

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.04.01.031627-9/RS

RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELANTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos
APELADO : MUNICIPIO DE SAO SEBASTIAO DO CAI RS
ADVOGADO : Paulo Fernando Mentz e outro

RELATÓRIO

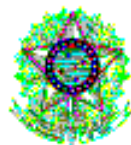
Trata-se de apelações apresentadas pelo Ministério Público Federal e pela União contra sentença lançada em Ação Civil Pública que tem por objetivo condenar o Município de São Sebastião do Caí à obrigação de não fazer, determinando que este ente público não submeta as pessoas que se entregam ou se supõe entregar-se à prostituição, a exame de HIV e DST de noventa em noventa dias e apresentação dos respectivos resultados. Sucessivamente foi requerida a condenação do Município a não-utilização de recursos da União na realização dos citados exames.

Ação interposta em 20 de julho de 1998 (fl. 12). Antecipação de Tutela concedida em setembro de 1988. Sentença pela carência da ação em 18 de agosto de 1999 (fl. 93).

Nos apelos dizem que os profissionais do sexo de São Sebastião do Caí compõem segmento da coletividade, cujos interesses são difusos. Há necessidade de reforma da decisão à vista da legitimidade do Ministério Público. Não está o Ministério Público Federal buscando a defesa dos direitos disponíveis e privados. A exigência Municipal consubstancia frontal ofensa à Convenção Internacional para a Repressão ao Tráfico de Pessoas e do Genocídio, artigo 6º, subscrita pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 89.460/1984, passando a integrar o artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Ofende ainda os direitos fundamentais de igualdade, de proteção da intimidade e da dignidade da pessoa humana, isto é, verdadeira afronta à ordem jurídica. A exigência é injurídica, antidemocrática e abusiva e sua aplicação implica em medida arbitrária de condução coercitiva de pessoas aos exames.

A legitimação do Ministério Público Federal decorre do disposto nos arts. 127, *caput*, e 129, incs. II e III; e nos arts. 5º, incs I, *c*, e V, *a*; e 6º, incs. VII, *a* e *d*, e XII, bem como do disposto no art. 1º, IV, da Lei n.º 7.347/1985, por fim, a Ação Civil Pública existe para defender o próprio interesse público. Ainda que fossem disponíveis, os interesses individuais homogêneos são aspectos de abrangência e repercussão social. O catálogo de direitos fundamentais do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 não é taxativo, constituindo cláusula





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

aberta. O precedente citado, estabelecido no julgamento do RE nº 80.004/SE (RTJ 83/809) é de julho de 1977, e estava em pauta a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, e não a defesa dos direitos humanos.

A Ação Civil Pública, com o escopo em tela, não ofende ao disposto no artigo 102, inc. I, *a*, da Constituição Federal de 1988, não caracterizando usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. O próprio Supremo na Reclamação nº 1.017/1999 admitiu a utilização da Ação Civil Pública com fundamento em questão de inconstitucionalidade e pretensão condenatória. A alegada inconstitucionalidade de lei municipal, se dá em face dos artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput*, e inciso X, da Constituição Federal de 1988, e é fundamento da pretensão específica deduzida. Aqui se faz o controle difuso, exercido incidentes também com faz qualquer juiz ou tribunal, não havendo óbice à legitimidade do Ministério Público Federal. Considerando que o Juiz entendeu que lei municipal de São Sebastião do Caí derogou a Convenção sobre Direitos Humanos, adentrou ao mérito, embora tenha extinto o processo sem julgamento do mérito. Tece considerações em torno do mérito da ação, salientando em torno da Convenção Internacional acolhida pelo Brasil, a violação do direito à intimidade e à igualdade.

O ato hostilizado ofende os princípios do SUS (Lei nº 8.080/1990), que impõe à preservação da autonomia das pessoas e a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios (art. 7º, inc. III e IV). O Ministério da Saúde e o do Trabalho baixaram Portaria Conjunta sob o nº 869/92, proibindo o malsinado teste nos exames admissionais e periódicos de saúde. Espera o provimento da apelação como o provimento da ação.

Não foram ofertadas contra-razões pelo Município (fl. 169). O processo foi concluso em 25.09.2000 (fl. 183) com parecer pela procedência do apelo.

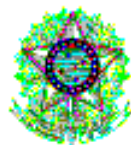
É o relatório.

VOTO

A presente Ação Civil Pública foi ajuizada em 20 de julho de 1998, tendo em vista a Lei Municipal de São Sebastião no interior do Estado do Rio Grande do Sul, que tornou "obrigatório o exame periódico de saúde pelas pessoas que se dedicam ao comércio do sexo".

A municipalidade, amparada no dispositivo, teria no dia 16.07.1998 promovido o transporte de quarenta e cinco prostitutas da região em veículos Kombis para Porto Alegre, a fim de fazer exames tendentes a identificar se





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

seriam portadores do HIV (fls. 20-21). Diante do clamor público e notícias jornalísticas, o Coordenador Nacional de DST e AIDS do Ministério da Saúde sustentou a inconstitucionalidade da testagem compulsória, desrecomendando a prática e sugerindo outras estratégias, pois a lei em tela contraria os objetivos da proteção da saúde pública, pois face à janela imunológica e da apresentação de exame negativo poderiam levar a um relaxamento quanto ao uso dos métodos preventivos. O Grupo de Apoio à Prevenção da AIDS - GAPA promoveu representação perante o Ministério Público Federal afirmando o verdadeiro *apartheid* sanitário no Município, contrariando princípios legais e constitucionais. Eis um resumo fático.

A sentença extintiva do feito fundou-se nas seguintes considerações: a) o Ministério Público careceria de legitimidade para a tutela de interesses individuais disponíveis; b) os tratados internacionais incorporados ao direito líquido não possuem primazia hierárquica, e num eventual conflito, a lei municipal teria derogado, pelo critério cronológico, o Tratado; c) o sistema constitucional brasileiro não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal face à Constituição Federal, não se admitindo Ação Civil Pública para promover o controle da constitucionalidade de uma lei municipal.

Enfrento as questões iniciando pelo exame da legitimidade do autor da ação - Ministério Público.

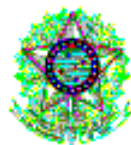
Pelo relatório foi destacado que o objetivo da ação consiste na condenação do Município-réu a abster-se de submeter as pessoas que se dedicam ao comércio do sexo a exames compulsórios de saúde para diagnóstico de HIV e DST, bem como exigir-se delas a apresentação de resultados ou a sua fixação nos estabelecimentos em que habitam.

A Constituição atribui ao Ministério Público a função institucional de promover ação civil pública para a proteção de quaisquer interesses difusos ou coletivos por força dos artigos 127, *caput*, e 129, inc. III. A exigência da municipalidade referida vulnera de forma aberta os direitos fundamentais de proteção da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da igualdade os princípios regedores do SUS - Sistema Único de Saúde, estampados na Lei n.º 8.080/1990, bem como desrespeita Convenção Internacional, artigo 6º, internalizada pelo Decreto nº 89.460/1984.

Inscritos como direitos fundamentais têm características entre as quais se destacam a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a irrenunciabilidade na precisa lição de Alexandre de Moraes (**Direito Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 91):

"A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

diversas características: **imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade:**

- **imprescritibilidade:** os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do tempo;
- **inalienabilidade:** não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso;
- **irrenunciabilidade:** os direitos humanos fundamentais não perdem seu objeto de renúncia. Dessa característica surgem discussões importantes na doutrina e posteriormente analisadas, como a renúncia à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;
- **inviolabilidade:** impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos de autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal".

Está em jogo, como se vê, a manutenção da própria ordem jurídica, em um de seus aspectos mais sensíveis.

Fossem direitos disponíveis, por amor à argumentação, remanesce intacta a legitimidade do autor da Ação Civil Pública, pois para a defesa dos interesses individuais homogêneos é que foi criada a ação civil na lição de Maria Hilda Marsiaj Pinto (**Ação Civil Pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005).

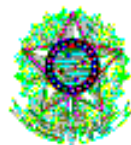
Por meio desta ação, em nome próprio, mas no interesse das vítimas dos atos municipais arbitrários e antidemocráticos, é que foi interposta a ação suprimindo a iniciativa das vítimas que por menos favorecidas econômica e intelectualmente, em condição de vulnerabilidade múltipla, se sentem desencorajadas de enfrentar as dificuldades e a exposição pública que a postura ativa acarreta. Não é desarrazoado pensar que teriam que deixar o Município-réu, procurando outro local para habitar.

A norma Municipal, ao desrespeitar princípios basilares do SUS, como a autonomia do paciente, o sigilo, a intimidade, investe contra o próprio sistema público de saúde e só isto seria motivo suficiente a conferir legitimidade ao Ministério Público Federal.

Por outro lado, as normas veiculadas em tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pela República se encontram equiparados aos direitos fundamentais na precisa lição de Flávia Piovesam (**Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 98):

"Em suma, a natureza constitucional dos tratados de proteção aos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, parágrafo 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana. Esta opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional".

O precedente citado, RE nº 80004/SE, de julho de 1977, refere-se a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, nada dispondo sobre direitos fundamentais, daí não pode servir de paradigma para a solução do caso em tela. Preliminar rejeitada.

A sentença afasta ainda o cabimento da Ação Civil Pública, pois tratar-se-ia de transformar a Ação Civil Pública em instrumento de controle direto e abstrato de constitucionalidade, estando o juízo de primeiro grau usurpando competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, a).

O próprio Supremo, em decisão proferida na Reclamação nº 1017/SP, admitiu a possibilidade da Ação Civil Pública com fundamento principal em questão de inconstitucionalidade e pretensão condenatória.

Do voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, extrai-se:

"Certo, em nosso complexo sistema de convivência do sistema concentrado e direto como o sistema difuso e incidente de controle de normas, não se discute que, nesse último, a questão de inconstitucionalidade possa traduzir o fundamento principal, quiçá o único, de uma demanda, sem que, no entanto, essa se confunda por isso com a ação direta: basta que nela se veicule pretensão que, na via do controle abstrato, seria inadmissível.

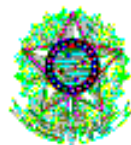
É critério distintivo de fácil manejo, quando se cuida da inconstitucionalidade de normas.

Aí, a ação direta, de um lado, é o único instrumento idôneo a obter, em caráter principal e não incidente, a declaração de inconstitucionalidade (ou, entre nós, também, a de constitucionalidade) da norma impugnada, mas, de outro, a essa declaração se restringe a sua função.

Dessa limitação decorre ao contrário que, se a inconstitucionalidade é argüida como fundamento de outra pretensão que não a mera declaração da invalidez da norma - por exemplo, de uma pretensão condenatória ou mandamental, malgrado derivada da inconstitucionalidade de determinada regra jurídica - não será a da ação direta a via processual adequada, mas sim a do controle incidente e difuso: nessa linha, com a ampla maioria do Plenário, o raciocínio que desenvolvi, nas Reclamações 597, 600 e 602, de 3.9.97, para negar houvesse usurpação da competência do Supremo Tribunal no conhecimento pela Justiça comum de ações civis públicas, nas quais a inconstitucionalidade de lei federal era aventada como fundamento de pedido condenatório de pagamento de correção monetária formulado em favor dos titulares de cadernetas de poupança contra numerosas instituições financeiras" (REsp nº 1017/SP, STJ, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julg. em 07.04.2005, DJU de 03.06.2005, p. 4).

Veja-se que basta que na Ação Civil Pública se veicule pretensão, que na via do controle abstrato seria inadmissível.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

É o caso dos autos, a alegada inconstitucionalidade da lei Municipal é fundamento da pretensão deduzida, que é a condenação da Municipalidade a não fazer o coercitivo controle sociológico em relação às pessoas que se dedicam ao comércio do sexo a cada noventa dias, e a apresentação e a afixação de resultados nos estabelecimentos para tal fim, bem como a coercitiva condução de tais pessoas a Porto Alegre para inseri-las no SUS para exames.

Ora, o controle normativo abstrato de constitucionalidade é processo objetivo, vocacionando exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional, lesionado pela manutenção de lei em descompasso com a Constituição, é em apertada síntese o que leciona Clèmerson Merlin Clève (**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 141-145) e Gilmar Ferreira Mendes (**Controle da Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 250).

Por outro lado, para configuração do controle abstrato é necessária uma lei em tese, com a constatação de um coeficiente de generalidade abstrata e da impessoalidade.

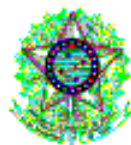
Tenho que aqui não é o caso de lei em tese, pois no pequeno município gaúcho todos são conhecidos, e a infeliz produção legislativa, que certamente teve o escopo de propiciar a sanidade do Município, dirige-se contra menos de uma centena de pessoas, provavelmente do sexo feminino, pobres e iletradas, que são conhecidas, pois foram, ou estão sendo compulsoriamente conduzidas ao centro maior para a obrigatória testagem, em situação violadora de um dos atributos da dignidade da pessoa humana, isto é, sua intimidade. Não se trata de lei impessoal, mas lei de efeitos concretos, quais seja, na realidade acredita-se no fim do comércio do sexo no Município. Se o fim pode ser desejável, os meios utilizados não se sustentam no ordenamento jurídico. Vê-se que a lei não seria passível de controle concentrado, ao revés, o controle concentrado não resultaria na obrigação de não fazer pretendido na Ação Civil Pública. Rejeita a preliminar.

Considerando, como antes referimos, que o Eminentíssimo Magistrado sentenciante ao usar a tese da derrogação da convenção pela lei municipal posterior, ingressou no mérito da ação, o que permite a solução imediata da controvérsia neste processo, cuja tramitação alongou demasiado, procedimento que adoto também com suporte no § 3º do artigo 515 do CPC.

A lei Municipal nº 2.068/1998 não se sustenta no ordenamento jurídico pátrio, pois em relação a um grupo determinado de pessoas instituiu um *apartheid* sanitário e social, com violação de preceitos da Constituição e do SUS.

A questão foi brilhantemente enfrentada nas razões de recurso apresentadas pelos doutos Procuradores da República Fábio Bento Alves, Paulo





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Gilberto Cogo Leivas e Maria Valesca de Mesquista, que transcrevo, adotando-as como fundamentos para a procedência da ação com o provimento das apelações:

"História dos Regimes Legais Sobre Prostituição

Existem três regimes jurídicos na normatização da prostituição: **Proibicionismo, regulamentarismo e abolicionismo**. Na Idade Média vigorava a proibição da prostituição, razão porque chamamos esse período de proibicionista. Essa fase foi sucedida pelo **regulamentarismo**, que se caracterizou, na França, por três pontos principais: a) a atividade de prostituição era restrita às casas de tolerância; b) as profissionais eram obrigadas a se inscrever em um registro na polícia de costume e a portar uma carteira específica; c) estavam sujeitas a privação de liberdade por uma simples decisão administrativa do policial comissário. Nesse país a Lei de 13 de abril de 1946 fechou as Casas de Tolerância e suprimiu a inscrição no registro, embora a lei de 24 de abril de 1946 restabelecesse a ficha sanitária e social. Essa lei foi regulamentada por um decreto de 5 de novembro de 1946, constituindo uma espécie de dossiê sanitário, obrigando esse profissionais a se submeterem a exames médicos periódicos e de declarar sua mudança de residência. Essa ficha sanitária foi extinta em 28/07/60 quando a França ratificou a 'Convenção para a Repressão a abolição do tráfico de seres humanos e da exploração da prostituição, de 2 de dezembro de 1949'. Trata-se da convenção que inaugurou o chamado regime abolicionista em relação à prostituição.

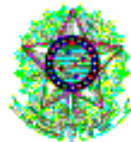
O Brasil teve seu período regulamentarista com o Decreto nº 7223, de 21/06/35, por meio do qual cumpria à Delegacia de Costumes fiscalizar o meretrício, inclusive por meio de registros e carteiras obrigatórias para uso dos profissionais do sexo. Merece ser destacado, porém, que o Brasil aderiu ao regime abolicionista com a promulgação da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio', ratificada em 5/10/51 e promulgada pelo Decreto nº 46.981, de 8/10/59 (fls. 51 a 54).

16. Deve ser destacado que o Código Penal Brasileiro não pune a prostituição, que é uma atividade lícita, embora estatua a criminalização de atos correlatos, como o favorecimento da prostituição; o ato de manter casa de prostituição; o rufianismo e o tráfico de mulheres.

O Brasil é signatário de diversas convenções que determinam medidas contra o lenocínio e também a abolição de práticas discriminatórias contra os profissionais do sexo.

A Convenção Sobre Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, promulgada pelo Brasil em 20/03/84 (Decreto nº 89.460), determina que os Estados Partes tomem todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição das mulheres. A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 28, de 14/09/90, sendo promulgada pelo Decreto nº 99.710, em 21/11/90, compromete os Estados signatários a impedir a prostituição da criança ou sua exploração em outras práticas sexuais ilegais (act. 34).





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Da Violação ao art. 6º da Convenção Para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio

Contudo, é de maior relevo e aplicação para a situação levada a juízo a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (fls. 51 a 54), que, além de comprometer os Estados a adotar medidas contra a exploração da prostituição, protege as profissionais do sexo contra práticas discriminatórias e vexatórias do poder público. Diz o art. 6º: desta Convenção:

'Cada parte na presente Convenção convém em adotar todas as medidas necessárias para abrogar ou abolir toda lei, regulamento e prática administrativa que obriguem a inscrever-se em registros especiais, possuir documentos especiais ou conformar-se a condições excepcionais de vigilância ou de notificação as pessoas que se entreguem ou que se supõe entregar-se à prostituição'

A conduta do réu, que se sente autorizado por uma lei municipal, contraria o art. 6º da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, pois estabelece condições excepcionais de vigilância sanitária às pessoas que se entregam à prostituição e as obriga a possuir documentos especiais, tal como o exame laboratorial negativo de HIV e outras doenças sexualmente transmissíveis.

Ademais, esta lei estimula o lenocínio e as casas de prostituição, contrariando os arts. I e 11 desta Convenção.

Da violação do Direito Fundamental à Intimidade

Os direitos inscritos no art. 6º da Convenção são direitos fundamentais incorporados à Constituição Federal de 1988 por força do § 2º do art. 5º.

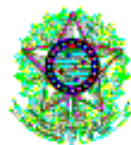
Ademais, remetem aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, *caput*, da intimidade (art. 5º, X), que são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

O Supremo Tribunal Federal tem, amiúde, aplicado o princípio da intimidade, bem como da intangibilidade do corpo humano, em diversas decisões, pedindo vênias para transcrever as ementas das decisões mais paradigmáticas:

'Ementa: I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Súms. 210 e 448).

II. Constrangimento ilegal: submissão das operarias de indústria de vestuário à revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

(unânime, RE-160222/RJ, Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 01-09-95, p.27402).'

'Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'.

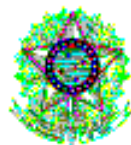
Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos (Unânime, HC-71373 / RS), Relator Ministro FRANCISCO REZEK, DJ de 22-11-96, pp. 45686, Tribunal Pleno).'

Da Violação ao Direito Fundamental à Igualdade

A violação do princípio da igualdade está na submissão das prostitutas a condições excepcionais de vigilância, somente elas, como se fossem as únicas responsáveis pela disseminação do vírus da HIV, o que contrariaria todas as evidências científicas e o bom senso.

O direito fundamental à igualdade significa que pessoas que se encontram em situação equivalente devem ser tratadas de modo isonômico. Deste modo, o tratamento diferenciado pela lei somente é permitido se determinada pessoa ou grupo de pessoas encontrarem-se em uma situação especial que justifique um tratamento diferenciado. Se estas circunstâncias especiais não estão configuradas, a abordagem desigual configura discriminação que está proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais. Assim, os profissionais do sexo somente podem ser obrigados a determinados comportamentos se a mesma obrigação for exigida de todas as demais pessoas que realizam comportamento equivalente àquele grupo, salvo se fosse possível identificar situação especialíssima que justificasse um tratamento diferenciado. Deste modo, somente seria permitida a realização de exames compulsórios de DST/AIDS dos profissionais do sexo se também fosse exigida a mesma obrigação de todas as pessoas que estão em condições para praticar sexo. De outro lado, caso houvesse um consenso acerca da existência dos chamados grupos de risco e houvesse uma comprovação científica de que a realização de exames compulsórios de DST/AIDS fosse um método eficaz para a prevenção destas doenças, esta exigência seria possível se abrangesse todos os integrantes destes grupos de risco. Todavia, como existe hoje um consenso acerca da inexistência de grupos de risco, mas tão-somente de comportamentos de risco, a exigência de exames, caso fosse necessária e adequada, seria possível caso a mesma obrigação fosse exigida de todas as pessoas que se encontram nesta situação de comportamento de risco. Caso contrário, qualquer tratamento diferenciado dos profissionais do sexo seria discriminatório e, portanto, estaria proibido.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Há de se referir ainda que todas as ações e serviços de saúde estão subordinados aos princípios do Sistema Único de Saúde, regulado pela Lei 8080/90.

Os atos aqui atacados ofendem no mínimo dois princípios enunciados na Lei 8080/90: 'preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral' (art. 7º, IV) e 'igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie' (art. 7º, IV).

Convém ainda referir que, na linha dos princípios acima analisados, o Srs. Ministros da Saúde e do Trabalho editaram a Portaria Interministerial nº 869, de 11/08/92, proibindo, no âmbito do Serviço Público Federal, a exigência de teste para detecção do vírus de imunodeficiência adquirida, tanto nos exames pré-admissionais quanto nos exames periódicos de saúde (fls. 55 a 57).

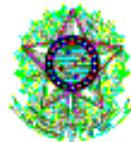
Da Violação ao Princípio da Proporcionalidade ou do Devido Processo Legal Material

Esta menção aos chamados grupos de risco e a pessoas que se enquadram no chamado comportamento de risco vem a exigir uma análise da razoabilidade da exigência de exames DST/AIDS. Por meio do princípio da razoabilidade, também chamado de proporcionalidade, qualquer exigência legal deve ser submetida ao crivo da adequação e da necessidade. Assim, se fosse superada a questão da igualdade, ou seja, se os exames compulsórios fossem exigidos de todas as pessoas que se encontram no chamado comportamento de risco, isso não significa que fosse possível que todas estas pessoas deveriam realizar obrigatoriamente estes exames. Esta obrigação, em primeiro lugar, deve ser avaliada como adequada para atingir o fim que quer alcançar o legislador. No caso da lei de São Sebastião do Caí, parece que quiseram os vereadores do Município proteger a saúde pública. Porém, na medida em que há um consenso de que a realização de exames compulsório não é um meio eficaz para a prevenção das DST/AIDS, inclusive sendo esta a orientação do Ministério da Saúde, a sua exigência, só por este motivo, já estaria proibida. Porém, mesmo se assim não fosse, poder-se-ia avançar mais ainda na apreciação da razoabilidade da medida, promovendo-se uma análise da necessidade. Um determinada obrigação seria necessária se não houvesse um outro meio tão ou mais eficaz para atingir o fim desejado pelo legislador e que atingisse a liberdade do indivíduo com menor intensidade. Ora, mesmo que os exames compulsório fossem uma medida adequada para a prevenção das DST/AIDS, esta obrigação não poderia subsistir se existisse um outro meio menos invasivo para proteger a população desta doenças. Como se sabe que o uso de preservativos é um meio efetivamente eficaz para a proteção da saúde pública, toma-se desnecessária e, por conseguinte, inconstitucional, a medida adotada por aquela municipalidade. Isso sem falar na falsa crença dos usuários daqueles serviços de que tão-só com os exames estariam protegidos, o que poderia levá-los a dispensar os preservativos.

Da violação ao Direito Fundamental à Saúde

Com dito anteriormente, a aplicação desta lei contraria a próprio objetivo a que ela se propõe: a proteção da saúde pública. Face à janela imunológica, a apresentação de exame negativo não é garantia de inexistência de





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

contaminação. Entretanto, pode levar a um relaxamento quanto ao uso dos métodos preventivos, como a camisinha.

Este é um dos motivos pelo qual o Ministério da Saúde, a quem compete formular as políticas de saúde no Brasil, e as organizações internacionais na área da saúde têm posições contrárias à realização de testagem compulsória de sangue com o fim de detectar contaminação por DST/AIDS" (fls. 128-138).

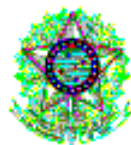
Rejeito as preliminares e dou provimento aos apelos, julgando procedente a ação, condenando o Município de São Sebastião do Caí à obrigação de não fazer com que as pessoas que se entregam, ou que se supõe entregar à prostituição sejam compulsoriamente submetidas a exames de saúde para diagnóstico de HIV e DST, não se exigindo a apresentação dos resultados em qualquer caso.

No caso de ainda persistir a ilegalidade, fixo a multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por cada pessoa que eventualmente for doravante submetida aos exames obrigatórios de saúde por parte do Município de São Sebastião de Caí/RS, o que faço fulcro no artigo 11 da Lei nº 7.347/1985.

Deixo de fixar honorários advocatícios pela aplicação analógica do artigo 18 da Lei nº 7.347/1985, que prevê somente a possibilidade de condenação na verba honorária do autor de ação civil pública no caso de comprovada má-fé. Não obstante a norma ser dirigida a parte autora da ação, não vejo como deixar de aplicar a mesma regra ao réu, em face do princípio da isonomia processual que deve ser aplicado aos litigantes do processo. Como a parte ré contestou na forma processual prevista, sem qualquer excesso ou conduta passível de censura, não há como condená-la em honorários advocatícios. Neste sentido já decidiu o eminente Desembargador Federal Valdemar Capeletti, nos autos da Apelação Cível nº 2003.71.01.000304-0/RS ao afirmar que "À vista do disposto no art. 18, da Lei 7.347/85, incorrendo adiantamento de custas não há por que as demandadas, vencidas no pleito, ressarcir-las à parte autora; de outra banda, se a parte autora não seria condenada nos honorários advocatícios se não em caso de comprovada má-fé, caso sucumbisse, é iníquo aplicar às rés ora sucumbentes pesos e medidas diferentes, tanto mais que não se conduziram maliciosamente no processo" (DJU de 31.08.2005). No e. STJ também há julgamento sustentando o não cabimento dos honorários advocatícios na hipótese:

"PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR. 1. Na ação civil pública, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85, com a redação dada ao art. 17 pela Lei 8.078/90. 2. Somente há condenação em honorários, na ação civil pública, quando o autor for considerado litigante de má-fé, posicionando-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

condenação em honorários. 3. Dentro de absoluta simetria de tratamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. 4. Recurso especial improvido." (Resp 493.823/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09.12.2003, DJ 15.03.2004 p. 237)

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento aos apelos.
É o voto.



Documento eletrônico assinado digitalmente pelo(a) **Des^a. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, Relatora**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e Portaria do TRF4R nº 195 de 16 de dezembro de 2004 (DJU de 24/12/2004 pg. 25). A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://www.trf4.gov.br/processos/verifica.php> informando o código verificador **1645029v25**.

