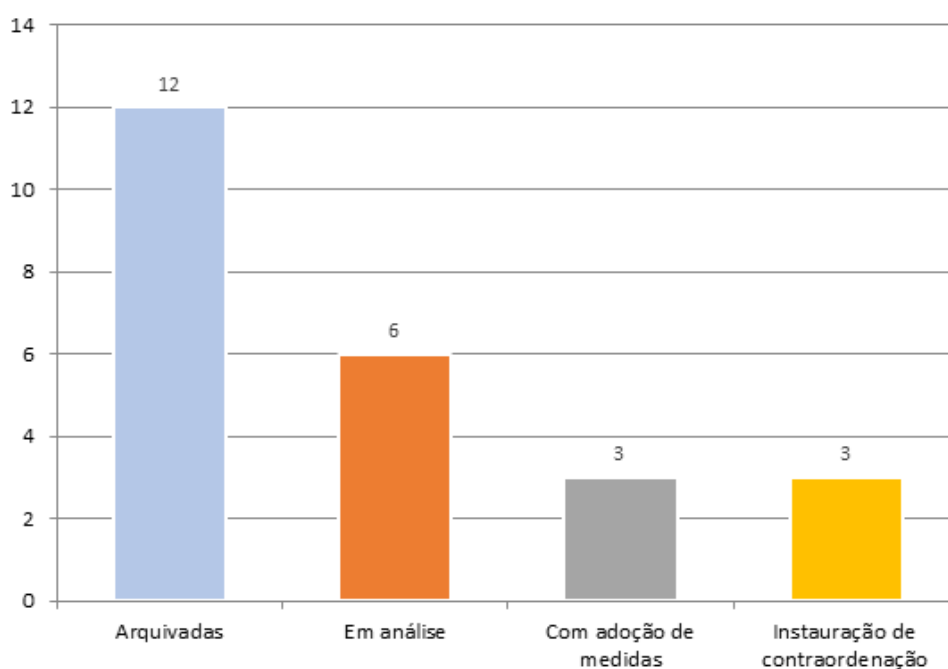
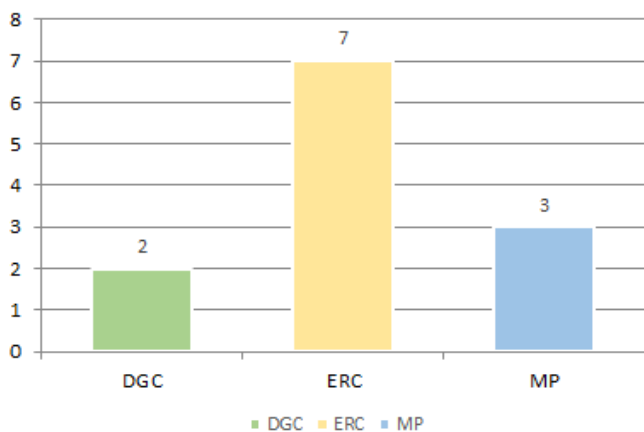


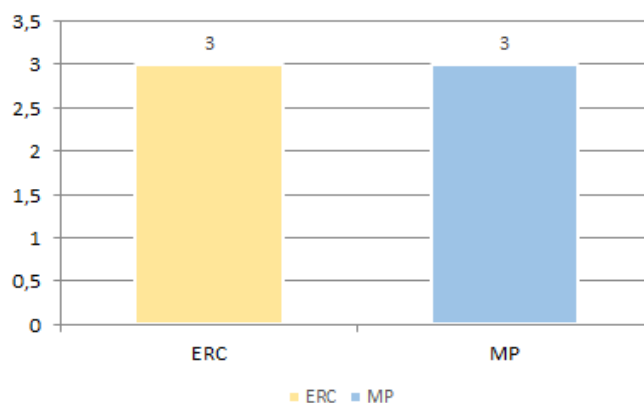
Figura 2 – Situação atual das queixas

Posturas adotadas por cada entidade em relação às queixas

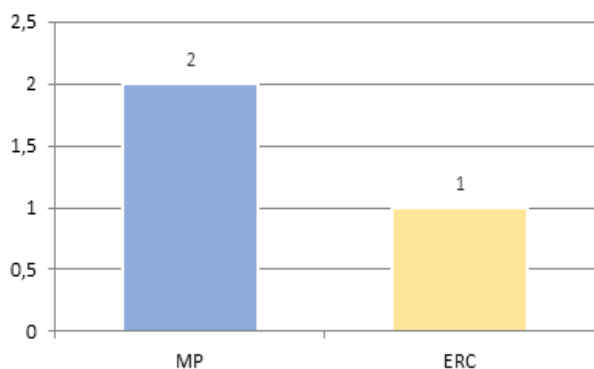
Queixas arquivadas (figura 3)



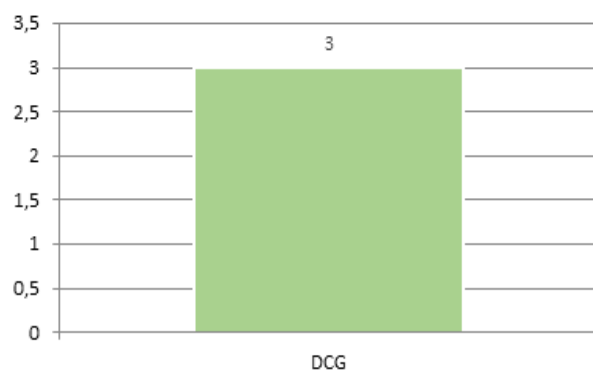
Queixas em análise (figura 4)



*Queixas concluídas com adoção de medidas
(figura 5)*



*Instauração de processos de
contraordenação (figura 6)*



Destaca-se que, nesse primeiro momento, serão apenas relatados o tratamento e, de forma breve, os fundamentos apresentados pelas entidades competentes em relação aos processos referidos. Posteriormente, será feita uma análise crítica, com base na densificação teórica realizada, acerca desta atuação.

IV.1 Breves considerações sobre as queixas analisadas

a) Queixas relativas à publicidade abusiva: o tratamento conferido pela DGC

Dentre as queixas recebidas pela CIG, 05 (cinco) referem-se à publicidade considerada ilícita, tendo sido repassadas à DGC para análise, com respaldo no art. 7º do Código de Publicidade³⁶, por ofenderem princípios constitucionalmente consagrados e refletirem discriminações, bem como o reforço de estereótipos em função de sexo/género.

³⁶ “Artigo 7º - Princípio da licitude

1 - É proibida a publicidade que, pela sua forma, objeto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados.

2 - É proibida, nomeadamente, a publicidade que:

- a) Se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas;
- b) Estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer atividade ilegal ou criminosa;
- c) Atente contra a dignidade da pessoa humana;
- d) Contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo;
- e) Utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa;
- f) Utilize linguagem obscena;
- g) Encoraje comportamentos prejudiciais à proteção do ambiente;
- h) Tenha como objeto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso.

3 - Só é permitida a utilização de línguas de outros países na mensagem publicitária, mesmo que em conjunto com a língua portuguesa, quando aquela tenha os estrangeiros por destinatários exclusivos ou principais, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

Das queixas analisadas pela DGC, 02 (duas) foram arquivadas, com fundamento de ausência de indícios de infração.

A queixa que deu origem ao **Processo nº 01/2015** tem como fundamento a discriminação em função de sexo/género decorrente de uma campanha publicitária promovida pela empresa Evax/Tampax e divulgada nas redes sociais³⁷, segundo a qual, consoante referido pela CIG, potencia a prática de comportamentos de assédio sexual e de violência sexual contra as mulheres em espaço público, violando o art. 7º do Código de Publicidade.

A referida queixa fora, contudo, arquivada pela DGC, com o fundamento de não terem sido constatados indícios suficientes que sustentassem, nos termos legais aplicáveis, a instauração de processo de contraordenação.

Em outra situação, na queixa que deu origem ao **Processo nº 06/2015** (discriminação em função de sexo/género), tem-se campanha publicitária promovida pela Neurozan (Omega Pharma), por meio da qual o produto, apesar de não ser específico para o sexo masculino, seria divulgado como se fosse, para que pudesse atrair as mulheres, com o slogan: “Elas preferem os mais inteligentes”. Conforme relatado na queixa, o anúncio seria suscetível a incentivar o assédio contra as mulheres, bem como aparentou tratar-de de produto destinado exclusivamente aos homens (cujo aspeto intelectual foi evidenciado), ao passo que as mulheres (cujo aspeto físico foi evidenciado) estariam numa situação de disponibilidade, o que contribuiria para reforçar estereótipos negativos de género.

Após a apreciação da queixa, a DGC entendeu por arquivar o processo, com o fundamento de ausência de indícios da infração, tendo em vista que, segundo o entendimento da entidade, não se verificou no anúncio qualquer discriminação que atentasse contra a dignidade das mulheres (alínea d, nº 2 do art. 7º do Código de Publicidade).

A queixa que deu origem ao **Processo nº 02/2017**, também remetida à DGC por se tratar de publicidade suscetível de causar discriminação em função de sexo/género, tinha por objeto campanha publicitária do perfume *Good Girl*, da marca Carolina Herrera, no qual se evidenciava a mulher em uma posição de subserviência e inferioridade, nomeadamente de natureza sexual, para que lhe fosse atribuída a posição de “boa garota”, incentivando, além de estereótipos de género, a violência e o assédio contra a mulher. Não obstante o exposto, a DGC entendeu pelo arquivamento da queixa. Neste caso destaca-se que não houve

4 - É admitida a utilização excecional de palavras ou de expressões em línguas de outros países quando necessárias à obtenção do efeito visado na conceção da mensagem.”

³⁷ Sobre a campanha publicitária, cfr.: Diário de Notícias, *Marca de pensos e tampões diz que piropo "faz sentir bem"* (Reportagem de Fernanda Cândia), 31 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.dn.pt/portugal/interior/marca-de-pensos-e-tampoes-diz-que-piropo-faz-sentir-bem4373877.html>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

conhecimento do teor da fundamentação eventualmente apresentada pela entidade fiscalizatória para o não prosseguimento do processo administrativo. Contudo, foi instaurado, em 2018, o processo de contraordenação nº 9/DIV/PUB/2018/IP, o qual ainda se encontra em fase de instrução.

Da mesma forma, a DGC atuou na queixa que deu origem ao **Processo nº 04/2017**, na qual a publicidade veiculada pelo Standvirtual, no Dia Internacional da Mulher, insinuava a incapacidade das mulheres para dirigir veículos, contribuindo para a perpetuação de estereótipos de género e para a discriminação em diversas esferas da vida, tal como, por exemplo, a obtenção de empregos de motoristas. Tal queixa foi convertida em processo de contraordenação pela DGC (processo de contraordenação nº 46/DIV/PUB/2017/IP), o qual ainda se encontra em fase de instrução.

De igual modo, o **Processo nº 16/2017**, decorreu de denúncia referente a anúncio publicitário veiculado pela marca SUN, referente a um detergente, na qual destacou-se que até um homem seria capaz de lavar a louça na máquina de lavar, depreendendo-se da referida campanha que as tarefas domésticas seriam de competência das mulheres, e que os homens seriam incompetentes para executá-las, contribuindo, assim, para perpetuar estereótipos de género e desincentivar a divisão de tarefas entre homem e mulher no ambiente doméstico. A referida queixa foi convertida em processo de contraordenação pela DGC (processo de contraordenação nº 55/DIV/PUB/2017/IP), o qual ainda se encontra em fase de instrução.

b) Queixas relativas a anúncios e programas televisivos: o tratamento conferido pela ERC

De entre as queixas recebidas pela CIG, 11 (onze) referem-se a anúncios, programas televisivos, canções e artigos de opinião cujo conteúdo, total ou parcialmente, foi considerado pela Comissão como contrário aos valores constitucionalmente consagrados pelo Estado português e aos princípios que respaldam a missão da CIG, qual seja, a promoção da igualdade de género e proibição de discriminações e reprodução de estereótipos por esta razão.

Por esta razão, tais queixas, após sua receção e apreciação pela CIG, foram encaminhadas à ERC, Entidade Reguladora para a Comunicação Social, instituição administrativa independente, criada pela Lei nº 53/2005, de 8 de novembro, com competência para a regulação e supervisão de entidades que prossigam atividades de comunicação social em Portugal.

Das queixas analisadas, 7 (sete) foram arquivadas e apenas 1 (uma) foi concluída com deliberação da ERC, ao passo que as demais ainda se encontram em fase de instrução ou aguardam decisão da entidade.

Na análise das queixas começa-se por analisar a que deu origem ao **Processo nº 10/2015 (ERC/11/2015/067)**, referente aos comentários de Pedro Arroja, proferidos no Jornal Diário, em 10 de novembro de 2015, do Porto Canal. Na queixa formulada, considerou-se que o conteúdo dos comentários proferidos por Pedro Arroja era ofensivo às parlamentares do Bloco de Esquerda, além de incentivar, quanto às mulheres em geral, o seu comportamento submisso, tendo em vista o tom depreciativo do comentarista em relação ao desempenho de mulheres em posições de liderança e cargos políticos. Não obstante o pedido feito diretamente pelo Bloco de Esquerda ao Porto Canal, pleiteando a demissão do comentarista e um pedido formal de desculpas, o canal televisivo emitiu um comunicado no qual eximiu-se de sua responsabilidade, mencionando apenas distanciar-se das declarações proferidas por Pedro Arroja.

Diante da queixa encaminhada pela CIG à ERC, esta entidade entendeu por bem arquivar o feito, com o fundamento de que não supervisiona a atuação de comentaristas, bem como que, face à ausência de uma queixa formal por parte das parlamentares abrangidas no discurso de Pedro Arroja, não poderia atuar, já que aqueles diretamente lesados pelo discurso proferido optaram por tratar o caso diretamente com o Porto Canal.

A queixa que deu origem ao **Processo nº 09/2015** tem como fundamento a discriminação em função da identidade de género e refere-se à participação do humorista Luís Franco Bastos no Programa Megahits da Rádio Renascença Lda., no qual este encenou tratar-se de um transexual a requerer uma cirurgia para redesignação do sexo, em tom jocoso. A queixa foi encaminhada pela CIG à ERC, para análise das providências cabíveis, tendo em vista a possível existência de discriminação transfóbica e de conduta lesiva à dignidade da pessoa humana.

A ERC arquivou a denúncia com o fundamento de que, tratando-se de programa claramente humorístico e, considerando que a atuação do humorista teve o propósito de entretenimento (e não informativo), bem como o exercício regular da liberdade de expressão e da liberdade de programação, não se verificou ofensa aos valores constitucionais tutelados ou incentivo ao ódio e à discriminação.

Em sentido semelhante, registam-se os processos nº 06/2016 e 01/2017, os quais, após a análise pela ERC, também foram arquivados.

A queixa que deu origem ao **Processo nº 06/2016** teve por base *post* sexista no Facebook da rádio RFM, tendo sido arquivada pela ERC com o fundamento de que o mau gosto não faz ceder a liberdade de programação e que o conteúdo divulgado teria caráter humorístico. O referido *post* insinuava que as mulheres valer-se-iam de sua condição para conseguir favores, como a troca de pneus, possuindo, portanto, caráter sexista e reproduzindo estereótipos negativos de género.

Do mesmo modo atuou a ERC na apreciação da queixa que deu origem ao **Processo nº 01/2017**, referente a anúncio veiculado pela RTP1 sobre o jogo de futebol entre Benfica e Dortmund. No anúncio, partiu-se do pressuposto de que o dia dos namorados seria uma data relevante apenas para as mulheres, ao passo que o jogo de futebol, seria de interesse apenas dos homens, de modo que a transmissão do jogo de futebol na data comemorativa seria capaz de ofender as mulheres. Assim, na queixa que deu origem ao Processo nº 01/2017 considerou-se que o anúncio contribuíra para a manutenção de estereótipos sexistas na sociedade. A ERC, apreciando a queixa em questão, entendeu por arquivar o processo, com o fundamento de que o anúncio possuía caráter humorístico e que não estariam presentes na narrativa elementos ofensivos à dignidade da pessoa humana ou discriminação com base no género.

Já a queixa que deu origem ao **Processo nº 03/2016**, tinha por objeto a denúncia de uma canção que teria o potencial de incentivar o assédio contra as mulheres, tendo sido arquivada, contudo, diante da ausência de apresentação de elementos concretos para a apreciação, tal como os fatos que alegadamente violam normas legais e data de emissão ou publicação da música em questão. Analisando a queixa, vê-se que, de fato, faltaram dados para a correta apreciação do feito, e, ao que parece, houve um equívoco relativo ao título da canção³⁸, o que pode ter dificultado a análise pela entidade competente. Em breve síntese, a letra representa um forte apelo sexual ao corpo da mulher, dando a entender que o sujeito da canção não teria controle sobre seus atos por esta razão, sendo suscetível, assim, de incentivar e naturalizar a prática de assédio sexual contra as mulheres.

Os **Processos nº 04/2016** e **nº 17/2016** decorreram de queixas referentes ao conteúdo transmitido no programa televisivo “A quinta”, da TVI. No primeiro processo referido, a queixa trata da situação de maus-tratos realizada por uma mulher em relação ao seu companheiro; já a segunda queixa refere-se à situação de agressão psicológica e verbal realizada por vários concorrentes do programa a uma concorrente específica. Tais processos ainda se encontram em fase de instrução, não havendo, portanto, um posicionamento da ERC

³⁸ Trata-se de canção denominada *Ela parte-me o pescoço* e não *Ela é linda*, como repassado à ERC.

quanto ao tema. Cabe destacar, contudo, os fatores a serem considerados em relação a estes processos: o programa “A quinta” trata-se de *reality show*, que reflete a vida cotidiana, e, por vezes, até conta com a atuação de alguns participantes, com o incentivo a comportamentos polêmicos em prol de aumentar a audiência. Entretanto, tal consideração não pode servir para banalizar a prática de comportamentos notadamente abusivos, discriminatórios, com potencial para ofender valores constitucionais (dentre os quais a igualdade de gênero, a dignidade da pessoa humana) e que possam, até mesmo, configurar crime, mormente em se considerando tratar-se de programa transmitido em rede nacional, contando com a audiência de inúmeras pessoas e, por esta razão, com o potencial de influenciar negativamente o comportamento social.

O **Processo nº 18/2016** decorre de queixa que tem por objeto a discriminação em função de orientação sexual, referindo-se à censura realizada por emissora televisiva (BIGGS) a cenas de afeto entre duas personagens do sexo feminino presentes em uma série (*Sailor Moon Crystal 3*), bem como as cenas onde se fala da identidade de gênero de uma das personagens. Assim, com base nos fundamentos da atividade televisiva, como contribuir para a informação, sem impedimentos e respeitar o pluralismo (art. 9º da Lei nº 27/2007), a censura praticada foi objeto de denúncia pela CIG e por alguns cidadãos, diretamente à ERC.

Tal processo, contudo, foi arquivado. Analisando o despacho de arquivamento da ERC, menciona-se que a série sofreu um cancelamento repentino, poucos meses após as denúncias, bem como que, a diretora do programa apenas mencionou que optou, com base em sua liberdade editorial, por cortar as cenas em questão em virtude de as mesmas poderem não ser bem interpretadas pelo público-alvo da série (crianças de 8 a 14 anos). O entendimento da ERC pelo arquivamento deu-se com base no fato de que a supressão de certas cenas da série (que poderiam originar controvérsia e serem de apreensão complexa para crianças) não equivaleria à conduta de discriminação, não colocando, assim, em causa a liberdade editorial do serviço de programas.

A despeito da Deliberação emitida pela ERC para arquivar o feito, como considerado pela CIG, negar a legitimidade de comportamentos como os censurados contribui para a invisibilidade das causas das pessoas LGBTI, quando o comportamento da sociedade em geral e, no caso, das emissoras televisivas, em consonância com os valores constitucionais, deveria ser o de contribuir, na medida do possível, para a aceitação da diversidade sexual por parte do público e mostrar, especialmente a crianças e jovens, de maneira natural, a existência de relacionamentos diversos do padrão heterossexual. Assim, não obstante deva ser reconhecida a liberdade editorial do programa, esta atuação é passível de contribuir para invisibilizar a

temática no meio social, denotando, por via indireta, a discriminação em razão da orientação sexual, pois, como destacado na queixa enviada por um cidadão à CIG, a emissora não censura cenas de relacionamentos afetivos heterossexuais em outros desenhos, transmitidos para o mesmo público-alvo.

A queixa que deu origem ao **Processo nº 17/2017** refere-se ao conteúdo apresentado na telenovela *Ouro Verde* (cenas relativas à perseguição, insistência e assédio de uma mulher a um homem, em tom humorístico) que, segundo entendimento constante na queixa, seria capaz de incentivar a violência sexual contra homens, em violação à igualdade de gênero. Este processo ainda se encontra em fase de instrução.

As queixas que deram origem ao **Processo nº 09/2016** referem-se ao tratamento de um caso de alegada violência doméstica no programa *A vida nas cartas: O dilema*. Foram aproximadamente 230 queixas referentes ao tratamento conferido pela taróloga convidada a um relato de violência doméstica de uma telespectadora. Na ocasião, a taróloga banalizou a narrativa de violência, aconselhando que a telespectadora deveria permanecer submissa face ao comportamento agressivo de seu marido.

Apreciando os fatos, por meio da Deliberação ERC/2016/207, a ERC entendeu que os fatos ocorridos tinham o potencial de incentivar a demais telespectadores que assistiam ao programa a naturalizar a ocorrência de violência doméstica, tendo em vista que a situação foi agravada pela exposição pública dos aconselhamentos da taróloga à telespectadora. Pouco após o ocorrido, a SIC emitiu um comunicado reprovando as afirmações feitas pela taróloga e finalizou o contrato com a mesma. Assim, a ERC determinou à emissora de televisão (SIC) a adoção de postura consentânea ao respeito pela ética (art. 34º da Lei de Televisão), considerando, sobretudo, a responsabilidade social que deve orientar a atividade os operadores televisivos.

Por fim, o **Processo nº 01/2018** decorreu de queixa referente a artigo de opinião publicado por José António Saraiva no jornal SOL, intitulado *E se um homem se sentir galinha?*³⁹, em que o jornalista critica um documentário emitido em canal televisivo que documenta a transformação de um transexual no sexo oposto. Da leitura do artigo em questão, vê-se a gravidade das opiniões expostas, e o fato de que o autor do mesmo equivale a transexualidade a uma anomalia ou uma doença. Assim, após receber a queixa, a CIG encaminhou o processo para análise da ERC e do Ministério Público. No seu âmbito de

³⁹ O artigo de opinião referido pode ser consultado em: Jornal SOL – Sapo, *E se um homem se sentir galinha?* (artigo de opinião de autoria de José António Saraiva), 01 jan. 2018. Disponível em: <<https://sol.sapo.pt/artigo/594515/e-se-um-homem-se-sentir-galinha>>. Acesso em 20 jul. 2018.

atuação, a ERC, após analisar a queixa, entendeu por não dar seguimento ao processo, procedendo ao seu arquivamento, tendo em vista tratar-se de texto de opinião, de modo que não seria vocação da entidade reguladora executar qualquer tipo de censura.

c) Queixas referentes a condutas passíveis de configurar crimes: o tratamento conferido pelo Ministério Público

As queixas recebidas pela CIG deram, ainda, origem a 6 (seis) processos que foram encaminhados ao Departamento de Investigação e Ação Penal (DIAP) para análise, pelo Ministério Público, da eventual ocorrência de crime.

Os fatos contidos no **Processo nº 10/2015** já foram analisados no em IV.1, “b”, *supra*, e referem-se aos comentários depreciativos feitos por Pedro Arroja às parlamentares do Bloco de Esquerda em programa de televisão transmitido pelo Porto Canal. Não obstante a ERC ter arquivado o procedimento, pelos fundamentos já expostos, no âmbito do Ministério Público o processo ainda aguarda decisão sobre a configuração ou não de conduta apta a configurar o crime de discriminação sexual (alínea “b” do nº 2 do art. 240 do Código Penal), para a instauração do competente processo penal.

A queixa que deu origem ao **Processo nº 01/2016** tem como objeto a discriminação em função de sexo/género decorrente de *posts* do comediante Rui Sinel Cordes na rede social Facebook, os quais foram alvo de diversas denúncias junto à CIG, por incentivarem a violência e o assédio contra mulheres. Nos *posts*, o humorista, que possui diversos seguidores na rede social, sob o pretenso intuito de criticar a alteração do art. 170º do Código Penal pela Lei nº 83/2015 (que passou a considerar como crime a formulação de propostas de teor sexual, sob o tipo penal “importunação sexual”) ironizou o fato de que continuaria a mandar “piropos” às mulheres, e, se apresentassem queixa, este iria, então, cometer o ato de violação, já que, se fosse para ir preso, então iria “de barriga cheia”. O *post* gerou, ainda, comentários de alguns seguidores apoiando a posição do humorista, no sentido de que também não obedeceriam à citada lei.

Considerando que as condutas do humorista são passíveis de caracterizar os crimes de discriminação sexual e instigação pública à prática de crimes, o feito foi encaminhado para apreciação do Ministério Público, não tendo sido, até o momento, proferida uma decisão. De maneira semelhante ao que se viu nos processos nº **10/2015** (comentários proferidos por Pedro Arroja) e **01/2018** (artigo de opinião relativo à transexualidade e às cirurgias para redesignação de sexo) tem-se em questão, novamente, os limites à liberdade de expressão e o

conflito entre esta e valores perseguidos pelo Estado português, como a promoção da igualdade de género e a eliminação da violência contra a mulher. No presente caso, contudo, embora o *post* tenha sido feito por um comediante e sob o alegado intuito humorístico, o caso é agravado pelo fato de o humorista contar com diversos seguidores na rede social – podendo ser considerado, nos termos da nomenclatura aplicável, um *influencer* – em que se manifestou dessa maneira e, ainda, criticar a lei penal mencionada, desconsiderando que o assédio e a violência, física e sexual, contra a mulher, são realidades persistentes na sociedade portuguesa, além de incentivar a potencial prática de crime. Até o momento, contudo, o processo ainda aguarda decisão pelo Ministério Público.

A queixa que deu origem ao **Processo nº 05/2017** refere-se à publicação de imagens, pelo órgão de comunicação social *Correio da Manhã*, de uma rapariga, inconsciente, dentro de um autocarro no Porto, a ser alvo de comportamentos que consubstanciam a prática de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual. As imagens em questão também foram reproduzidas em redes sociais. Assim, a CIG encaminhou o processo para o Ministério Público, para que este realize as diligências necessárias para apurar a responsabilidade criminal que esteja em causa (relativamente às condutas que constituem crime contra a liberdade e autodeterminação sexual) e, ainda, apresentou queixa contra o jornal "Correio da Manhã", tendo em vista que a divulgação das imagens (em que se evidencia a vítima e não as pessoas que omitiram o socorro) podem representar a prática de crime contra a honra ou a reserva da vida privada. O processo ainda encontra-se pendente de decisão pelo Ministério Público.

Já a queixa que deu origem ao **Processo nº 13/2016** teve seu seguimento concluído pelo Ministério Público, que entendeu por arquivá-la. No caso, tratava-se de denúncia relativa às declarações proferidas por um taxista durante um protesto promovido contra as plataformas eletrônicas de serviço de transporte de passageiros. A CIG considerou que a declaração em questão "as leis são como as meninas virgens, são para ser violadas" seria suscetível de configurar a prática de crimes de discriminação sexual e instigação pública à prática de crimes, razão pela qual encaminhou o caso para apuração pelo Ministério Público, além de promover em seu website institucional uma declaração de repúdio à mensagem referida⁴⁰.

Para fundamentar o arquivamento do processo, o Ministério Público analisou, após ouvir o taxista que proferiu as declarações, que este não pretendeu incitar a prática do crime

⁴⁰ Tal nota pode ser conferida em: CIG, *Comunicado à imprensa – CIG repudia afirmação discriminatória proferida por taxista*, 12 out. 2016. Disponível em: <<https://www.cig.gov.pt/2016/10/comunicado-a-imprensa-cig-repudia-afirmacao-discriminatoria-proferida-por-taxista/>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

de violação, tendo apenas a intenção de criticar o fato de que algumas pessoas não respeitam as leis, e que não se verificou o elemento do dolo no caso, indispensável para o prosseguimento do feito.

Entretanto, um dos fundamentos constantes no referido despacho foi o de que a liberdade de expressão protege, inclusive, as manifestações de mau gosto, como as que envolvam homofobia, antissemitismo, estupro, machismo e outras formas de degradação da dignidade humana, trechos contra os quais a CIG manifestou o seu repúdio, destacando que a referida liberdade não é ilimitada, não abrangendo, de forma alguma, manifestações como as citadas.

Atuando de maneira semelhante, o Ministério Público procedeu ao arquivamento do **Processo nº 08/2017**, decorrente de uma entrevista do Professor Gentil Martins ao Jornal Expresso, na qual este proferiu declarações no sentido de que a homossexualidade seria um anomalia, um desvio de personalidade, comparando-a ao sadomasoquismo. Assim, por considerar que as declarações, além de censuráveis do ponto de vista ético e profissional, representam uma manifestação clara de discriminação, capaz de configurar o crime previsto no art. 240, nº 2, alínea "b", do Código Penal (discriminação e incitamento ao ódio e à violência), a CIG encaminhou o caso ao DIAP de Lisboa para análise. No entanto, após apreciar o caso, o Ministério Público entendeu que não restou provado o dolo do denunciado, isto é, a intenção de provocar atos de violência ou de ameaçar a prática de crimes contra indivíduos em razão de sua orientação sexual, constituindo a sua declaração mera exposição de opinião, não cabendo ao Ministério Público proferir juízos ético-sociais sobre opiniões de cidadãos, considerando, ainda, que a intervenção pela via penal deve ser vista como *ultima ratio*, apenas quando o recurso a outras esferas do Direito não seja possível.

No mesmo sentido agiu o Ministério Público, ao analisar a queixa já referida *supra* (na alínea "b" do ponto IV.1) que deu origem ao **Processo nº 01/2018**, referente a artigo de opinião publicado por José António Saraiva, no jornal SOL, intitulado: *E se um homem se sentir galinha?*.

Após a notificação do denunciado, que não quis prestar esclarecimentos, o Ministério Público entendeu que as afirmações transcritas não configuram o crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência (art. 240º, nº 2, alínea "b" do Código Penal), em virtude da ausência de indícios suficientes para tanto e da não constatação do elemento subjetivo do arguido. No seu entendimento, não ficou claro que o intuito do arguido houvesse sido o de fomentar comportamentos homofóbicos, tratando-se, apenas, de mera expressão de opinião pessoal, transmitida de forma desagradável. Assim, embora considerando que as opiniões do

denunciado vão ao encontro ao direito à diferença, entendeu o Ministério Público que o comportamento do mesmo estaria resguardado pela liberdade de expressão e de crítica, que são necessárias para o livre debate em uma sociedade.

Como se virá melhor *infra*, da análise das queixas a cargo do Ministério Público, verificou-se, que a aferição do elemento subjetivo do autor do ato nem sempre se revela uma tarefa fácil, mas encontra paralelo possível por exemplo na legislação sobre a discriminação em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem ⁴¹, que pode funcionar como um importante parâmetro para a análise da intenção do autor do ato tido como ofensivo/discriminatório.

Por outro lado, não se pode olvidar que, em se tratando de procedimentos preparatórios ao processo penal e no momento do recebimento da denúncia (como os verificado nos processos analisados), estes devem ter um fundamento *pro societate* (ou seja, em favor do interesse público), segundo o qual, havendo dúvidas, estas devem ser decididas em favor da sociedade, isto é, o processo deve ser instaurado, de modo que apenas durante o curso do processo judicial e no momento de proferir a decisão judicial aplica-se o *in dubio pro reo*, segundo o qual, em caso de dúvidas, o processo deve ser decidido em favor do réu⁴².

d) Queixas solucionadas diretamente pela CIG

Há casos, contudo, que podem ser solucionados diretamente pela própria CIG, no âmbito das atribuições que lhe são conferidas pelo Decreto Regulamentar nº 01/2016, de 06 de janeiro, como, por exemplo, através da emissão de recomendações relativas às boas

⁴¹ Com recurso à recente legislação referente à discriminação em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem (Lei nº 93/2017, de 23 de agosto), podem encontrar-se importantes diretivas e contributos. A título de exemplo, o nº 1 do art. 14º da referida lei estabelece claramente a presunção da intenção discriminatória quando verificadas algumas das condutas listadas no art. 4º da mesma lei (embora ressalve, no nº 4 do mesmo artigo que a presunção não se aplica aos processos de natureza sancionatória), o que se entende ser aplicável às fases preparatórias, isto é, que antecedem o processo penal propriamente dito. Da mesma forma, o nº 2 do art. 4º da referida lei apresenta uma base clara das condutas que podem ser tidas como discriminatórias (em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem), especialmente na alínea "j", em que prevê: "A adoção de ato em que, publicamente ou com a intenção de ampla divulgação, seja emitida uma declaração ou transmitida uma informação em virtude da qual uma pessoa ou grupo de pessoas seja ameaçado, insultado ou aviltado em razão de qualquer um dos fatores indicados no artigo 1.º", disposição da qual se extrai que a mera adoção de ato que publicamente contenha mensagem discriminatória - nesse caso, a despeito da intenção do sujeito - configura ato de discriminação.

⁴² Como se infere da CRP (nº 2, art. 32º), a garantia *in dubio pro reo* refere-se precisamente à fase *processual*, isto é, aos casos de existência de dúvida razoável por parte do juiz ou tribunal:

"Artigo 32.º - Garantias de processo criminal

(...) 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa."

práticas de igualdade de género, formuladas às empresas envolvidas (alínea “m”, nº 2, do art. 2º, do citado Decreto).

Tal atuação, nas duas situações analisadas a seguir, parece ter-se mostrado eficiente, tanto pela celeridade no tratamento adotado pela CIG, como por se tratar de intervenção formulada pela própria entidade incumbida de assegurar a igualdade de género, o que revelou, comparativamente aos processos já analisados acima, uma atuação mais consentânea com a construção da igualdade de género.

Não obstante a CIG ter atuado de maneira a formular *recomendações* – considerando a competência que lhe é legalmente conferida – deve-se destacar que, também por esta via, a atuação mostra-se eficaz, na medida em que se clama diretamente às empresas envolvidas que assumam a sua responsabilidade social e atuem em conformidade com os valores constitucionais protegidos pelo Estado português.

O **Processo nº 12/2017** decorreu de queixa apresentada à CIG pela ACEGIS, referente aos conteúdos dos Blocos de Atividades dirigidos a crianças dos 4 (quatro) aos 6 (seis) anos, da Porto Editora. Após proceder a uma avaliação técnica dos conteúdos do material, a CIG concluiu que as publicações acentuavam estereótipos de género que sustentam as desigualdades dos papéis sociais atribuídos a homens e mulheres (reforço da segregação e dos estereótipos de género e diferenciação do grau de dificuldade das atividades em razão do sexo).

Assim, a CIG recomendou à Porto Editora a suspensão da venda do material e disponibilizou-se, ainda, a colaborar na revisão do conteúdo das mesmas, além de apresentar, como apoio, os Guiões de Educação, Género e Cidadania⁴³, formulados pela CIG para as diversas etapas da vida escolar.

Outra situação que teve a participação direta da CIG, refere-se à discriminação em razão de sexo/género decorrente do reforço a estereótipos de género promovido pelos brinquedos que acompanham o *Happy Meal* (McDonald's Portugal), o que foi analisado pela Comissão nos autos do **Processo nº 05/2016**.

Após proceder a uma análise técnica do material, a CIG considerou que, tratando-se de materiais destinados a crianças, a prática teria especial relevância em sua formação e teria o potencial de fomentar as desigualdades de género. Assim, a CIG recomendou à diretoria de marketing e comunicação do McDonald's Portugal que procedesse à alteração dos materiais

⁴³ CIG, Guiões de Educação Género e Cidadania (Publicação CIG). Disponível em: <<https://www.cig.gov.pt/documentacao-de-referencia/doc/cidadania-e-igualdade-de-genero/guioes-de-educacao-genero-e-cidadania/>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

em questão, para que fosse eliminada a referência a estereótipos de género, além de enviar à empresa um material (jogo de cartas), de natureza semelhante aos brindes, mas com o intuito de promover a igualdade de género, para auxiliar o desenvolvimento e a criação de novos materiais, considerando esta realidade.

IV.2 Direitos fundamentais em conflito ou colisão entre direitos e bens: os limites imanes e a necessidade de harmonização

Após a detida análise dos processos que servem de base a este estudo, constata-se que o ponto que assume maior relevância na quase totalidade das queixas, notadamente nos casos de arquivamento pelas entidades regulatórias e pelo Ministério Público, é a tensão entre direitos e princípios constitucionais e a necessidade de sua conjugação.

De um lado, tem-se uma ou mais liberdades (liberdade de expressão, liberdade de criação artística, liberdade de imprensa e liberdade de programação), que possuem proteção constitucional e internacional, e cuja tutela é essencial em um Estado Democrático de Direito aberto e plural; de outro, apresentam-se, com igual proteção, os direitos à igualdade de género e à proteção da diversidade sexual (e os deveres de proteção diferenciada que deles decorrem, como a proibição de discriminação e violência contra as mulheres e as minorias sexuais), que possuem respaldo na dignidade da pessoa humana.

Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) a liberdade de expressão e suas correlatas são previstas no art. 10º, sendo reconhecido, contudo, no nº 2 do mesmo artigo que o exercício destas liberdades implica deveres e responsabilidades, podendo, assim, sofrer restrições ou sanções na forma da lei, desde que estritamente necessárias.

Ademais, a liberdade de expressão é um valor constitucional consagrado no art. 37º da CRP, traduzindo-se como uma manifestação essencial das sociedades pluralistas, nas quais a crítica e a opinião livres contribuem para a igualdade e aperfeiçoamento dos cidadãos e instituições⁴⁴, sendo esta liberdade necessária para “o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de idéias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública”⁴⁵.

⁴⁴ Tribunal da Relação do Porto, Processo nº 0530280, Rel. Ataíde das Neves, Data do acórdão: 03/03/2005, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/96d8bc7392b0169a80256fc100390eb8?OpenDocument>. Acesso em: 13 jul. 2018.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal (Brasil), Recurso Extraordinário nº 898450, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 13 jul. 2018.

Há, ainda, que se observar a disposição constitucional do nº 2 do art. 37º, CRP, segundo a qual o exercício dos direitos à liberdade de expressão e de informação “não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”, sendo certo, porém, que eventuais infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social (nº 3 do mesmo artigo).

No mesmo contexto, tem-se as demais liberdades ora evidenciadas nos processos analisados (liberdade de imprensa e meios de comunicação social), previstas no art. 38º da CRP, as quais devem ser exercidas de modo a respeitar os direitos, liberdades e garantias pessoais (art. 39º, nº 1, “d”).

Nesse passo, o questionamento que se coloca é o seguinte: diante de manifestações públicas, apresentadas como exercício destas liberdades, alegadamente como mera exposição de opinião, crítica ou, até mesmo, de entretenimento e humor, embora denotem desprezo a determinados grupos sociais, por motivo de género ou orientação sexual, ou sejam capazes de contribuir para estereótipos de género, devem ser combatidas com recurso ao discurso e ao debate ou podem ser limitadas e responsabilizadas, observado o devido processo legal (administrativo ou judicial)? Eventuais limitações, em tais casos, configurariam censura?

Não se trata de analisar, tendo em vista a subjetividade que se coloca face a algumas das situações analisadas, o acerto ou desacerto das decisões das entidades que entenderam pelo arquivamento das queixas, mas de verificar a possibilidade de adoção de posturas diversas, mormente tendo-se em conta a vulnerabilidade decorrente do género, então tratada no **ponto II**, *supra*, deste estudo, e os compromissos do Estado português com a construção de uma sociedade justa, solidária, igualitária e fundada na dignidade da pessoa humana.

Trata-se, portanto, de analisar como a adoção de um tratamento diverso a algumas das queixas analisadas poderia contribuir para a construção da responsabilidade social dos meios de comunicação e para o fortalecimento da consciência coletiva em prol das questões de género.

Na quase totalidade dos processos arquivados, foi possível verificar que, na tensão existente entre as liberdades de expressão e/ou de imprensa e correlatas e a igualdade de género, prevaleceu o entendimento de que as liberdades não poderiam ser limitadas, sob pena de configuração de censura. Em um dos casos, afirmou-se, inclusive, que apesar da opinião contrária ao direito à diferença, exposta pelo autor da ação, a crítica seria um elemento fundamental de discussão para o reconhecimento do direito à igualdade⁴⁶.

⁴⁶ É o que se observou no Processo nº 01/2018.

A tensão entre a *liberdade de expressão* e os *direitos à igualdade de género e à identidade de género* pôde ser verificada especialmente nos processos nº 09/2015, 10/2015, 01/2016, 13/2016, 08/2017, 01/2018, em maior ou menor medida. Em relação a tais processos, naqueles em que já houve a conclusão da análise pela entidade competente (ERC ou MP), concluiu-se pela impossibilidade de limitação da liberdade de expressão, com o fundamento de que as manifestações proferidas pelos autores dos atos constituiriam legítimo exercício da liberdade de expressão, ainda que denotassem mau gosto ou opiniões que contrariem o direito à diferença, razão pela qual não seria o caso de restringir tal liberdade, sob pena de configuração da prática de censura.

Da mesma forma, nos processos nº 09/2015, 06/2016 e 01/2017 verifica-se que o arquivamento pela ERC se deu com fundamento no carácter humorístico dos conteúdos dos programas ou anúncios veiculados, razão pela qual seriam incapazes de ocasionar danos à dignidade da pessoa humana ou de representar discriminação em função de género/sexo/identidade de género. Ainda na fundamentação para o arquivamento das queixas mencionadas, a ERC considerou que as condutas questionadas estariam resguardadas pelos princípios da liberdade de expressão e de imprensa (liberdade de criação artística e de programação).

Não obstante deva ser reconhecida a relevância das liberdades mencionadas, especialmente em um Estado Democrático de Direito, estas não podem ser exercidas de maneira ilimitada e em sobreposição liminar a outros valores tutelados constitucionalmente.

Como destaca Vieira de Andrade, é importante distinguir os casos de conflito entre o direito invocado e outros conflitos ou valores, dos casos em que há *limites imanes* aos direitos⁴⁷. Assim, fala-se em limites imanes implícitos aos direitos fundamentais quando seja possível afirmar seguramente que, em caso algum, a Constituição, ao proteger um bem através da concessão de uma garantia e direito, resguarda determinadas situações ou formas de seu exercício, e, portanto, sempre que se possa concluir que a Constituição excluiu tais situações do âmbito de proteção do direito, sem reservas⁴⁸.

Analisando a CRP, quando prevê a liberdade de expressão e informação (art. 37º) e a liberdade de imprensa e meios de comunicação social (art. 38º)⁴⁹, depreende-se que tais

⁴⁷ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 271-274.

⁴⁸ *Idem*, *ob. cit.*, pp. 274-275.

⁴⁹ “Artigo 37º - Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

liberdades não são ilimitadas (nº 3 do art. 37 e art. 39º), sendo necessário reconhecer que o domínio de proteção de um direito tem seu limite onde ele possa pôr em causa o conteúdo essencial de outro direito ou, ainda, atingir intoleravelmente a moral social ou os valores e princípios fundamentais da ordem constitucional⁵⁰.

Assim, como reconhecido pelo Tribunal Constitucional português, “sendo proibida toda forma de censura (artigo 37º, nº 2), é, no entanto, lícito reprimir os abusos da liberdade de expressão”⁵¹.

A dificuldade prática, contudo, reside na subjetividade casuística de análise de tais situações e, até mesmo, na naturalização e banalização de comportamentos enraizados na sociedade, que, apesar de tidos como meramente humorísticos e/ou inerentes à liberdade de criação artística, sem a intenção direta de reprodução de ofensas, estereótipos e discriminação, acabam por contribuir para a sua manutenção.

Portanto, diante da tensão entre os direitos à liberdade de expressão e/ou de imprensa e os direitos à igualdade de género e proibição de discriminação, deve-se utilizar a técnica da

2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.

4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

Artigo 38º - Liberdade de imprensa e meios de comunicação social

1. É garantida a liberdade de imprensa.

2. A liberdade de imprensa implica:

a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respetivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional;

b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à proteção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redação;

c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias.

3. A lei assegura, com caráter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social.

4. O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas.

5. O Estado assegura a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e de televisão.

6. A estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do setor público devem salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

7. As estações emissoras de radiodifusão e de radiotelevisão só podem funcionar mediante licença, a conferir por concurso público, nos termos da lei.”

⁵⁰ Tribunal Constitucional, Processo n.º 949/15, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro João Pedro Caupers, Julgado em 20/09/2016. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160496.html>> . Acesso em 13 jul. 2018.

⁵¹ Tribunal Constitucional, Processo n.º 949/15, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro João Pedro Caupers, Julgado em 20/09/2016. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160496.html>> . Acesso em 13 jul. 2018.

ponderação, devendo a decisão estar suficientemente amparada pelo princípio da proporcionalidade, para equilibrar os bens em conflito. Assim, eventuais medidas adotadas pelas entidades regulatórias em relação às queixas devem ser *adequadas* à obtenção do interesse (público) buscado e o meio eleito deve observar a *necessidade*, o que significa dizer que não foi possível eleger outro meio igualmente eficaz que não afete, ou que afete em menor medida, o direito fundamental. Por fim, ponderando em conjunto a intervenção e a imperiosidade dos motivos que a justificam, a medida não deve ser *excessiva* e deve ser *razoavelmente* exigível⁵².

Em suma, nas queixas que tinham por objeto a análise de discriminação em função gênero/sexo decorrentes de *campanhas publicitárias ou anúncios*, o respeito à liberdade de expressão e criação artística foi passível de justificar, em alguns casos (como por exemplo, nos processos nº 01/2015, 06/2015, 06/2016, 01/2017), a reprodução de estereótipos negativos de gênero ou o incentivo a assédio sexual, desconsiderando-se a necessidade de conformar o exercício das liberdades em questão aos valores éticos e morais que têm de ser levados em conta em qualquer segmento da atividade humana, de modo que “uma peça publicitária não pode sequer sugerir mensagem depreciativa nem ofensiva a determinado grupo social”⁵³.

Já em relação às queixas que tinham como objeto principal a *expressão, opinião ou crítica capaz de configurar discriminação em função de sexo/gênero* (processos nº 10/2015, 01/2016, 13/2016, 08/2017 e 01/2018), as quais foram encaminhadas à ERC e/ou Ministério Público para análise, naquelas em que houve a decisão de arquivamento verificou-se o valor preponderante que foi dado à liberdade de expressão, especialmente por se tratar de exposição de opinião.

De maneira semelhante, quanto às manifestações tidas como expressão de *humor e entretenimento*, e sua capacidade para configurar ilícitos de natureza contraordenacional ou penal, como se verificou nos processos nº 09/2015, nº 01/2016, 06/2016, nº 01/2017, entendeu-se, em relação aos processos arquivados, que tais expressões estariam resguardadas pela liberdade de expressão e/ou de criação artística.

⁵² Konrad HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional – Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

⁵³ Tribunal de Justiça de São Paulo (Brasil), Processo nº 0005431-07.2010.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador: Luiz Sergio Fernandes De Souza, Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 03 jul. 2018. O acórdão referido trata de situação semelhante ocorrida no Brasil. No caso, o Tribunal confirmou a condenação de uma empresa de bebidas alcólicas pela Fundação PROCON (entidade administrativa de proteção ao consumidor com competência sancionatória), por considerar abusiva a publicidade veiculada pela empresa, considerando que liberdade de criação não se concilia com mensagem que discrimina o gênero feminino (no caso, o marketing da empresa equiparava a mulher a objeto de consumo).

Como analisado por Francisco Pereira Coutinho, à luz da interpretação conferida pelo TEDH à CEDH, nos casos em que se trata de um juízo de valor a proteção deve ser ampla, caso a opinião prestada não seja desprovida de base factual e seja feita de boa-fé⁵⁴. Deve-se ter em vista, ainda, que o insulto deliberado não poderá ser protegido pela liberdade de expressão e/ou liberdade de imprensa, sendo possível afirmar, em tal caso, que as manifestações explícitas de ódio⁵⁵ não devem ser consideradas no núcleo de proteção constitucional das liberdades em questão.

Em alguns casos, contudo, esta análise pode implicar algum grau de subjetividade. Nos casos em estudo, sobretudo nos processos que foram encaminhados ao Ministério Público em razão da possibilidade de configuração de crimes, observou-se que o fundamento primordial para a não instauração de processo penal foi a não constatação do elemento subjetivo do autor do ato, isto é, a não verificação da intenção do autor em ofender, discriminar, incitar ódio ou incitar publicamente a prática de crimes, conforme previsão constante no tipo penal.

De fato, considerando especialmente que a esfera penal se revela a *ultima ratio* – e outro espaço seria aqui o da previsão contraordenacional – não é toda e qualquer ação que deve ser remetida e solucionada neste âmbito. Não se pode ignorar, contudo, que eventual início da ação penal pelo Ministério Público apenas teria como pressuposto a constatação de indícios da existência de um crime, cuja constatação efetiva somente se daria por meio do devido processo legal, após a análise judicial, razão pela qual, nesta fase inicial, o arquivamento dos processos em razão da não constatação do elemento subjetivo do autor se deveria limitar aos casos de *manifesta ausência de dolo*⁵⁶.

De todo modo, é importante esclarecer que o insulto deliberado, ou seja, uma palavra ou um gesto que tenha por finalidade precípua causar dano a alguém não é protegido pela

⁵⁴ Francisco Pereira COUTINHO, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Imprensa: os casos portugueses*. Media, direito e democracia: I curso pós-graduado em direito da comunicação. Coimbra: Almedina, 2014, 319.

⁵⁵ Nessa linha, cita-se o contributo de Daniel Sarmento, que considera que, para a caracterização do *hate speech*, deve-se analisar, por exemplo, se tratam-se manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito, pois somente estas devem contar para este fim, bem como o potencial dano causados às vítimas do discurso. Quanto à repressão do discurso, deve-se utilizar a técnica da ponderação, respaldada pelo princípio da proporcionalidade, que busque equilibrar os bens em conflito, para a precisa distinção entre o abuso da liberdade de expressão e, portanto, um *hate speech*, e seu exercício legítimo. (Daniel SARMENTO, *A liberdade de expressão e o problema do hate speech*. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/>>. Acesso em: 14 jul. 2018). Sobre a mesma temática, os trabalhos de CARDIN, Valéria Silva Galdino; SEGATTO, Antonio Carlos; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa Cazelatto. *O exercício ilegítimo do discurso de ódio homofóbico sob a ótica da sexualidade e da dignidade humana*. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, n. 46, p. 90-118, 2017. ISSN: 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2001/1282>>. Acesso em: 26 maio. 2018.

⁵⁶ Não deixa de se registrar que esta dificuldade em constatar o elemento subjetivo pode redundar em diminuída proteção dos bens protegidos pelo tipo penal.

liberdade de expressão⁵⁷. Como destaca Francisco Castilho Prates, a liberdade de expressão “por mais ampla que deva ser, não significa, como temos tentado demonstrar, a edificação de territórios imunes ou além do direito e da história, haja vista que a mesma não deve ser lida isoladamente, como se estivesse em um plano superior aos próprios ordenamentos constitucionais e aos compromissos internacionais”⁵⁸. Com base nesse entendimento, verifica-se que, ao menos nos casos em que caberia a análise de ilícito de natureza contraordenacional, a análise da liberdade de expressão deveria ser interpretada em harmonia com os demais valores constitucionais, como a igualdade de gênero e a proibição de discriminação.

Também nos casos analisados verificou-se, igualmente, uma análise deficitária dos limites imanentes à liberdade de expressão, omitindo-se as autoridades competentes quanto ao âmbito constitucionalmente protegido pelas liberdades em questão, ao considerar que toda e qualquer manifestação poderia configurar o exercício legítimo da liberdade de expressão, olvidando-se, assim, da necessidade de harmonização destas liberdades com os demais direitos em conflito.

Outrossim, verificou-se que a fundamentação utilizada pelas autoridades competentes para o arquivamento das queixas foi omissa quanto aos possíveis danos acarretados à sociedade por meio dos discursos em questão (ofensa à dignidade da pessoa humana, à promoção da igualdade de gênero, incentivo à discriminação e o potencial de incentivar atos de assédio sexual, tendo em vista sua propagação pela mídia/redes sociais), o que possibilitaria, considerados estes fatores, a adoção de medidas diversas.

Dessa forma, entende-se que a Constituição portuguesa e a legislação ordinária – *maxime* a penal – conferem já instrumentos suficientes para que, nos casos analisados, as entidades competentes pudessem adotar medidas diversas com o objetivo de salvaguardar os direitos à igualdade de gênero e à identidade de gênero. O que não se pode perder de vista, em qualquer atuação, é o juízo de proporcionalidade e necessidade de a fundamentação da decisão administrativa ou judicial se respaldar em valores constitucionais, para que se justifique eventual restrição à liberdade de expressão e de imprensa, evitando, assim, que a restrição se caracterize como ato de censura.

⁵⁷ Nesse sentido, o Supremo Tribunal do Canadá, no caso *R. vs. Keegstra*, constatou que o professor Keegstra proferia discursos de ódio, radicalmente excludentes, durante suas aulas e incentivava sua reprodução pelos alunos, concluindo pela constitucionalidade da condenação criminal do professor, demitido por defender e ensinar a seus alunos doutrinas antissemitas. (3 S.C.R. 697, 1990, cujo teor encontra-se disponível em: <<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii24/1990canlii24.html>>). Acesso em: 20 jun. 2018.

⁵⁸ Francisco de Castilho PRATES, *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Belo Horizonte: Faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2015. 343 f. Tese de doutorado em Direito.

IV.3 A natureza jurídica das posições jurídicas subjetivas atendíveis

Porventura mais relevante – porque menos explorada até doutrinariamente - na análise dos processos em estudo, a questão da natureza jurídica e da titularidade (e consequentemente da tutela) do direito à igualdade de género (e à proibição de discriminação) foi evidenciada, especialmente no tratamento dado pela ERC ao Processo nº 10/2015 – processo relativo aos comentários proferidos por Pedro Arroja, em canal televisivo, sobre as parlamentares do Bloco de Esquerda e às mulheres em geral e a configuração de discriminação em função de género/sexo.

No caso, um dos fundamentos apresentados pela entidade regulatória para o arquivamento do referido processo foi a ausência de denúncia formulada pelas pessoas diretamente atingidas pelo discurso do comentarista, isto é, as parlamentares do Bloco de Esquerda, nos termos seguintes:

"Ora, dado que as pessoas diretamente visadas pelas declarações de Pedro Arroja entenderam que o meio mais adequado para salvaguardar os seus direitos era através do confronto direto do Porto Canal, sem mediação da ERC, e que, em sequência, o Porto Canal se distanciou das declarações do comentador, **entende-se que não deverá a ERC retomar o assunto, sem que haja uma queixa por parte daquelas que, por serem referenciadas pelo discurso de Pedro Arroja, teriam um interesse direto na atuação da ERC**".⁵⁹ (destaques acrescentados.)

Assim, na análise do processo em questão, a ERC interpretou que os comentários proferidos por Pedro Arroja poderiam ser lesivos tão somente quanto às parlamentares do Bloco de Esquerda, desconsiderando o potencial lesivo do discurso em relação aos valores constitucionais da igualdade de género, da proibição de discriminação em função de sexo e da dignidade da pessoa humana.

Na esteira do que foi analisado no ponto III deste estudo, estes valores constitucionais possuem uma dimensão objetiva, o que significa dizer que representam verdadeiros deveres de proteção pelo Estado e cuja responsabilidade é da sociedade em geral, podendo ser reconhecida a natureza de interesse difuso que justificará legitimidade procedimental e processual diferenciadas, nos termos e para efeitos do mecanismo paralelo ao previsto no n.º2 do artigo 68.º do Código de Procedimento Administrativo⁶⁰ e do n.º 2 do artigo 9.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

⁵⁹ Trecho extraído do Processo nº 10/2015 (ERC/11/2015/967), p. 2.

⁶⁰ "Artigo 68.º (Legitimidade procedimental)

(...) 2 - Têm, também, legitimidade para a proteção de interesses difusos perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais como a

Aplicando tais considerações ao caso em análise (Processo nº 10/2015), de fato, seria redutor limitar a propositura de queixa à ERC àqueles tidos como diretamente lesados pelos comentários de Pedro Arroja (deputadas do Bloco de Esquerda e mulheres em geral), tendo em vista que, este entendimento ignora, como já mencionado, o potencial lesivo do discurso proferido em relação à igualdade de género e à proibição de discriminação, valores de interesse da sociedade em geral e, ainda, como considera R. W. Connell especificamente em relação à igualdade de género, o fato de que os homens também devem ser vistos como “guardiões da igualdade de género”⁶¹, que possuem a “responsabilidade ética de usar seus recursos para mudar o sistema”⁶².

Dessa forma, o fundamento de não apresentação da queixa pelas pessoas supostamente tidas como ofendidas pelas declarações insultuosas no caso em questão, mostra-se insuficiente para respaldar a negativa de proteção administrativa. No caso, o discurso proferido pelo comentarista, pelo meio televisivo, mostra-se hábil para fomentar a reprodução de discursos de igual natureza pelos espectadores do programa, bem como se presta a incentivar a discriminação das mulheres em geral e vai na contramão do valor constitucional da igualdade de género, por incentivar o comportamento submisso das mulheres em geral e, até mesmo, a sua incapacidade para o exercício de cargos políticos, nos quais o debate e a discordância são características fundamentais.

Dessa forma, dados os elementos constantes no **Processo nº 10/2015**, entende-se que caberia à ERC, na qualidade de entidade com competência para a intervenção na atuação das emissoras televisivas, reconhecer que o discurso extrapolou os limites legítimos da liberdade de expressão e, da mesma forma, teve o potencial de atingir não somente as parlamentares do Bloco de Esquerda e as mulheres em geral, mas a sociedade, que possui o direito à tutela da igualdade de género e da proibição de discriminação, razão pela qual a entidade poderia atuar a despeito de provocação das parlamentares do Bloco de Esquerda.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural:

a) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português;

b) As associações e fundações representativas de tais interesses;

c) As autarquias locais, em relação à proteção de tais interesses nas áreas das respetivas circunscrições."

⁶¹ Robert W. CONNELL, *The role of men and boys in achieving gender equality*. Brazil: United Nations, Division for the Advancement of Women, 2003.

⁶² *Idem, ob. cit.*

1.Os direitos à igualdade de género e à diversidade sexual, não obstante tenham sido alvo de avanços na sociedade portuguesa, ainda demandam um longo caminho de reconhecimento para a sua tutela efetiva. Nesse passo, deve ser reconhecida a vulnerabilidade decorrente do género, isto é, o reconhecimento ainda insuficiente dos direitos das mulheres e das minorias sexuais.

Ao mencionar-se o *insuficiente reconhecimento* de tais direitos não se tem em mente a produção legislativa reconhecedora de direitos, mas a atuação ainda deficiente dos poderes públicos (administrativo, legislativo e judiciário) no que se refere à tutela destes, bem como às condutas, preconceitos e estereótipos naturalizados pela sociedade, a partir dos quais se vislumbra a necessidade de medidas de proteção especial a estes grupos, com o objetivo de conferir-lhes efetiva igualdade e dignidade.

Dessa forma, torna-se necessário acentuar, em relação aos direitos à igualdade de género e à proibição de discriminação em função de género e orientação sexual, a sua dimensão objetiva, uma vez que estes incorporam e expressam determinados valores fundamentais da comunidade (no caso português, notadamente, a dignidade da pessoa humana, art. 1º, CRP e os valores constantes nos arts. 9º, h, 13º, nº 2 e 26º, nº 1, CRP), decorrendo daí a responsabilidade comunitária dos indivíduos em sua proteção.

É certo que há que reconhecer riscos de desenvolvimento de mecanismos de defesa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (v.g. riscos de excessiva judicialização) mas caberá aqui uma atuação integrada dos poderes legislativo, executivo e judiciário para a concretização da proteção contra todas as formas de discriminação.

2. Com base nestas considerações, da análise dos processos objeto de estudo verificou-se que, à exceção das queixas cuja análise foi concluída com deliberação e daquelas convertidas em processos de contraordenação, na tensão verificada entre as liberdades de expressão ou de imprensa e a proibição de discriminação em razão de sexo/género/orientação sexual/identidade de género, foram constatados os seguintes óbices à tutela efetiva dos direitos à igualdade de género e à diversidade sexual:

i) Prevalência do entendimento de que não se justificaria a imposição de restrições às liberdades, que teriam sido exercidas regularmente, embora pudessem refletir opiniões dissonantes de parcela da sociedade, mau gosto ou expressão de preconceito;

ii) Interpretação isolada das liberdades de expressão e imprensa (e suas correlatas), em detrimento dos direitos à igualdade de género e da proibição de discriminação em razão de género, orientação sexual e identidade de género, restando evidenciado, em algumas decisões,

o *déficit* de fundamentação acerca da necessidade de harmonização entre os princípios constitucionais colocados em colisão;

iii) Omissão quanto à consideração dos limites iminentes à liberdade de expressão e suas correlatas, isto é, as fundamentações apresentadas pelas entidades regulatórias, em grande parte dos casos, foram insuficientes em relação à análise de condutas que seriam resguardadas pela liberdade de expressão, em conjugação com os demais princípios constitucionais;

iv) Interpretação de que as restrições à liberdade de expressão e suas correlatas implicariam, necessariamente, a prática de censura, olvidando as entidades que eventuais restrições, com recurso ao princípio da proporcionalidade, aos direitos em questão poderiam ser legítimas diante do uso abusivo das mesmas;

v) Em menor medida (em apenas um dos processos analisados), verificou-se como óbice a desconsideração da questão relativa à titularidade do direito à igualdade de gênero (proibição de discriminação), olvidando a entidade regulatória dos potenciais danos ocasionados às mulheres e à sociedade em geral, diante do caso em questão.

Portanto, na maior parte dos processos analisados verificou-se que a tutela conferida aos direitos à igualdade de gênero e à proteção da diversidade sexual ainda se mostra ineficiente, especialmente por parte das entidades incumbidas da análise dos processos (ERC, DGC ou MP).

3. Diante dessas contestações, mostra-se necessário que a indústria publicitária (agências de media, emissoras televisivas, jornais), bem como humoristas e comentaristas assumam sua responsabilidade social e o compromisso com valores éticos e constitucionais, tendo em vista que a divulgação, pelos media e pelas redes sociais, de manifestações que reproduzam estereótipos de gênero ou sejam ofensivas e discriminatórias, ainda que a pretexto de entretenimento ou de mero juízo de opinião, são passíveis de acarretar amplos efeitos sociais negativos, como reforçar estereótipos, incentivar a discriminação, e, até mesmo, a prática de crimes – ou, ao menos, de práticas punidas como contraordenações.

Por outro lado, a propagação de media que reflita consciência de gênero, pode ter um papel amplo no processo de mudança social. Nesse passo, mostra-se necessário que as entidades regulatórias, no exercício de suas competências, quando diante de atos passíveis de gerar discriminação em função de gênero/orientação sexual, adotem uma postura consentânea com os direitos à igualdade de gênero e à proteção da diversidade sexual, em consonância com os valores constitucionais, para que, analisadas as circunstâncias de cada caso, seja feita a devida harmonização entre os bens e direitos em conflito. Tal decorre da sua *função de*

proteção e promoção dos direitos fundamentais, genericamente decorrente dos artigos 2.º, 3.º e 9.º da CRP e, especificamente no que aos direitos, liberdades e garantias diz respeito, do artigo 18.º.

Ademais, a eventual adoção de medidas que restrinjam os abusos à liberdade de expressão e de imprensa, observados os critérios já referidos (ponderação e proporcionalidade), possui, ainda, a função pedagógica de contribuir para o desenvolvimento da consciência de género na indústria publicitária, sendo, portanto, necessário reconhecer o papel relevante que as entidades regulatórias podem assumir na promoção da tutela efetiva dos direitos objeto de estudo e na concretização dos valores constitucionais da igualdade de género e da proibição da discriminação pela mesma razão.

4. Com o objectivo de promover a tutela efetiva destes direitos, mostra-se necessário reconhecer-lhes a natureza de interesse difuso, a par da titularidade individual enquanto direito subjetivo, reconhecendo que tais direitos não se esgotam apenas na titularidade de um ou alguns indivíduos em particular, sendo capazes de alcançar, indeterminada e difusamente a coletividade ampla de pessoas que desejam uma sociedade sem preconceitos e discriminações em razão de género e diversidade sexual. Desta natureza jurídica resulta que todos os cidadãos devem dispor da possibilidade de acionar os poderes públicos quando se verifique a ofensa a tais direitos, com o fim de aumentar a proteção então conferida aos direitos à igualdade de género e à diversidade sexual. Tal reconhecimento, poderá justificar, como referido *supra*, a clarificação da aplicação de mecanismo paralelo ao previsto no n.º2 do artigo 68.º do Código de Procedimento Administrativo⁶³ e do n.º2 do artigo 9.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁶⁴. Julga-se que a CIG já terá inevitavelmente tal competência, no âmbito das suas competências, mas poderá legislativamente proceder-se a tal clarificação face a esta entidade e a outras representativas (v.g. de tipo associativo).

⁶³ “Artigo 68.º (Legitimidade procedimental)

(...) 2 - Têm, também, legitimidade para a proteção de interesses difusos perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural:

a) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português;

b) As associações e fundações representativas de tais interesses;

c) As autarquias locais, em relação à proteção de tais interesses nas áreas das respetivas circunscrições.”

⁶⁴ “Artigo 9.º (Legitimidade ativa)

(...) 2 - Independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, assim como para promover a execução das correspondentes decisões jurisdicionais.”

5. Com efeito, mostra-se necessária a atuação integrada dos poderes públicos, das instituições incumbidas da proteção à igualdade de género, como a CIG, bem como da sociedade em geral, para a eliminação de estereótipos de género enraizados na sociedade e refletidos nos media, sendo, ademais, necessária a adoção de uma postura mais efetiva e menos omissa por parte das entidades regulatórias ora analisadas frente às queixas que chegam ao seu conhecimento.

É necessário, assim, empreender esforços conjuntos para o desenvolvimento da consciência de género na sociedade, a fim de afastar a conceção redutora que ainda vem sendo atribuída aos direitos à igualdade de género, diversidade sexual e à proibição de discriminação, como forma de contribuir, ainda que a longo prazo, para a transformação cultural da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Miguel Vale de. O contexto LGBT em Portugal, *In: Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (Coleção Estudos de Género), 2010, pp. 45-92.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: Para uma legislação procedimental*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989

CANNOOT , Pieter. *AP, Garçon and Nicot v. France: the Court draws a line for trans rights*, 2017. Disponível em: <<https://strasbourgobservers.com/2017/05/05/a-p-garcon-and-nicot-v-france-the-court-draws-a-line-for-trans-rights/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1º ao 107º*, Vol. I. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. *Da vulnerabilidade social das minorias sexuais sob a perspectiva jurídica*. In: CAMPOS, Nilson Tadeu Reis. (Org.). *O direito e as pessoas vulneráveis na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

CARDIN, Valéria Silva Galdino; SEGATTO, Antonio Carlos; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. *O exercício ilegítimo do discurso de ódio homofóbico sob a ótica da sexualidade e da dignidade humana*. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, n. 46, p. 90-118, 2017. ISSN: 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2001/1282>>. Acesso em: 26 maio. 2018.

CIJE, *Investigação: Projetos de investigação em curso*. VI – *Vulnerabilidade e Diversidade*. Disponível em: <<https://www.cije.up.pt/investigation/projectos-de-investiga%C3%A7%C3%A3o-em-curso>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

COUTINHO, Francisco Pereira. *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Imprensa: os casos portugueses*. Media, direito e democracia: I curso pós-graduado em direito da comunicação. Coimbra: Almedina, 2014, 319.

FINEMAN, Martha Albertson. *The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition*, in: FINEMAN, Martha Albertson (ed.). *Transcending the boundaries of law: Generations of feminism and legal theory*. Routledge, 2010.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *¿ Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico*. Ediciones Morata, Madrid, 2006.

GOMES, Conceição, et. al. *Violência doméstica: estudo avaliativo das decisões judiciais*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (Coleção Estudos de Género), 2016.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

JOVANOVIC, Miodrag A. *Recognizing minority identities through collective rights*. Human Rights Quarterly, 2005, 625-651

NETO, Luísa. *O direito e a igualdade de género*. Julgar nº 08. Maio-agosto, 2009, p. 161-177. Disponível em: <<http://julgar.pt/o-direito-e-a-igualdade-de-genero/>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

NOGUEIRA, Conceição; OLIVEIRA, João Manuel de. *Um olhar da psicologia feminista crítica sobre os direitos humanos de pessoas LGBT*, In: *Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (Coleção Estudos de Género), 2010, pp. 09-18.

NUSSBAUM, Martha C. *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 2001.

PERONI, Lourdes; TIMMER, Alexandra. *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in: *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 11.4: 1056-1085.

PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Belo Horizonte: Faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2015. 343 f. Tese de doutorado em Direito.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do hate speech*. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/>>. Acesso em: 14 jul. 2018