PABLINIE GABRIELLY FERREIRA REZENDE ALVES
WEIDER SILVA PASCOAL
LAIZA SOUSA MEDEIROS
VICTOR PORTO BERNARDES

A DIVERSIDADE DO DIREITO

EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

PABLINIE GABRIELLY FERREIRA REZENDE ALVES
WEIDER SILVA PASCOAL
LAIZA SOUSA MEDEIROS
VICTOR PORTO BERNARDES

A DIVERSIDADE DO DIREITO

1ª ed.

Piracanjuba-GO
Editora Conhecimento Livre
Piracanjuba-GO

Copyright© 2022 por Editora Conhecimento Livre

1ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ALVES, PABLINIE GABRIELLY FERREIRA REZENDE
A371A A DIVERSIDADE DO DIREITO

/ PABLINIE GABRIELLY FERREIRA REZENDE ALVES. WEIDER SILVA PASCOAL. LAIZA SOUSA MEDEIROS. VICTOR PORTO BERNARDES. – Piracanjuba-GO

Editora Conhecimento Livre, 2022

93 f.: il
DOI: 10.37423/2022.edcl411
ISBN: 978-65-5367-032-7
Modo de acesso: World Wide Web
Incluir Bibliografia

1. direito.-crime.-covid. 2. estupro.-processo-administrativo.-ampla-defesa. 3. defesa-tecnica.-pandemias.-biodiversidade. I. ALVES, PABLINIE GABRIELLY FERREIRA REZENDE II. PASCOAL, WEIDER SILVA III. MEDEIROS, LAIZA SOUSA IV. BERNARDES, VICTOR PORTO V. Título

CDU: 340

https://doi.org/10.37423/2022.edcl411

O conteúdo dos artigos e sua correção ortográfica são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores.

EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

Corpo Editorial

Dr. João Luís Ribeiro Ulhôa

Dra. Eyde Cristianne Saraiva-Bonatto

MSc. Frederico Celestino Barbosa

MSc. Carlos Eduardo de Oliveira Gontijo

MSc. Plínio Ferreira Pires

Editora Conhecimento Livre
Piracanjuba-GO
2022

A DIVERSIDADE DO DIREITO

10.37423/2022.edcl411

Resumo: O tema principal do artigo é a relativização do crime de estupro de vulnerável, dando ênfase à problemática: "É admitido no ordenamento jurídico brasileiro a utilização da relativização do crime de estupro de vulnerável? ". Desse modo, tem-se como objetivo geral analisar, a partir dos direitos fundamentais e os princípios constitucionais, a relativização do crime de estupro de vulnerável. Já os objetivos específicos são: identificar quais são os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal; estruturar a evolução histórica dos crimes sexuais no Brasil e por fim, justificar o motivo pelo qual algumas situações as quais são aplicadas a teoria Romeu e Julieta devem ser analisadas. Portanto, tem-se a hipótese, como resposta provável que a partir dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, os vulneráveis necessitam de maior proteção. Adicionado o fato de que é necessário levar em consideração vários aspectos, como um relacionamento do menor de quatorze anos ser abusivo. Para tanto, utilizar-se-á pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo e quantitativo no presente artigo.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Vulnerabilidade. Teoria Romeu e Julieta.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a analisar o estupro de vulnerável e diante da extensão do tema, limita-se a uma análise sobre o consentimento do menor de 14 anos. Consoante a isto a Constituição Federal de 1988 dispõe no artigo 227, § 4° que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, entre outros direitos fundamentais e punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual desta criança e adolescente.

Conforme a norma Constitucional acima, foi criado em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulando no art. 2° que é considerado criança o indivíduo até doze anos de idade incompleta e adolescente entre doze e dezoito anos de idade, devido a esta proteção especial que o menor recebeu a partir da Lei 12.015/09 foi passado a tipificar como crime o estupro de vulnerável contra menores de 14 anos no artigo 217-A, CP. O presente estudo então questiona: é admitido no ordenamento jurídico brasileiro a utilização da relativização do crime de estupro de vulnerável?

Assim sendo este estudo tem como principal objetivo analisar a partir dos direitos fundamentais e os princípios constitucionais, a relativização do crime de estupro de vulnerável. Para tanto será de suma importância trabalhar, além do objetivo geral, com três objetivos específicos, quais sejam: identificar quais são os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, estruturar a evolução histórica dos crimes sexuais no Brasil e por fim justificar o motivo pelo qual algumas situações devem ser analisadas em que a teoria Romeu e Julieta é aplicada.

Nesse sentido é necessário levar em consideração que é fundamental o direito acompanhar a sociedade, sendo essencial a liberdade sexual. Portanto tem-se a hipótese como resposta provável que a partir desses direitos fundamentais e princípios constitucionais, os vulneráveis necessitam de maior proteção já que não tem capacidade plena para praticar atos da vida civil e não são capazes de compreender atos sexuais, além de ser de suma importância levar em consideração vários aspectos, como o relacionamento do menor de 14 anos, podendo ser abusivo e manipulado, bem como o corpo do mesmo ainda estar em desenvolvimento.

Conforme a decisão majoritária é irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, configura-se crime de estupro de vulnerável quem praticar ato libidinoso ou conjunção carnal com menor de 14 anos, uma vez que estão em pleno desenvolvimento físico e psíquico e mesmo que

tenham tido uma iniciação sexual precoce é de responsabilidade do poder judiciário, punir de forma severa todo e qualquer indivíduo que se aproveitar a situação.

A escolha deste tema tem por justificativa o número de denúncias acerca de estupro de vulnerável, e a discussão a respeito deste é de suma importância, já que caso se entenda que a vulnerabilidade pode ser relativizada em alguns casos, pode possibilitar o reconhecimento de que se trata de uma conduta atípica, mesmo que o Estado esteja protegendo o vulnerável.

O presente artigo foi produzido através da pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo e quantitativo, sendo assim, utilizou-se de ferramentas de pesquisas disponíveis na internet. Para a sustentação do conteúdo exposto aqui foram selecionados artigos científicos, doutrinas, resumos expandidos, entre outros, sendo que após isto foram separadas as melhores fontes para a elaboração deste artigo. A produção textual foi realizada com o objetivo de trazer conhecimento com clareza para o leitor.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE SEXUAL

Os Direitos Fundamentais são os direitos básicos, individuais, coletivos, sociais e políticos, ou seja, são aqueles essenciais ao indivíduo e estão positivados na Constituição Federal no artigo 5°, mas não se restringe a apenas este, podendo ser encontrado ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pelos tratados e convenções internacionais ou da própria constituição.

Dentre os critérios do direito fundamental costuma-se classificá-los em cinco dimensões, sendo importante destacar a primeira e segunda dimensão que retrata sobre a liberdade individual, os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos.[1]

Analisando essas nota-se que a dignidade sexual está presente nas dimensões dos direitos fundamentais, sendo, um direito natural, inalienável e imprescritível, além de ser um direito à dignidade da pessoa humana.

Salienta-se que este direito à dignidade da pessoa humana é a preservação do ser humano, garantindo a ele mínimo existencial e está interligado a dignidade sexual, como um direito de liberdade em que deve ser exercida de forma ampla. Este princípio constitui como o princípio regente do ordenamento jurídico, implicando o sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano sob o prisma subjetivo.

Portanto se faz necessário entender que o ser humano tem o direito ao respeito, a intimidade sexual e ao livre exercício da sexualidade, sendo estes direitos básicos do indivíduo que são indispensáveis à efetivação de sua dignidade enquanto ser humano.[2]

Cabe destacar que ao infringir este direito estará ferindo diretamente a Constituição Federal, onde está regulamentado e garantido a cada indivíduo estes direitos fundamentais, no sentido da liberdade sexual, integridade física, igualdade e dignidade sexual.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Há princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais, esses são encontrados em Códigos e Leis Especiais, é nítido que os primeiros são mais importantes, uma vez que estão dentro da Lei Maior, a Constituição Federal.

As bases para os princípios constitucionais são encontradas dentro da própria Constituição Federal de 1988, são estas que auxiliam o juiz em um caso concreto e traz segurança no momento em que há algumas situações que não estejam contempladas nas normas, mas tem uma relevância jurídica. [3]

Vale mencionar a importância dos princípios constitucionais, conforme Guilherme de Souza Nucci:

> Dentre os vários significados do termo princípio, não se pode deixar de considerá-lo a causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo. Juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo. Os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou estreito[4].

Os crimes contra a dignidade sexual estruturam-se sob a base de princípios constitucionais e infraconstitucionais, em sua maioria os que estão no artigo 5° da Constituição Federal, os direitos fundamentais, sendo eles o princípio da dignidade da pessoa humana, da legalidade e anterioridade, da irretroatividade, da individualização da pena, da intervenção mínima, da lesividade ou ofensividade.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é previsto no artigo 1°, III, Constituição Federal que teve grande influência na edição da Lei 12.015/2009, e tem como objetivo principal a preservação do ser humano, garantindo a ele o mínimo existencial, cabe citar sobre este princípio o autor Guilherme de Souza Nucci:[5]

> Para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada torna-se essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem alijado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal. Sem dúvida, a existência de tipos penais incriminadores, voltados à punição de quem violar os bens jurídicos por eles tutelados, consagra a ideia de que o delito, quando concretizado, ofende, de algum modo, a dignidade da pessoa humana. Desse modo, várias infrações penais envolvem direitos e garantias fundamentais, tais como a vida, a integridade física, a honra, a intimidade, o patrimônio, a liberdade, dentre outras. Entretanto, há particularidades, no âmbito penal, envolvendo determinados crimes, onde se consegue destacar, com maior nitidez e profundidade, o alcance da dignidade da pessoa humana.

Acerca deste princípio vale destacar que cada ser humano tem o direito às condições básicas de vivência, portanto, não existe a dignidade da pessoa humana caso isso não ocorra, tornando-se assim essencial os direitos fundamentais que estão localizados no artigo 5° da Constituição Federal.

Os princípios da Legalidade e da Anterioridade são previstos no artigo 5° XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1° do Código Penal “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Nesse sentido, para o princípio da legalidade só é crime se a conduta estiver descrita na norma, esta é uma maneira para que o direito penal haja somente dentro do que está na Lei e caso esta conduta não tenha taxatividade descrita na norma penal, não será considerado uma conduta criminosa, portanto, não existirá dentro do direito penal uma interpretação por analogia para incriminar o indivíduo, somente para beneficiar este, pois na dúvida o réu será inocentado.

Já para o princípio da anterioridade não há o que se falar em conduta criminosa sem uma lei anterior que o defina, somente irá retroagir para o benefício do réu, ou seja, a lei estabelece previamente as condutas consideradas criminosas, trazendo as penas que julgar necessária, para que afaste a vontade do julgador e garanta ao indivíduo o direito de conhecer com antecedência qual o comportamento será considerado ilícito. [6]

É um desdobramento do princípio da legalidade e da anterioridade o princípio da irretroatividade, que é afirmar que uma lei penal deve ser anterior ao crime e a pena previamente deve ser instituída, pode-se afirmar que como regra há a impossibilidade de sua aplicação retroativa, porém há uma exceção que é a retroatividade benéfica da lei penal, ou seja, a lei penal irá retroagir para beneficiar o réu.

Assim, é importante frisar que a Lei dos crimes contra a dignidade sexual têm a edição de normas mais gravosas, sendo elas irretroativas e o rigor da mesma mais criterioso, portanto irá depender da análise completa para constatar a aplicabilidade deste princípio.

Dentro do princípio da intervenção mínima deve se levar em consideração que há outras maneiras para que o legislador possa resolver conflitos ou proteger bens jurídicos, devendo assim o direito penal ser a última opção. Logo o legislador ao formular os crimes contra a dignidade sexual buscou reforçar a grave violação ao bem jurídico tutelado que então deve gerar respostas severas por parte do Estado.[7]

Já no princípio da individualização da pena, cada conduta praticada pelo indivíduo deve ser diversificada, seguindo os parâmetros legais e estabelecendo a cada um o que lhe é devido. Este princípio advém do artigo 5°, XLVIII, da Constituição Federal: "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado".

Sendo assim no momento da individualização da pena será determinado o regime adequado para o seu cumprimento, como por exemplo, no estupro o juiz deverá considerar que é um crime hediondo, impondo a ele a fixação do regime inicial fechado ao indivíduo condenado pelo crime.

E para o princípio da lesividade ou ofensividade a sua principal função é limitar o Estado, não sendo admitido dentro dele os crimes de perigo abstrato que são por exemplo o tráfico de drogas, o porte de armas, a embriaguez ao volante entre outros diversos tipos penais onde indica apenas a conduta e não a menção do resultado, cabe destacar que este princípio traz que não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado, conforme as palavras de Ricardo Antônio Andreucci[8]:

> Não deve o Direito Penal, de acordo com esse princípio, se preocupar com as intenções e pensamentos das pessoas, enquanto não exteriorizada a conduta delitiva, devendo haver, pelo menos, um perigo real (ataque efetivo e concreto) ao bem jurídico.

Outrossim, os crimes contra a dignidade sexual dentro deste princípio é para que o legislador haja conforme o que está nas normas, incriminando determinadas condutas, devendo ser punido apenas condutas que violem a intimidade e causem alguma lesão ao bem jurídico.

2.2. DA DIGNIDADE SEXUAL

Vale destacar que em 1940 o Código Penal trouxe alteração que perdura até os dias atuais como o art. 213 do Código Penal que consiste em constranger uma mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, ou seja foi retirado a distinção entre a "mulher honesta" e prostituta, e anteriormente entendia-se que a conjunção carnal era apenas a introdução do pênis na vagina, mas não é apenas isto, ainda persistia a lei em que dentro do casamento não haveria estupro, sendo assim uma causa extintiva de punibilidade.[9]

Os costumes foram mudando e o Legislador fez mudanças significativas na Lei dos Crimes contra a Dignidade Sexual em que foram editadas alterando diversos dispositivos, por exemplo a Lei 11.106/2005 que foi revogado o artigo e os incisos em que falavam sobre a causa extintiva de punibilidade dentro do casamento e na Lei 12.015/2009 passou a admitir como sujeito passivo o homem, com a alteração do termo "constranger mulher" para "constranger alguém".

Vale mencionar a criação da Lei Maria da Penha sancionada em 07 de agosto de 2006 que em conformidade com a Constituição Federal no artigo 226 § 8° e os tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro, trouxe medidas para embargar a violência doméstica e familiar contra a mulher e dispõe sobre a criação dos Juizados da Violência doméstica e familiar contra a mulher.

Apesar de haver essas alterações no dispositivo legal dos crimes contra a dignidade sexual, este perdurou por muitos anos, ainda que acompanhasse os costumes da época e perdurasse ao lado dos princípios constitucionais, é de suma importância dizer que demonstrava tão pouco interesse pela vontade da vítima que sofria a violência. Portanto espera- se que conforme a sociedade evolui os princípios se alterem também, para que não ocorra mais uma injustiça dentro da justiça.

A dignidade sexual é a sexualidade humana, que deve haver o respeito e à autoestima à intimidade e à vida privada para que o ser humano possa realizar-se sexualmente, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.

Cabe destacar a necessidade de respeitar essa dignidade sexual, ou seja, tolerar a realização da sensualidade da pessoa adulta, maior de 18 anos, desde que sem violência ou grave ameaça, se caso houver o indivíduo torna-se vítima de crime contra a dignidade sexual.

Em consonância a isto com o advento da Lei 12.015/2009 o legislador demonstrou uma nova visão ao interpretar o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais em relação a esses direitos sexuais, trazendo uma mudança com a inclusão de novos dispositivos, a revisão e a exclusão de outros, modificando até o próprio título que antes era denominado "Dos crimes contra os costumes" e passou a ser "Dos crimes contra a dignidade sexual".[10]

Pode-se considerar como positiva esta alteração, uma vez que agora é transparente que o bem jurídico a ser tutelado é a dignidade sexual não sendo mais em um primeiro plano o foco da proteção jurídica nos bons costumes, mas sim a tutela individual do ser humano sob

o enfoque sexual e os direitos fundamentais inerentes a ele como a liberdade, integridade física, a vida, a honra, e pôr fim a proteção da dignidade sexual. [11]

É importante dizer que o legislador reconheceu ao alterar esse dispositivo a necessidade de uma melhor definição do bem jurídico lesionado, sendo a dignidade sexual abrangendo tanto a integridade sexual, quanto a liberdade sexual.

3. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O direito sexual é um ramo no direito penal que sofre influência do contexto social, moral, costume e religião. Conforme retratado ao longo da história há um abrandamento na legislação referente aos crimes sexuais, inclusive um aumento do rigor punitivo desses na legislação penal brasileira.

Após as mudanças nos costumes da sociedade, o legislador deixou claro a nova visão das Leis, deixando de se preocupar com os costumes e passando a se preocupar com a dignidade sexual. Devido a alteração legislativa em relação aos crimes de estupro o legislador passou a se preocupar com todos os indivíduos não sendo mais necessariamente a mulher.[12]

Vale ressaltar que com esta alteração da Lei 12.015/2009 que trouxe mudanças, sendo uma delas a revogação do artigo 214, CP que previa a figura típica do atentado violento ao pudor, foi incorporado no artigo 213, CP previsto agora com o crime de estupro.

Com esta incorporação ficou o questionamento se houve ou não o abolitio criminis, isto é, fazer com que um fato tipificado como crime perca essa tipicidade em razão de nova lei, mas como o crime de atentado ao pudor foi incorporado ao crime de estupro, não houve o abolitio criminis, por prever a conduta ainda no ordenamento penal.[13]

Com o advento da Lei 13.718/2018 houve uma relevante contribuição ao sistema dos crimes sexuais, o crime de importunação sexual, previsto atualmente no artigo 215-A, CP, em que se analisa o contexto histórico deste delito surgiu por diversas notícias acerca de molestamento de mulheres em coletivo. A infração penal do referido crime é sempre dolosa e se consuma com o início da prática do ato libidinoso, trata-se de um crime material e de dano.

Consoante a esta mudança no ordenamento penal, a violação sexual mediante fraude prevista no Código Penal, pode ser exemplificada quando o irmão gêmeo se faz passar pelo irmão e pratica atos sexuais com a esposa dele, ou seja, tem a finalidade de fazer com que a vítima tenha uma percepção errada da realidade e concorde com isto.

É importante destacar que foi apenas com a Lei 10.224/2001 em que foi inserido no nosso ordenamento jurídico o crime de assédio sexual e posteriormente com a Lei 12.015/2009 houve

alteração em relação a pena, ele está previsto no artigo 216-A do Código Penal, um exemplo deste crime é quando é pedido a uma mulher favores sexuais em troca de um aumento salarial. Segundo Guilherme de Souza Nucci a redação deste artigo está incompleta, devendo interpretar o "constranger" como um constrangimento ilegal específico, assim como ocorre nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, mas sem a violência ou grave ameaça.[14]

Muito se discute também sobre o registro não autorizado da intimidade sexual, artigo 216-B do Código Penal criado pela Lei 13.772/2018 em que a consumação desse crime independe da realização de atos sexuais, sendo necessário apenas um conteúdo com cena de nudez seja total ou parcial, já que não é especificado o tipo, e caso for feito um registro de cenas de nudez de um menor de 18 anos deve ser punido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 240, 241, 241-A, 241-B e 241-C).[15]

É importante destacar os crimes contra a dignidade sexual praticada contra os vulneráveis foram trazidos pela Lei 12.015/2009. A tipificação autônoma para aqueles em que não há uma definição exata desta vulnerabilidade, depende assim do tipo penal a ser apreciado.[16]

Atualmente esses delitos são previstos nos artigos 217-A a 218-B do Código Penal, sendo eles o estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), corrupção de menor (art. 218, CP), satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (art. 218-A, CP), e o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art.218-B, CP).

O estupro de vulnerável, é uma conduta de maior reprovabilidade na sociedade que anteriormente era parte integrante dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, sendo as penas as mesmas desses tipos penais, mas com a Lei 12.015/2009 foi alterado não apenas a tipificação autônoma do crime, mas também as penas deste delito, agora situadas entre oito a quinze anos de reclusão.[17]

A corrupção de menores presente no ordenamento penal é quando o agente induz a vítima a praticar algum ato que vise satisfazer a lascívia de outra pessoa, além do mais a conduta deve ter como destinatária uma pessoa determinada e caso não haja essa pode ser tipificado como o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, no caso em que o agente convença a vítima a satisfazer a lascívia de um número indeterminado de pessoas.[18]

A satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente é uma tentativa de aperfeiçoar o crime contra a corrupção de menores, sendo este praticar na presença de um menor de quatorze anos conjunção carnal ou ato libidinoso diverso sem a necessidade de que a vítima se envolve fisicamente no ato ela apenas irá assistir o ato sexual.

Em suma, cabe destacar dentre das mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009 a incorporação do crime do atentado violento ao pudor ao crime de estupro, este agora previsto no artigo 213 do Código Penal, sendo um crime grave em que o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual do indivíduo.

3.1. O ESTUPRO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O crime de estupro consiste em ter relações sexuais ou praticar ato libidinoso sem consentimento de alguém através de violência física ou grave ameaça e está regulamentado no artigo 213 do Código Penal.

Seguindo essa perspectiva com a evolução da sociedade e a nova interpretação que o legislador trouxe o delito de estupro tem como sujeito ativo qualquer pessoa, seja mulher ou homem, e o objeto material é a pessoa que sofre este constrangimento sexual, segundo Guilherme de Souza Nucci[19] informa que este delito é material, demandando resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento da liberdade da vítima, e que o desastroso efeito psicológico para a pessoa que é ofendida já é suficiente para um resultado naturalística evidente.

Salienta-se a abrangência atual referente ao crime de estupro em que atualmente tem como objetivo proteger a integridade física e a psicológica do indivíduo independentemente do sexo, protegendo assim a liberdade sexual, o bem jurídico tutelado. Conforme Cezar Roberto Bitencourt [20]:

> O bem jurídico protegido, a partir da redação determinada pela Lei n° 12.015/2009, é a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem. Na realidade, também nos crimes sexuais, especialmente naqueles praticados sem o consenso da vítima, o bem jurídico protegido continua sendo a liberdade individual, na sua expressão mais elementar: a intimidade e a privacidade, que são aspectos da liberdade individual; estas últimas assumem dimensão superior quando se trata da liberdade sexual, atingindo sua plenitude quando se cuida da inviolabilidade carnal, que deve ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge, que, a nosso juízo, também pode ser sujeito ativo do crime de estupro.

O legislador infraconstitucional decidiu não diferenciar a conjunção carnal e outro ato libidinoso caso o agente em um mesmo contexto realize ou não ambas, já que estará diante de uma única ação que caracteriza o delito de estupro. [21]

Vale destacar que este crime é hediondo, o autor não pode ser beneficiado com anistia, graça, indulto e fiança, a pena inicialmente deverá ser em regime fechado, sua prisão temporária de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema necessidade e no caso de condenação o juiz decidirá

fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.[22]Não importa se há a conjunção carnal ou o ato libidinoso diverso, será caracterizado

o delito de estupro, sem o réu poder ser beneficiado e devendo ser regime fechado, conforme requisitos citados acima.

Assim sendo, a Lei 12.015/2009 trouxe também os crimes contra a dignidade sexual praticada contra os vulneráveis, sendo necessário destacar o artigo 217-A do Código Penal que é o crime de estupro de vulnerável em que o legislador visou a proteção sexual desse vulnerável.

3.2. ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O estupro de vulnerável é um crime que afeta a liberdade sexual, visando a proteção do vulnerável, além de incumbir diretamente na formação sexual da criança ou do jovem e pode ser cometido por qualquer pessoa, devendo ser seu sujeito passivo uma pessoa vulnerável, conforme está previsto no artigo 217-A, CP: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos" ou conforme o §1° do mesmo artigo um enfermo ou deficiente mental, sem discernimento ou incapacidade de resistência para a prática do ato também é considerado vulnerável.

Vale ressaltar que a pena deste crime é privativa de liberdade e esta prevista no mesmo artigo 217-A, §3° e §4° do Código Penal sendo a pena base 8 (oito) anos e a pena máxima de 15 (quinze) anos, quando praticado na forma simples pois o legislador acreditava ser mais gravoso o delito quando cometido o menor de quatorze anos 25, caso resultar lesão corporal de natureza grave será de 10 (dez) a 20 (vinte) anos e se o resultado for morte será de 12 (doze) a 30 (trinta) anos a pena, consoante a isto os Tribunais Superiores consideram este crime hediondo.

Mesmo com a mudança que o legislador trouxe com este artigo na Lei 12.015/09 em que além da possibilidade de proteger a liberdade sexual trouxe também a dignidade humana deles, trazendo questionamentos para a doutrina, jurisprudência e o magistrado diante do caso concreto, trazendo formas interpretativas acerca da presunção da vulnerabilidade.

Nesse sentido é se esta presunção da vulnerabilidade seria absoluta ou relativa, sendo considerada absoluta quando a vítima é realmente vulnerável, sem questionamento algum quanto a isto e já a vulnerabilidade relativa é quando a vítima pode ser vulnerável ou não, devendo ser provado esta vulnerabilidade. Conforme Guilherme de Souza Nucci[24]:

> É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual?

Apesar desses questionamentos é importante destacar que há indivíduos que não possuem capacidade para entender e consentir qualquer ação ligada ao sexo, logo não poderíamos desconsiderar a questão da idade independentemente se o sujeito tenha consentido ou tenha uma vida sexual ativa.[25]

Salienta-se que independentemente do consentimento da vítima ou fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime não significará que a prática vai deixar de ser crime, segundo o § 5º do artigo 217-A, do Código Penal.

3.3. VULNERABILIDADE: PRESUNÇÃO RELATIVA E PRESUNÇÃO ABSOLUTA

O conceito de vulnerabilidade que o legislador traz são pessoas absolutamente inimputáveis, quais sejam as menores de quatorze anos ou alguém que por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência. Sendo importante verificar a existência ounão da possibilidade de ser relativizada a vulnerabilidade. [26]

Com o advento da Lei 12.015/2009 o artigo 217-A, CP foi criado na tentativa de solucionar os conflitos existentes na jurisprudência acerca da presunção de violência prevista no artigo 224, CP revogado, ao criar a nova modalidade penal retirou-se a expressão “presunção de violência” e fez emergir o conceito de vulnerabilidade.

A expressão presunção de violência era para as pessoas consideradas incapazes que não tinham como aceitar a relação sexual, sendo possível a presunção da conduta do agente violenta, então a jurisprudência passou a questionar essa presunção principalmente quando se tratava de vítimas menores de quatorze anos, questionando se seria absoluta ou relativa.

Com a criação do artigo 217-A, CP o legislador deixou clara a presunção absoluta, onde específica o caráter objetivo e concreto que responsabiliza o autor do delito. Alguns tribunais têm sido rigorosos ao afirmar não ser possível discutir o caráter absoluto da vulnerabilidade, já outros continuam fiéis à tese de que a vulnerabilidade é relativa, bem como era com a presunção da violência.[27]

Contudo o STJ decidiu na sumula 593[28]:

> O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Nesse sentido, a vulnerabilidade tem um caráter absoluto, assegurando a proteção à liberdade sexual do menor sendo irrelevante o seu consentimento ao ato. É importante destacar que quando se institui uma presunção absoluta, pode ser que ocorra alguma injustiça em relação ao réu ou prejudicar a outra parte, com algum dano psicológico como o fardo da culpa da prisão de seu "amante".

4. RELATIVIZAÇÃO E A TEORIA DO ROMEU E JULIETA

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA traz os direitos e deveres dos pais, parentes e terceiros referente ao trato com as crianças e adolescentes, e aos menores de 18 anos, prevendo assim condutas criminosas que podem ser realizadas contra eles e as punições. No artigo 2°, ECA: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".

Em razão deste artigo houve uma divergência quanto ao artigo 217-A, Código Penal que traz a figura do menor com a idade de quatorze anos, e com essa divergência entre as duas legislações vale discutir sobre a liberdade sexual assumida pela criança e pelo adolescente.

Conforme Guilherme de Souza Nucci[29]:

> O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.

O autor demonstra que a vulnerabilidade absoluta que está presente no Código Penal Brasileiro está divergente do que consta no ECA e que deveria ser considerado ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento para ter relações sexuais e levar em consideração a vulnerabilidade relativa.

Em contrapartida por mais que o autor acima afirma que o legislador é incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos sexuais e que deveria ser a liberdade e a dignidade sexuais objetos jurídicos protegidos pelo artigo 217-A, Código Penal, não há o que se falar de uma liberdade sexual

diante da figura de vulnerabilidade absoluta que atualmente hoje é majoritária, mas somente em dignidade.

Apesar que o mundo tenha mudado e os jovens estejam descobrindo a vida sexual precoce, e de muita das vezes o menor ter uma vasta experiência sexual o mesmo não possui domínio total sobre o seu corpo e o seu consentimento é considerado inválido. O intuito do legislador é proteger e guardar os direitos do menor, tentando evitar ou minimizar os danos que podem ser causados em eventuais relações precipitadas.

Consoante a isso a obra "Romeu e Julieta" de William Shakespeare tornou-se uma inspiração para a criação da Teoria do Romeu e Julieta que é uma exceção referente ao artigo 217-A do Código Penal. É defendida nesta teoria a presunção de violência quando os "amantes" são jovens e estão descobrindo a sexualidade, é uma relativização sobre o caráter absoluto da vulnerabilidade que atualmente é o entendimento majoritário.

4.2. DAS JURISPRUDÊNCIAS FAVORÁVEIS DE ACORDO COM A TEORIA ROMEU E JULIETA

A teoria Romeu e Julieta consiste em não reconhecer a presunção de violência, uma vez que se for aplicar o direito Brasileiro na obra mencionada será considerado estupro conforme o artigo 217-A do Código Penal[30].

Portanto, a teoria é para fazer com que seja considerado uma vulnerabilidade relativa quando houver essa diferença de idade entre os indivíduos seja igual ou inferior a cinco anos. A aplicação dessa exceção visa corrigir injustiças legais que ao invés de proteger os adolescentes terminam por criminalizá-las.

Em consonância a isto, no Brasil alguns Tribunais Estaduais vêm aplicando esta teoria para relativizar a situação de pessoas entre idades próximas, como por exemplo o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que entendeu que a conduta dos jovens deveria ser relativizada em razão da proximidade etária.

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DIREITO COMPARADO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. EXCEÇÃO ROMEU E
>
> JULIETA (ROMEO AND JULIET LAW). ABSOLVIÇÃO. Na esteira do direito comparado, o direito brasileiro deve adotar orientação semelhante, de que não existe crime para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes e tratar-se a hipótese de atos sexuais cometidos entre adolescentes/jovens, com idades próximas, de livre e espontânea vontade, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico (art. 386, inciso VI, Código Processual Penal). APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.[31]

Consoante a esta decisão o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na apelação criminal que tratava sobre uma ofendida com doze anos de idade que houve a plena concordância da vítima, durante oito meses de namoro e que demonstrava a sua maturidade biopsicossocial superior a idade, tendo assim uma atipicidade material.

> Apelação criminal. ESTUPRO DE VULNERAVEL. CONSENTIMENTO DA VITIMA. PRESUNCAO RELATIVA DE VIOLENCIA EM FACE DE IDADE(admite a prova em contrário). Ofendida com 12 anos de idade. Prática sexual com a plena concordância da pretensa vítima, durante oito meses de namoro. Laudo psicológico e prova oral produzida, coerente e segura, quanto à conduta do acusado, o consentimento da vítima e sua maturidade biopsicossocial superior a idade cronológica. Atipicidade material. Atualmente há jovens que apresentam discernimento a respeito do ato sexual – afasta a presunção de vulnerabilidade – caráter relativo da presunção a ser verificado na hipótese. Provimento do recurso para absolver o réu.[32]

As decisões apresentadas demonstram a necessidade de o aplicador do direito relativizar a vulnerabilidade da vítima, dependendo do caso concreto, levando sempre em consideração a idade e a possibilidade de equilíbrio de poder para determinar se o consentimento será válido ou não.

4.3. DAS JURISPRUDÊNCIAS DESFAVORÁVEIS A RELATIVIZAÇÃO DE ACORDO COM A TEORIA DO ROMEU E JULIETA

Conforme demonstrado no artigo acima a criança e o adolescente dentro do Código Penal com idade inferior a quatorze anos, são menores, consequentemente imaturas, e esta legislação protege contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce para evitar ou minimizar ao máximo os danos que podem ser causados, portanto o STJ fixou na Súmula 593:

> O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Esta Súmula afastou a possibilidade de relativização a partir do eventual consentimento da vítima e desqualificou para fins de consumação do delito a experiência sexual anterior ou relacionamento amoroso, não cabendo mais a exceção de Romeu e Julieta.

Vale destacar algumas jurisprudências que estão de acordo com esta decisão do STJ, sendo uma decisão em agravo regimental do STF em que foi decidido a irrelevância tipificação do delito ou consentimento ou a compleição física da vítima.

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ART.213 C/C ART. 224, A, DO CP, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência
>
> majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter absoluto da presunção de violência no crime de estupro contra a vítima de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, a, do CP, com a redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima. Precedentes.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.[33]

Assim como esta, o Tribunal de Justiça do Amapá decidiu com base nos termos da Súmula 593, STJ negar a apelação criminal em que condenou o apelante a oito anos de reclusão em regime semiaberto, por praticar conjunção carnal com uma menor de idade treze anos de idade, incorrendo o delito de estupro.

> PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO
>
> ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. 1) Nos termos da Súmula 593, STJ, o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática libidinosa com menor de quatorze anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente; 2) Diante da prova inconteste de autoria e materialidade do delito de estupro de vulnerável, é inexorável a manutenção da sentença condenatória;
>
> 3) Apelo desprovido.[34]

Ocorreu também no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo em que o réu foi condenado a nove anos e quatro meses de reclusão em regime inicial fechado uma vez que foi comprovado a prática de relações sexuais com menor de treze anos de idade não havendo assim o que se falar em absolvição.

> PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. EXCESSO. INEXISTENCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Comprovada a pratica de relações sexuais entre o réu e a vítima, menor com treze anos de idade (o que é admitido por ambos tanto na esfera policial quanto na judicial), não há que se falar em absolvição. Presunção absoluta de violência, com a ressalva do posicionamento do relator. 2. Fixada a pena no mínimo legal e não sendo possível, nesse ponto, atingir-se situação mais vantajosa, há ausência de interesse.[35]

Nesse mesmo sentido houve um recurso de embargos infringentes ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais opostos pela defesa do réu que foi recusado uma vez que também foi comprovado a ocorrência e a autoria dos fatos, configurando a tipicidade penal, sendo inviável a relativização.

> EMBARGOS INFRINGENTES – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILDIADE DA V´TIMA – NÃO CABIMENTO – TIPICIDADE CONFIGURADA – A tipicidade da conduta descrita no artigo 217- A do Código Penal prescinde da elementar violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de quatorze anos, sendo irrelevante seu eventual consentimento ou a sua experiência sexual anterior para caracterização do referido tipo penal. V. v. Inexistente situação a configurar vulnerabilidade e ofensa à liberdade/dignidade sexual da vítima, não atraindo o interesse do Direito Penal, a absolvição por atipicidade da conduta é medida que se impõe.[36]

Em suma é importante destacar que o Estado deve buscar proteger a dignidade sexual do ser humano, no caso do menor considerado vulnerável, uma vez que há pessoas sem capacidade para entender ou consentir qualquer ação ligada ao sexo, independentemente se o sujeito tenha uma vida sexual ativa ou consentido.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo abordou os direitos fundamentais, os princípios constitucionais, a evolução histórica e a presunção da vulnerabilidade acerca do tema, que por sua vez é de grande relevância. Esses direitos fundamentais são os essenciais ao indivíduo positivados na Constituição Federal que acerca do tema garante a este indivíduo o direito ao respeito, intimidade sexual e livre exercício da sexualidade.

Na Constituição Federal encontram-se os princípios que acima foram mencionados, sendo um a base de todos eles para se entender os crimes contra a dignidade sexual, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é garantir ao ser humano o mínimo existencial.

Consoante a isso a Lei 12.015/2009 mostrou a nova perspectiva do legislador ao interpretar os crimes contra a dignidade sexual, levando em consideração esses princípios, afirmando que o bem jurídico a ser tutelado será essa dignidade, a liberdade, integridade e proteção sexual do indivíduo. O crime de estupro de vulnerável que o legislador inseriu com esta lei afeta diretamente a liberdade sexual, pois visa a proteção do vulnerável e resguardar os direitos deste, tentando minimizar os danos que possam ser causados em eventuais relações precipitadas.

Em virtude disso o artigo trouxe a Teoria Romeu e Julieta que nada mais é que uma relativização para o artigo 217-A, Código Penal, para que seja considerado uma vulnerabilidade relativa quando houver uma diferença de idade que seja igual ou inferior a cinco anos, visando corrigir injustiças legais, sem considerar a idade e a possibilidade de equilíbrio de poder para determinar se esse consentimento do vulnerável é válido ou não.

Ocorre que é importante criticarmos a mencionada relativização, pois confronta com outras normas previstas em nosso ordenamento jurídico e não traz a garantia total de que o vulnerável está tendo sua dignidade sexual protegida pelo Estado. Nesse mesmo sentido podemos citar a Súmula 593 do STJ que anula a existência dessa relativização, sob o argumento de que é irrelevante o consentimento para o ato.

Entrando nesse contexto podemos exemplificar que existem uma série de fatores que corroboram para que essa relativização seja inexistente, dentre eles o fato de o menor, mesmo mantendo uma relação amorosa, ser coagido para ter sua dignidade sexual violada. Sendo assim, o simples consentimento não vale de garantia quando existem normas, legislações e fatores que demonstram que a idade por si só já invalida a relativização.

6. REFERÊNCIA

[6,8]ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de Direito Penal. 12ª Ed, Saraiva.2018.

[25]ALVES, Thays Cristine Cardoso. Análise do Crime de Estupro de Vulnerável. Disponível em: <

http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/791>. Acessado em: 12 de out. de 2021.

[31]BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás. APR: 03471174020138090095, Relator: WILLIAN SILVA, DES. LEANDRO CRISPIM, Data de Julgamento: 02/05/2017, 2A CAMARA

CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2316 de 27/07/2017. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485225885/apelacao-criminal-apr-3471174020138090095>. Acesso em 26 de out. de 2021.

[32]BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL: 00040039420118190070, Relator: WILLIAN SILVA, DES. LEANDRO CRISPIM, Relator: KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT, Data de Julgamento: 19/02/2013, PRIMEIRA CÂMARA

CRIMINAL, Data de Publicação: 04/04/2013. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/385390590/apelacao-apl-40039420118190070-rio-de- janeiro-sao-francisco-do-itabapoana-vara-unica>. Acesso em 26 de out. de 2021.

[34]BRASIL, Tribunal de Justiça do Amapá. APL: 00006521120188030007 AP, Relator: Desembargadora SUELI PEREIRA PINI, Data de Julgamento: 01/07/2021, Tribunal. Disponível em: <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1244547910/apelacao-apl- 6521120188030007-ap/inteiro-teor-1244547928>. Acesso em 26 de out. de 2021.

[33]BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC: 97664, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 08/10/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 divulg 18-10-2013 PUBLIC 21-10-2013. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274544/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-97664-df-stf/inteiro-teor-111961600>. Acesso em 26 de out. de 2021.

[36]BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Emb. Infring e de Nulidade: 1070218105555002, Relator: Maurício Pinto Ferreira, Data de Julgamento: 12/08/2021, Câmaras Criminais / 8ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 17/08/2021. Disponível em:

<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1264605017/emb-infring-e-de-nulidade-10702181055550002-uberlandia/inteiro-teor-1264605224>. Acesso em: 26 de out. de 2021.

[35]BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo. APL: 00024489020118080056, Relator: WILLIAN SILVA, Data de Julgamento: 10/05/2017, PRIMEIRA CÂMARA.

[20] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal comentado. 10° Ed, Saraiva.2019.

[18]CASTRO, Leonardo. Legislação comentada - arts. 218 e 218-a do CP. Disponível em:

<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943505/legislacao-comentada-arts-218-e-218-a-do-cp>.Acessado em 12 de out. de 2021.

CRIMINAL, Data de Publicação: 19/05/2017. Disponível em:

<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/463999209/apelacao-apl24489020118080056/inteiro-teor- 463999212>. Acesso em 26 de out. de 2021.

[13]CAVICHIOLI, Anderson. Lei n. 12015/2009: as consequências jurídicas da nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro. Disponível em:

<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/lei-n.-12015-2009-as-consequencias-juridicas-da-nova-redacao-do-artigo-213-do-codigo-penal-brasileiro>. Acesso em: 05 de out. de 2021.

CÔRREA, Fabricio da Mata. O casamento como Causa Extintiva de Punibilidade para os Crimes de Estupro. Disponível em:

<https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941324/o-casamento-como-causa-extintiva- de-punibilidade-para-os-crimes-de-estupro>. Acesso em: 01 de set. de 2021.

[2,12]DA SILVA, Juli Evellyn Martins. Questões de Gênero, Violência Contra a Mulher e a Tutela Penal à Dignidade Sexual: Considerações A Partir das Leis 13.718/18 E 13.772/18. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/6862>. Acesso em: 13 de out. de 2021.

DE OLIVEIRA, Laís Alves. Os princípios constitucionais relacionados aos crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50542/os-principios- constitucionais-relacionados-aos-crimes-contra-a-dignidade-sexual>. Acesso em: 01 de set. de 2021.

[23,26,27]DE MACÊDO, Priscila Lopes. Análise do Artigo 217-A do Código Penal: Existe Vulnerabilidade Relativa? Disponível em:

<https://monografias.faculdadebaianadedireito.com.br/tcc/analise-do-artigo-217-a-do-codigo-penal-existe-vulnerabilidade-relativa>. Acesso em: 14 de out. de 2021.

DE OLIVEIRA, Ana Gabriela Sousa. Relativização da vulnerabilidade em razão da idade no estupro de vulnerável. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40932/relativizacao-da- vulnerabilidade-em-razao-da-idade-no-estupro-de-vulneravel>. Acesso em: 14 de out. de 2021.

DIAS, Raquel Carvalho. Violência Sexual Contra Mulheres. Disponível em:

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1748>. Acesso em: 05 de out. de 2021.

ESTEFAM, André e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Parte Especial. 11ª Ed, Saraiva.2021.

[3,7,9]FAVORETTO, Affonso Celso. Estupro contra vulnerável: uma análise à luz dos princípios constitucionais e do sistema penal. Disponível em: < https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5619#preview-link0>. Acesso em: 01 de set. de 2021.

FIGUEIREDO, Stephanie. O que um advogado precisa saber sobre direitos fundamentais. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/direitos-fundamentais/>. Acesso em: 13 de out. de 2021.

[30]FURTADO, Mágila Martins. Ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável: análise sobre a presunção de vulnerabilidade da vítima e a possibilidade de sua relativização. Disponível em: <https://rosario.ufma.br/jspui/handle/123456789/2580>. Acesso em: 13 de out. de 2021.

[16,17]GILABERTE, Bruno. Crimes Contra a Dignidade Sexual. 2ª Ed, Freitas Bastos.2020.

[1]LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 24° Ed, Saraiva.2020.

HADDAD, Emmanuel Gustavo. O costume como parâmetro da aplicação da justiça e da criação da lei. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-37/o-costume- como-parametro-da-aplicacao-da-justica-e-da-criacao-da-lei/>. Acesso em: 01 de set. de 2021.

MENDONÇA, Ane Munike Santos e TEOFILO, Carlos Teixeira. A evolução legislativa do combate aos crimes sexuais contra a mulher. Disponível em:

<http://repositorio.unifametro.edu.br/jspui/handle/123456789/207>. Acesso em: 05 de out. de 2021.

[22]MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. O Estupro e suas particularidades na legislação atual. Disponível

em: <https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942479/o-estupro-e-suas- particularidades-na-legislacaoatual>.

Acessado em: 12 de out. de 2021.

[11]MOREIRA, Marailze Santos. A legislação Brasileira e a tutela da dignidade sexual.

Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/6038>. Acesso em: 01 de set. de 2021.

[4,10,14,15,19]NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 4ª Ed, Forense.2015.

[5,24,29]NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 16ª Ed, Forense.2020.

[21]PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. Delito de Estupro: Uma (re) leitura tipológica.Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/327781102_Delito_de_Estupro_uma_re_leitura_tipologica_Contribuicao_a_reflexao_juridico-penal>. Acesso em: 05 de out. de 2021.

PEREIRA, Danilo Medeiros e DOS SANTOS, Gabriela Munhoz. O uso do ativismo judicial quanto à presunção de vulnerabilidade ante a divergência do Estatuto da criança e do Adolescente e do Código Penal. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-125/o-uso-do-ativismo-judicial-quanto-a-presuncao-de-vulnerabilidade-ante-a-divergencia-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-e-do-codigo-penal/>. Acesso em: 13 de out. de 2021.

PORTINHO, João Pedro de Carvalho. História, desenvolvimento e violência: análise dos crimes contra a liberdade sexual para uma melhor saída humanitária. Disponível em:

<https://www.carvalhoportinhoadvogados.com.br/blog/historia-desenvolvimento-e-violencia-analise-dos-crimes-contra-a-liberdade-sexual-para-uma-melhor-saida-humanitaria>. Acesso em: 01 de set. de 2021.

SANTOS, Franklyn Milton Pereira. Estupro de vulnerável e a ineficácia da pena. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1698>. Acesso em: 05 de out. de 2021.

SANTOS, Italo Barros. O crime de estupro e a sua evolução no sistema jurídico-penal. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-estupro-e-a- sua-evolucao-no-sistema-juridico-penal/>. Acesso em: 01 de set. de 2021.

[28]Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>.

Acessado em: 26 de out. de 2021.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto e TAQUARY, Isadora Orbage de Britto. Pedofilia e Estupro de Vulnerável: O Conflito Aparente de Leis Entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal. Disponível em:

<https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/4902>. Acesso em: 13 de out. de 2021.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em:

<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1264605017/emb-infring-e-de-nulidade-10702181055550002-uberlandia/inteiro-teor-1264605224>. Acesso em: 14 de out. de 2021.

VIANA, Joyce. Direito penal: Princípio da Legalidade e Anterioridade. Disponível em:<https://noticiasconcursos.com.br/direito-penal-principio-da-legalidade-e-anterioridade/>. Acesso em: 01 de set. de 2021.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD): A "DES" NECESSIDADE DE CONSTITUIR DEFENSOR TÉCNICO E OS RITOS PROCESSUAIS

Resumo: O presente artigo, visa evidenciar a constituição de defesa técnica (Advogado) em Processo Administrativo Disciplinar (PAD), bem como, a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Será apresentado por meio de embasamento cientifico a importância da constituição de advogado e o agravo no desrespeito dos preceitos legais e garantias fundamentais do servidor público. Nesse aspecto, há necessidade de constituir defensor técnico em um Processo Administrativo Disciplinar, relacionando os princípios constitucionais previstos na CF 1988, bem como, os ritos procedimentais, conforme normas técnicas e legislações infraconstitucionais? O estudo adotará através de pesquisas bibliográficas e artigos científicos, a percepção sobre a defesa técnica em Processos Administrativos Disciplinares, bem como, o entendimento pacificado sobre a temática, em especial, Súmula Vinculante nº 05, visando exibir as medidas administrativas que são adotadas na administração pública em relação aos PAD's, buscando a conscientização do leitor sobre tal procedimento, bem como, a utilização de estudos científicos, resumos, doutrinas e jurisprudências a fim de pormenorizar o tema. Dessa forma, serão demonstrados os efeitos jurídicos e as consequências da não constituição de defesa técnica nos Processos Administrativos Disciplinares.

Palavras chaves: Advogado. Ampla defesa. Defesa Técnica. Legalidade. PAD.

1. INTRODUÇÃO

O respectivo artigo, busca evidenciar a importância de constituir defensor técnico (Advogado) durante um Processo Administrativo Disciplinar, assegurando o respeito as garantias fundamentais constitucionais e supralegais. É necessário intentar que o PAD é um processo no âmbito do direito, sendo definido como uma relação jurídica integrada por algumas pessoas, que nela exercem várias atividades direcionadas para determinado fim. (CARVALHO, 2015, p. 1005)

Cabe destacar que no âmbito jurídico, o processo judicial possui determinadas características que se diferem das características de um processo administrativo, em especial, as partes envolvidas, que neste caso, é bilateral, bem como, os ritos processuais, além, do foco, que é análise em relação a prática de determinado ato administrativo cometido por uma das partes no âmbito da administração pública.

Assim, cada um dos elementos acima descritos, constituem o processo, mas estão diretamente ligados a determinados princípios, sejam próprios ou específicos, de acordo com a fase e a função do processo, porém, todos eles obedecem aos princípios da competência, da formalidade, predominância do interesse público sobre o particular. (DI PIETRO, 2018, p. 861)

Hely Lopes enfatiza que os processos administrativos se sujeitam a princípios universais e consagrados pela Lei 9.784/99, desenvolvem-se por fases autônomas e diversificam em modalidades adequadas a consecução de seus objetivos. (MEIRELLES, 2016, p. 821)

Contudo, verifica-se que o Processo Administrativo Disciplinar, trata-se de uma das modalidades, em que é possível verificar, a apuração de determinado ato/fato, realizado por um servidor público, cabendo a observância nas fases do processo como: Instauração, Instrução,Defesa, Relatório e Decisão, ambas, ligadas e correlacionadas aos princípios que regem a administração pública, em especial, o princípio do devido processo legal e o da ampla defesa e contraditório, o que está relacionado diretamente à necessidade de constituição ou não de defensor técnico (Advogado).

Destaca-se que é entendimento do STF, em relação a defesa técnica do envolvido, em qualquer caso, conforme estabelecido pela Súmula Vinculante 5, do STF, a falta de defesa técnica por advogado no PAD não ofende a Constituição.

Será a partir de tal entendimento, que o presente artigo, abordará de forma pormenorizada, os princípios ligados diretamente a um Processo Administrativo Disciplinar, bem como, aprofundarão

sobre o fato de não constituir defensor técnico durante o PAD e se realmente não ofende a Constituição e garantias fundamentais.

Dessa forma, qual a importância de constituir defesa técnica (advogado) em um Processo Administrativo disciplinar, relacionando os princípios constitucionais, bem como, os ritos procedimentais conforme normas técnicas contidas em legislações infraconstitucionais?

Neste contexto, o presente artigo de trabalho, tem como objetivo geral, compreender os ritos processuais e os princípios que se encontram elencados no PAD, em razão da não necessidade de constituir defesa técnica, em observância ao entendimento jurisdicional(Sumula Vinculante nº 05), além, das observações legais necessárias a fim de garantir a legalidade, contraditório e ampla defesa do servidor.

Nesse prospecto, o presente trabalho limita-se ainda, a apresentar medidas administrativas como o PAD, que é característico e frequente junto a administração pública. Além disso, o presente artigo, possui o cerne de exibir que o ente público não está livre de observar os preceitos constitucionais legais.

Este trabalho está sendo realizado através de estudo exploratório bibliográfico, através de fontes como, estudos cientificados, pesquisas, resumos, doutrinas e jurisprudências, tendo como método de análise, abordagem dedutiva.

Verifica-se que em um primeiro momento, será abordado os conceitos acerca do que é o Processo Administrativo Disciplinar, os diversos conceitos e entendimentos a respeito da temática, bem como, o porquê de se utilizar o PAD como medida no âmbito da administração pública.

Em um segundo momento, será destacado a importância e a garantia do respeito ao princípio do devido processo legal, bem como, o princípio do contraditório e ampla defesa, e como é obtido tais garantias constitucionais nas fases processuais em um PAD.

No final, a terceira seção, abordará sobre a Sumula Vinculante nº 05, a qual prevê a não necessidade de Advogado em um PAD, desde que respeitado as fases processuais e a não ofensa à Constituição em razão de não constituir defesa técnica.

2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Inicialmente o Processo Administrativo Disciplinar (PAD), trata-se de um instrumento imparcial, que visa apurar e punir, cometimentos de infrações ou ações dos seus agentes públicos, ou aqueles

vinculados ao regime funcional da administração pública, com caráter disciplinar. (MEIRELLES, 2016, p. 829)

Antes de pormenorizar o Processo Administrativo Disciplinar, necessita-se inicialmente entender o processo e quais são as fases de um processo administrativo disciplinar, mediante procedimentos que visam dar lisura a todo certame.

José Cretella Junior afirma que: "O vocábulo processo prende-se, pela etimologia, à forma latina 'processu(m)', palavra que pertence à mesma raiz do verbo 'procedere': caminhar para diante, marchar para frente, avançar, progredir. O significado exato do termo é, pois, 'marcha para diante, avanço, progresso, desenvolvimento. " (CRETELLA, 2000, p. 439)

De outra parte, conceitua-se o processo administrativo latu sensu como: "O conjunto de atos e formalidades que, antecedendo e preparando o ato administrativo, permite que o Estado atinja seus fins, concretizando a vontade da Administração, quer expressa espontaneamente, quer por provocação do particular ou do funcionário lesados em seus direitos." (Ibid., pag. 445)

Segundo Carvalho:

> [...] Como indica a própria expressão, têm eles como objetivo a averiguação de situações irregulares ou ilegais na Administração e, quando elas se positivam, ensejam também a aplicação de penalidades. O objeto punitivo pode ser *interno*, quando a apuração tem pertinência com a relação funcional entre o Estado e o servidor público, e *externo*, quando a verificação tem em mira a relação entre o Estado e os administrados em geral. (CARVALHO, 2014, p. 1011).

Neste contexto é de fundamental relevância determinar que o sentido e fundamento do processo administrativo disciplinar é a apuração de infrações praticas no âmbito da administração pública, conforme colaciona a Lei nº 8112/90, art. 148 e ss., in verbis:

> art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Veja que os posicionamentos doutrinários, expressam no corpo do texto, palavras que culminar averiguação de infrações, irregularidades, ilegalidades, as quais, foram cometidas através de seus agentes atuadores (agentes públicos), os quais, cometeram no âmbito do desempenho de suas atribuições legais, ações em desconformidade com a legislação vigente.

A fim de pormenorizar o assunto, é necessário esclarecer a divisão de poderes na República do Brasil, sendo classificada como: Poder Legislativo, Poder Judiciário e o Poder Executivo. Em cada poder

supramencionado, existe uma atribuição constitucional, sendo que, em ambos os órgãos representativos de cada poder, é utilizado mecanismos de averiguação e determinação de possíveis irregularidades cometidas por agente público, sendo o PAD, o principal instrumento.

A utilização do Processo Administrativo Disciplinar, como forma de apuração de irregularidade no âmbito do seu exercício funcional de agente público, necessita de que o respectivo mecanismo esteja previamente estipulado em normativa jurídica, e que em muitas vezes, a mesma estará positivada nos Estatutos dos Servidores Públicos, os quais regem e especificam as normas legais de determinado ente público, garantindo sua eficiência e transparência.

Carvalho Filho discrimina:

> [...] processo disciplinar se regula por bases normativas diversas. Incide para esse tipo de processo o princípio da disciplina reguladora difusa, e isso porque suas regras, a tramitação, a competência, os prazos e as sanções se encontram nos estatutos funcionais das diversas pessoas federativas. Contrariamente sucede nos processos judiciais, sujeitos à disciplina reguladora concentrada, porque todo o sistema básico se situa num só diploma legal e apenas os ritos especiais se alojam em leis especiais. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1023)

Mas a final, qual o intuito de um Processo Administrativo Disciplinar? Hely Lopes Meirelles, define:

> Processo Administrativo Disciplinar/PAD - Processo Administrativo Disciplinar, também chamado impropriamente inquérito administrativo, é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. Tal processo baseia- se na supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam a seus serviços ou atividades, definitiva ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina. É um processo punitivo, mas com tais peculiaridades e tanta frequência na prática administrativa que merece destaque dentre seus congêneres, mesmo porque os estatutos dos servidores públicos geralmente regulamentam a sua tramitação para cada órgão ou entidade estatal interessada. (MEIRELLES, 2016, p. 830).

Por se tratar de um instrumento que detém diversas formalidades, conforme muito bem elucidado por Hely Lopes, são diversos os entendimentos doutrinários a respeito dos Processos Administrativos Disciplinas, principalmente no que se refere ao grau da infração, conforme conceitua por exemplo, Gasparini: “o processo serve tanto para as faltas graves como para as leves, pois que é preciso considerar que a apuração é que vai levar à conclusão sobre a maior ou menor gravidade da falta. ” (GASPARINI, 2002, p. 810.)

Ao analisar o texto constitucional, verifica-se que no art. 41, § 1º, I e II, da CF, o servidor poderá perder o cargo mediante sentença judicial ou processo administrativo com ampla defesa.

Assim, é necessário que dentro do PAD, seja vinculado diversos princípios, os quais, ganharão destaque no próximo capítulo, mas, de qualquer forma, a observância de tais princípios será de suma importância para a validade dos atos produzidos em decorrência do PAD, como por exemplo, o princípio da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, da CF).

È importante ainda ressaltar, o entendimento sobre a Sindicância, e sua diferença entre o PAD. Enquanto a sindicância visa somente apurar a ação ilícita cometida pelo agente, o PAD busca apurar e punir o ato lesivo, podendo o Processo de Sindicância, fazer parte do Processo Administrativo Disciplinar.

José do Santos Carvalho Filho, especifica bem sobre a temática:

> Outro aspecto que, desde já, merece observação, principalmente em virtude da funda confusão que costuma ser feita, é o de que a sindicância também é um processo administrativo, como tantos outros que tramitam pela Administração. Desse modo, pode haver dois processos administrativos interligados – a sindicância e o processo disciplinar principal. A despeito de terem a mesma natureza, é simples apontar a distinção fundamental: enquanto a sindicância é processo administrativo preparatório, inquisitório e tem por objeto uma apuração preliminar, o processo disciplinar principal é definitivo, contraditório e tem por objeto a apuração principal e, quando for o caso, a aplicação de sanção. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1024)

De qualquer forma, define-se que o Processo Administrativo Disciplinar (PAD), visa a apuração e punição perante ação de agente público em razão de desrespeitos aos preceitos legais durante o cumprimento de sua atividade laboral no âmbito da administração pública, conforme ensina, Carvalho Filho:

> Processo disciplinar principal, ou simplesmente processo disciplinar, é todo aquele que tenha por objeto a apuração de ilícito funcional e, quando for o caso, a aplicação da respectiva sanção, seja qual for a expressão adotada para denominá-lo.
>
> É este o processo administrativo litigioso, acusatório e definitivo que exige a incidência do princípio da ampla defesa e do contraditório, e o do devido processo legal. Este, e somente este, é que, ao seu final, permite ao administrador aplicar a penalidade adequada quando tiver sido efetivamente verificada a ocorrência de infração funcional. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1027)

Ainda assim, instaurado processo de Sindicância, será o Processo Administrativo Disciplinar, que determinará as fases e procedimentos, bem como, a determinação final, qual seja, a punição ou não do agente.

Como já demonstrado, o PAD, possui característica única, cabendo apenas, o respeito aos procedimentos necessários e a norma legislativa reguladora do respectivo ente, podendo, em muitas

vezes, aliás, a instauração do PAD sem que houvesse um processo de sindicância, desde que, já constado em lei, o ato devidamente tipificado, como nos ensina Carvalho Filho:

> O processo disciplinar principal é autônomo e terá inteira legitimidade se observar as regras reguladoras. Por isso, não depende do processamento de sindicância prévia como condição para sua instauração. Tal condição só se afigura admissível se a lei disciplinadora do processo expressamente o exigir, o que é raro de ocorrer. Caso a autoridade já tenha elementos suficientes para realizar o processo principal, dispensável, no silêncio da lei, será a instauração de prévia sindicância. O STJ, aliás, já firmou o correto entendimento de que, "contando com os elementos concretos mais do que suficientes para a instauração do processo administrativo, dispensável era a utilização da sindicância. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1027)

Dessa forma, como visto, os procedimentos e princípios em um PAD, são de fundamental importância, bem como, pressupostos de legalidade para validar os atos decorrentes do Procedimento Administrativo Disciplinar, os quais, serão objetos de estudo, nos próximos capítulos.

Dessa forma, como visto, os procedimentos e princípios em um PAD, são de fundamental importância, bem como, pressupostos de legalidade para validar os atos decorrentes do Procedimento Administrativo Disciplinar, os quais, serão objetos de estudo, nos próximos capítulos.

3. IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO E OS RITOS PROCESSUAIS

Para que seja possível adentrar sobre a temática do PAD, inicialmente, verifica-se os pressupostos legais e constitucionais que evidenciam as garantias fundamentais e individuais, como, conceito e determinação à fundamentação legal constitucional, qual seja, direito à vida, à liberdade, à igualdade, segurança, entre outros.

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988, tratou dessas garantias, mediante a estruturação administrativa pública, por intermédio do Poderes Legislativos, Judiciário e Executivo, bem como, com a regulamentação dos direitos individuais, das garantias sociais e econômicas, cidadania, de forma positivada, como se verifica em seu texto constitucional:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania; II - a cidadania
>
> III - a dignidade da pessoa humana; (...)

> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
>
> (...)
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo- se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
>
> (...)
>
> XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
>
> (...)
>
> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
>
> (...)
>
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
>
> (...)
>
> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Percebe-se que a Constituição de 1988, evidenciou a proteção de direitos individuais, elevados no âmbito das garantias fundamentais, destacando em seu texto, a necessidade de previsão legal e a possibilidade de defesa e contraditório, entendendo que todo processo jurisdicional se baseia nas previsões legais, permitindo dentre elas, a garantia de oportunidade para valer-se de defesa e apresentar suas razões.

Nesta senda, Grinover, conceitua:

> [...] Entre os princípios fundamentais da organização judiciária enquadram-se as normas constitucionais sobre os órgãos jurisdicionais, sua competência e suas garantias, os princípios fundamentais do processo, no plano constitucional, englobam o direito de ação e de defesa e outros postulados que deste decorrem: o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, os poderes e deveres do juiz e das partes, a assistência judiciária, etc. A jurisdição constitucional, por sua vez, compreende o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração em jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais (habeas corpus, mandado de segurança, ação popular)" (GRINOVER, 1973. p. 2).

Como elucidado, as garantias fundamentais, encontram-se baseadas constitucionalmente em diversos princípios, dentre elas, o direito ao devido processo legal, o qual, é necessário que tenha respectiva lei que à expresse, bem como, o princípio da ampla defesa e contraditório, visando assim, garantir os direitos fundamentais do indivíduo.

A fim de maior clareza, é necessário entender que o Princípio da legalidade, expresso em nossa Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, inciso II, XV, XXXIX, LIV, art. 37, dentre outros), visa garantir em todos as esferas, dentre elas, esfera administrativa, que, ninguém poderá ter direito restringido, senão, daquele que decorra de lei.

Hely Lopes Meirelles nos ensina:

> Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim. As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. (MEIRELLES, 2016, p. 93).

Maria Sylvia Zanella, define que:

> Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. (DI PIETRO, 2018, p. 132).

Ao analisar os ensinamentos acima, percebe-se que a legalidade, na ordem da administração pública, é estritamente em caráter daquilo que a legislação permite, bem como, seus próprios procedimentos e processos, em razão da aplicabilidade do Processo Administrativo Disciplinar, não havendo assim, mera liberalidade na aplicação da sua vontade do agente, mas, no dever fazer daquilo constituído no diploma legal, garantindo a possibilidade das partes, de se manifestarem e apresentarem defesa do objeto em questão.

Pois bem, não resta dúvidas sobre o que é necessário no âmbito da administração pública, para a garantia e respeito ao Princípio da Legalidade. Nesse condão, evidencia-se ainda, que, para ocorrer tal garantia, os processos administrativos, em especial, os PAD's, baseiam-se no respeito ao devido processo legal, previsto em nossa CF/88 no art. 5º inciso XXXV, in verbis:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo- se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

De qualquer forma, ressalta-se que no mesmo artigo da CF/88, artigo 5º, incisos LIV e LV, é definido a aplicabilidade do devido processo legal, mesmo que em âmbito administrativo, evidenciando a tutela jurisdicional constitucional e seus princípios norteadores.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo- se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Percebe-se que, no nosso instituto constitucional, o Devido Processo Legal é abrangido não só em caráter do Poder Judiciário, mas também, na esfera administrativa, justamente com intuito de respeitar procedimentos realizados pela administração pública, em especial, nos Processos Administrativos Disciplinares, os quais, abrangem procedimentos como: citação, que é o direito a uma avaliação imparcial, defesa técnica, direito ao contraditório e ampla defesa.

Evidenciar-se que as garantias dos procedimentos, possuem validade de pressupostos de legalidade e de fidedignidade nas ações realizadas pela administração pública, em especial, no Processo Administrativo Disciplinar, uma vez que, viciado em relação ao não cumprimento dos respectivos procedimentos, os quais, garantem o direito as partes, caracterizará maculado de irregularidades, tornando-o passível de anulação, bem como, anulação dos atos e decisões produzidos a partir do respectivo procedimento, seja pela sua falta, ou, pela forma que se deu.

Segundo Fernandes, a noção de devido processo legal, então, deve abarcar não apenas o princípio do contraditório, como ainda outros princípios: ampla defesa, direito ao recurso, juízo natural, direito ao advogado, entre outros. Por isso mesmo, Andolina e Vignera observam que os princípios processuais uma vez consagrados nos textos das Constituições contemporâneas – a Constituição de 1988 não é uma exceção, vide o art. 5º, LIV – traçam um esquema geral de processo. (FERNANDES, 2011, p. 348).

Sarlet esclarece:

> O direito de defesa – com os meios e recursos a ela inerentes – grava todo e qualquer processo. Jurisdicional ou não, estatal ou não, o direito de defesa se impõe como núcleo duro que contribui para a legitimação da imposição da tutela jurisdicional ao demandado.
>
> O direito ao contraditório rege todo e qualquer processo: pouco importa se jurisdicional ou não. A Constituição é expressa, aliás, em reconhecer a necessidade de contraditório no processo administrativo. Existindo possibilidade de advir para alguém decisão desfavorável, que afete negativamente sua esfera jurídica, o contraditório é direito que se impõe, sob pena de solapado da parte seu direito ao processo justo: desde o processo penal até o processo que visa ao julgamento de contas por prefeito municipal ou àquele que visa à imposição de sanção disciplinar a parlamentar, todo processo deve ser realizado em contraditório, sob pena de nulidade. Não há processo sem contraditório. (SARLET, 2019, p. 1083)

A fim de aprofundar mais sobre a temática, Hely Lopes Meirelles, ensina:

> Regula, assim, na esfera infraconstitucional o cumprimento do disposto na CF, em especial no seu art. 5º, LV, que assegura "aos litigantes, em processo (...) administrativo", "o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Ao falar em "litigantes", ao lado dos "acusados", a atual Carta Magna acabou por jurisdicionalizar o processo administrativo. Sem dúvida, em relação aos "acusados" a garantia da ampla defesa e do contraditório já havia; porém, quanto aos "litigantes", não. Esta é, sem dúvida, uma das grandes novidades da Constituição Federal/88. É o fenômeno da processualidade administrativa. (MEIRELLES, 2016, p.112)

O fato de manifestar-se em um Processo Administrativo Disciplinar, encontra-se vinculado ao respeito ao devido processo legal, sendo que, a ampla defesa e o contraditório, são fenômenos que visam a garantia dos direitos fundamentais e individuais das partes envolvidas na lide, de forma que, não está limitando a sua manifestação no processo, mas permitindo a garantias a todos os atos do processo e o respeito as suas garantias fundamentais.

No âmbito do PAD, geralmente, encontra-se vinculado a diversos procedimentos com fundamento no Estatuto do servidor Público, seja ele, Federal, Estadual ou Municipal, determinando assim, a sua legalidade infraconstitucional. A partir dessa definição infraconstitucional, cabe ao agente público, realizar ações e procedimentos, que estejam assegurados no respectivo ordenamento jurídico, e que, possibilite através destes, a garantia das partes em relação ao seu direito, como os já mencionados, ampla defesa e contraditório.

Observa-se que, são por intermédio destes mesmos procedimentos definidos em lei, que será assegurado o devido processo legal. No caso em questão, O processo Administrativo Disciplinar, busca através de padrões, que o mesmo careça de imparcialidade, de forma eficiente e razoável, bem como, assegurando o interesse público, que o ente público, careça de subsídios legais, que o permita investigar e assegurar que o erário não seja prejudicado por atos ilegais cometidos.

3.1 PODER DISCIPLINAR

Destaca-se inicialmente que os Processos Administrativos, decorrem de poderes administrativos que a União, Estados, Municípios e Distrito Federal possuem, visando o cumprimento da legalidade em caráter do interesse público, observando o caráter de cada poder administrativo e a sua devida finalidade.

Nesse entendimento Hely Lopes Meirelles, define os tipos de poderes que cada ente possui e poderá utilizar:

> Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.
>
> Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.
>
> Poder hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes,

> estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal. Poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas andam juntos, por serem os sustentáculos de toda a organização administrativa.
>
> Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que possam integrar definitiva ou transitoriamente.
>
> Poder regulamentar é a faculdade de que dispõe os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe de Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.
>
> Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. (MEIRELLES, 2016, p. 138-152)

Verifica-se que as características nos Processos Administrativos Disciplinares, são de poder disciplinar, devendo assim, agir em razão de ato praticado que caracterize conduta ilegal ou que cause prejuízo ao erário, visando o interesse público.

Perante a administração pública, a autoridade administrativa poderá valer-se de instrumentos para determinar irregularidades. Veja até aqui, duas delas. A primeira refere-se a sindicância, utilizada em razão de conhecimentos de fatos, os quais não foram possíveis identificar a caracterização da ilegalidade ou que não foi possível a identificação do agente. A segunda, refere-se ao PAD, utilizado como ferramenta de punição, uma vez constatada a ilegalidade e identificado o agente que o cometeu, podendo ou não ser aplicado penalidade em razão do ato cometido.

Observa-se que cada ente público em diferentes esferas, possuem seus regimentos e regulamentos em relação aos Processos Administrativos Disciplinas, bem como, seus procedimentos e formas. Ainda assim, como já mencionado, os procedimentos de um PAD, necessitam respeitar determinados princípios constitucionais, bem como, garantir os direitos fundamentais das partes.

3.2 PROCEDIMENTOS NOS PAD'S

A fim de melhor evidenciar, destaca-se, os procedimentos essenciais e fundamentais em um PAD, discriminando a fase Inaugural/ Instauração, fase do Inquérito Administrativo e por fim, a fase do Julgamento, conforme segue:

3.2.1 DA INSTAURAÇÃO:

A instauração do processo administrativo disciplinar, como regra, poderá ocorrer de ofício ou ainda, através de representação junto ao ente público, garantindo assim a defesa de direitos contra ilegalidades ou até mesmo abuso de poder.

Quando se refere a representação junto ao ente público, exemplifica-se uma espécie de "denuncia", sempre, claro, respeitando o princípio da vedação constitucional do anonimato, cabendo assim, que conste na denúncia, identificação dos autores.

Nesse sentido Antônio Carlos Palhares Moreira Reis nos ensina que as denúncias às denúncias anônimas serão tidas como inexistentes. A sua aceitação, além de absolutamente temerária, consubstanciaria um ato ilegal, já que as normas constitucionais repudiam veementemente a ocorrência do anonimato. (REIS, Processo Disciplinar, p. 78-79)

Mediante a representação de determinada ilegalidade, caberá a administração Pública instituir comissão processante para os PAD's, a qual agirá dentro dos princípios legais e constitucionais, desde o início do processo até a sua conclusão.

Reforçasse que a comissão deverá ser constituía por presidente, vice-presidente, secretário e membros auxiliares. É importante destacar, que cada ente público, possui sua legislação, podendo a estruturação da comissão diversificar. A Comissão processante, terá o poder-dever de participar de todas as fases processuais do respectivo processo. Cabe salientar a importância da publicação dos atos que nomearam a comissão, bem como, do ato que instaurou o PAD, a fim de dar validade e eficácia do respectivo ato.

3.2.2 DO INQUÉRITO ADMINISTRATIVO:

Refere-se basicamente a uma espécie de segunda fase, a qual ocorrerá a apresentação de todas as provas, relatórios e apresentação de defesa e do contraditório.

Hely Lopes conceitua:

> [...] Instrução: a instrução é a fase de elucidação dos fatos, com a produção de provas da acusação no processo punitivo, ou de complementação das iniciais no processo de controle e de outorga, provas, essas, que vão desde o depoimento da parte, as inquirições de testemunhas, as inspeções pessoais, as perícias técnicas, até ajuntada de documentos pertinentes. (MEIRELLES, 2016, p. 826)

Nesta fase, poderá subdividi-la em outras três: Instrução, Defesa e o Relatório.

Na subfase de instrução, evidencia-se a coleta de provas e informações, declarações de testemunha, bem como, permitirá ciência a parte envolvida, cabendo assim, notifica-la a respeito do processo em questão, permitindo sua participação e composição de procurador, além de produzir provas e contraprovas, servindo de base para o convencimento.

Como bem salientado acima, é aqui, que entende-se a importância do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, visto que a partir deste procedimento haverá a possibilidade de garantia dos pressupostos legais, direitos fundamentais da parte envolvida, sob pena de nulidade do processo disciplinar.

Nesta subfase, é possível verificar que o princípio da legalidade se encontra correlacionado diretamente ao princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que, desrespeitados certos procedimentos ou fases internas do PAD, acarretará vício, tornando passível a nulidade do PAD, veja:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO NO PROCESSO
>
> ADMINISTRATIVO. NULIDADE. Inegável a ocorrência de cerceamento de defesa diante da ausência de comprovação da regular intimação do ex-servidor para apresentar defesa no processo administrativo instaurado, com consequente violação ao princípio do devido processo legal, motivo pelo qual a improcedência do pedido de ressarcimento ao erário e medida que se impões. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.
>
> (BRASIL. TJ-GO – Apelação: 01042368220048090051, Relator: ANÉLIA
>
> MARTINS DE ARAÚJO, Data de Julgamento: 12/04/2019, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 12/04/2019).
>
> REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ABANDONO DE CARGO. DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. ANIMUS ABANDONANDI. AUSÊNCIA. DANO MORAL. CONFIGURADO. QUANTUM FIXADO. MANTIDO HONORÁRIOS

> RECURSAIS. 1. Compulsando o Processo Administrativo Disciplinar e o mandado de citação anexados aos autos, percebe-se que houve violação ao devido processo legal estabelecido na Lei Complementar nº 11/92, uma vez que houve apenas 02 (duas) tentativas de citação, na mesma faixa de horário (10:55hs e 10:05hs) e já se desistiu da citação, com a elaboração de termo de revelia e nomeação de Defensoria Dativa, o que impossibilitou o servidor de oferecer defesa. Ademais, a jurisprudência deste E. Tribunal, é no sentido de que, para a tipificação da infração administrativa de abandono de cargo, punível com demissão, exige-se, além da configuração do elemento objetivo (número de faltas), a demonstração do requisito subjetivo (animus abandonandi). In casu, em que pese a ausência do servidor público por tempo hábil à configuração do abandonado (elemento objetivo), não restou demonstrado o ânimo de abandonar as atribuições inerentes a cargo (elemento subjetivo), porquanto acometido de doença psiquiátrica, o que o impossibilitou, momentaneamente, de tomar as medidas necessárias para regularizar seu afastamento, bem como de oferecer resposta ao PAD em questão. 3. O fato do município apelante ter demitido o apelado sem a observância do devido processo legal e da sua difícil situação médica (doença psíquica), gerou não apenas simples aborrecimento ao apelado, mas, sim, verdadeiro abalo psíquico e perturbação emocional, capaz de ensejar reparação, a título de danos morais. 4. A fixação do valor da indenização por danos morais deve imprimir uma tríplice finalidade: satisfazer a vítima; dissuadir o ofensor; por fim, exemplar a sociedade. Neste sentido, tenho que o valor fixado na sentença atende àqueles postulados. 5. Deixo de majorar a verba honorária pois não arbitrada no juízo de origem. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.
>
> (BRASIL. TJ-GO – Apelação; Reexame Necessário: 03106295320158090051, Relator: Des. (a). DELINTRO BELO DE ALMEIDA FILHO, Data de Julgamento: 27/07/2020, 4º Câmara Cível, data de Publicação: DJ de 27/07/2020).

Verifica-se que ao final da subfase de instrução, cabe ao acusado prestar depoimento e apresentar suas defesas e provas que entender pertinente, utilizando assim, todos os meios e recursos admitidos em direito, neste caso, ampla defesa e contraditório.

Tal fase decorre da confirmação da existência da infração, sendo posteriormente citado o autor do ato, o qual apresentará defesa/ provas que entendam necessárias.

Discorrendo sobre citação no processo penal, Ada Pellegrini Grinover observa:

> citação constitui seguramente o mais importante ato de comunicação processual, especialmente em sede penal, pois visa levar ao conhecimento do réu a acusação que lhe foi formulada, bem como a data e local em que deve comparecer para ser interrogado, propiciando, assim, as informações indispensáveis à preparação da defesa.
>
> (...)

> Como já se firmou na jurisprudência, 'a citação é o canal de comunicação aberto pelo Estado-juiz em direção ao acusado para noticiá-lo da existência de uma imputação e convocá-lo a contrariá-la. Tal comunicação, que se traduz num dos enfoques do princípio constitucional do contraditório, deve ser efetiva, inquestionável, induvidosa. Por isso, está cercada de formalidades que não podem ser postergadas. A comunicação falha, deficiente, bloqueada, corresponde à falta de comunicação e vicia de modo incurável o processo (TACrimSP, HC 119.796, RT 578/364). (GRINOVER, 1973)

Veja que é no Relatório, última subfase, que após recebida a defesa e juntadas as provas e contraprovas, que a comissão processante passará a elaborar o relatório, responsável este, em emitir e expressar todos os ocorridos e acontecimentos, bem como, os fatos e procedimentos, além de concluir o apurado.

Hely Lopes define:

> [...] o relatório é a síntese do apurado no processo, feita por quem o presidiu individualmente ou pela comissão processante, com apreciação das provas, dos fatos apurados, do direito debatido e proposta conclusiva para a decisão da autoridade julgadora competente. É peça informativa e opinativa, sem efeito vinculante para a Administração ou para os interessados no processo. Daí por que pode a autoridade julgadora divergir das conclusões e sugestões do relatório, sem qualquer ofensa ao interesse público ou ao direito das partes, desde que fundamente sua decisão em elementos existentes no processo ou na insuficiência de provas para uma decisão punitiva ou, mesmo, deferitória ou indeferitória da pretensão postulada. (MEIRELLES, 2016, p. 826-827)

É no relatório, que deverá ser apresentado os dispositivos legais transgredidos, levando em consideração os fatos que ensejaram na instauração, bem como, as provas e procedimentos apresentados, como por exemplo a defesa, o que poderá determinar as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Por fim, caberá encaminhar o respectivo relatório a autoridade que determinou a instauração para o julgamento. Veja que a autoridade que jugará, em sua grande maioria, com base nas legislações, define sendo o próprio chefe do poder executivo, legislativo ou judiciário do ente público.

É importante ainda salientar que, em muitos casos, antes de se realizar o encaminhamento do relatório a autoridade que julgará, é permitido a apresentação alegações finais, visando, assim, o princípio da ampla defesa e do contraditório.

3.2.3 DO JULGAMENTO.

Entende-se como julgamento, o parecer final da autoridade superior, geralmente parecer do chefe do poder em questão, sendo este, a última fase do processo disciplinar, cabendo assim, acompanhar o relatório da comissão ou não.

É dentro desta fase que se confirmará o disposto legal em que se houve o embasamento para dar decisão, bem como, dispositivo legal infringido, e as motivações que levaram a tomada da decisão, conforme acostado nos autos.

Hely Lopes Meirelles, específica:

> [...] julgamento é a decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo. Essa decisão normalmente baseia-se nas conclusões do relatório, mas pode desprezá-las ou contrariá-las, por interpretação diversa das normas legais aplicáveis ao caso, ou por chegar o julgador a conclusões fáticas diferentes das da comissão processante ou de quem individualmente realizou o processo. (MEIRELLES, 2016, p. 827)

A defesa no processo disciplinar é fundamental a fim de garantir os princípios constitucionais destacados, uma vez que, são pressupostos de legalidade e fidedignidade que não ocorreu vícios ou irregularidades. Nesse aspecto, associa-se ainda, a constituição de advogado, como garantia dos ritos previstos na norma vigente.

Depara-se que, em muitos casos, é comum ocorrência de revelia, em razão da não manifestação no momento oportuno, conforme jurisprudência abaixo:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. POLICIAL MILITAR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE DEMISSÃO. REAPRECIAÇÃO DAS PROVAS. VEDAÇÃO À ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR. EXAME DE LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. PRINCÍPIO DO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. INÉRCIA NA APRESENTAÇÃO DA DEFESA. DECRETAÇÃO DE REVELIA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE AFASTADA. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA
>
> MANIDA. Ao Poder Judiciário, em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes, é vedado proceder a análise do mérito administrativo, restringindo-se o seu exame aos aspectos da legalidade do PAD que culminou com a aplicação da sanção de demissão do apelante dos quadros da Polícia Militar. A alegação de a ausência de comprovação da autoria e materialidade dos fatos investigados é voltada para a apreciação das provas pela comissão processante, o que não é matéria pertinente ao exame formal do procedimento, a que se deve ater o julgador, já que é a Administração Pública que, exercendo seu juízo

de conveniência e oportunidade, irá ponderar sobre as provas produzidas e aplicar a penalidade adequada, no exercício do seu poder disciplinar. Assim, verifica-se a regularidade do PAD, com a observância dos trâmites legais e o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com a nomeação de defensor ad hoc, em que pese a revelia do apelante, não tendo sido apontada ou demonstrada nenhuma ilegalidade que pudesse macular o referido procedimento, importando na sua anulação. Mister perceber que o recorrente viola o princípio do nemo audittur propriam turpitudinem allegans, já que procura fulminar de nulidade o processo administrativo disciplinar por suposta violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo que ele próprio manteve-se inerte na apresentação da sua defesa, o que culminou na decretação da sua revelia. Quanto a alegada nulidade do PAD em virtude do excesso de prazo na sua conclusão, deve ser rechaçada, visto que a jurisprudência do STJ é pacífica sobre tal matéria, ao considerar que não há que se falar em nulidade se o excesso de prazo não trouxe prejuízo ao exercício de sua defesa do servidor. RECURSO IMPROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0415017-76.2012.8.05.0001, Relator (a): maria do Socorro Barreto Santiago, terceira Câmara Cível, Publicado em: 25/02/2016).

(BRASIL. TJ-BA – APL: 04150177620128050001, Relator: Maria do Socorro Barreto Santiago, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 25/02/2016).

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUXILIAR JUDICIÁRIO. ABANDONO DO CARGO. REVELIA. PRESCINDIBILIDADE DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. TIPIFICAÇÃO LEGAL CONSTANTE NA PORTARIA. MODIFICAÇÃO NA OCASIÃO DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E LEGALIDADE. ANIMUS ABANDONANDI. CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. 1.

Em virtude da edição da Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal, que dispensa a obrigatoriedade da presença de advogado em processo administrativo disciplinar, não é mais imprescindível a nomeação de defensor dativo ao servidor revel. 2. A indicação de nova capitulação jurídica para os fatos apurados pela Comissão Processante não macula o procedimento adotado, tendo em vista que o indiciado se defende dos fatos a ele imputados, não da sua classificação legal. Ademais, tenho que o processado assumiu com o ônus da sua revelia, ao optar por não comparecer aos autos, embora devidamente citado/ intimado, em estrita observância ao contraditório e ampla defesa. 3. Para a tipificação da infração administrativa de abandono de cargo, punível com demissão, exige-se a configuração dos elementos objetivo e subjetivo (animus abandonandi). 4. In casu, estando provada a ausência por tempo hábil à configuração do abandono (elemento objetivo) e o ânimo de abandonar as atribuições inerentes ao cargo (elemento subjetivo), consubstanciado na ausência de qualquer satisfação/ explicação plausível, assim como na ausência de motivo de força maior, coação irresistível, ou outro caso alheio à sua vontade e que tivesse impedido o processado de comparecer ao trabalho, a resposta adequada e proporcional do Poder Judiciário ao ato praticado é a demissão do servidor. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PROCEDENTE. DEMISSÃO APLICADA. (BRASIL. TJ-GO, PA: 02044372120168090000, Relator: DES. MARIA DAS GRAÇAS CARNEIRO REQUI, Data de Julgamento: 02/10/2017, CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, Data de Publicação: DJ 2384 de 10/11/2017).

Percebe-se que a ampla defesa nos procedimentos, são fundamentais, mas também é visível a necessidade de possuir conhecimento técnico ou até mesmo, constituir defesa técnica, como forma de ampla defesa, assegurando assim, direitos e garantias constitucionais.

4. A AUSÊNCIA DE DEFENSOR TÉCNICO EM OBSERVÂNCIA A SÚMULA VINCULANTE Nº 5

Como demonstrado anteriormente, todo o processo e os procedimentos do PAD's, encontram-se maculados sobre a perspectiva dos princípios basilares constitucionais, em destaque, o da ampla defesa e contraditório e o devido processo legal.

Ainda assim, é necessário compreender o entendimento majoritário em razão da constituição de defensor técnico ou não, nos Processos Administrativos Disciplinares, em especial, o que determina a Súmula Vinculante nº 5, ipsis verbis:

> A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Observa-se que a Súmula Vinculante nº 5, vai de encontro diretamente ao art. 5º, inciso LV da CF/1988, veja:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo- se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Veja que a base estrutural formal da Súmula Vinculante nº 5, fundamenta-se no fato da garantia da ampla defesa e do contraditório, ou seja, na possibilidade de informação ao processo, possibilidade de manifestar e apresentar argumentos. Desse modo, não há de se falar em desrespeito ao princípio da ampla defesa e contraditório, em especial, o fato da ausência do defensor técnico em processo administrativo.

Analisando a respectiva súmula, é importantíssimo destacar o entendimento do STJ, o qual havia editado a Súmula 343 que previa o seguinte texto:

> É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Recentemente, mais especificadamente em 28 de abril de 2021 em seção realizada pelo STJ, decisão publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 03/05/2021, houve o cancelamento da Sumula nº 343 do

STJ, em razão da Sumula Vinculante nº 5, com fundamento de que, o fato de não constituir advogado, não ofende a constituição, desde que, garantido a ampla defesa e contraditório e respeitado o devido processo legal, oportunizando a parte, para que tenha conhecimento do processo, manifeste-se no mesmo e apresente as provas, fatos e direitos que entender pertinente no PAD.

Verifica-se que o entendimento do STF, é que a presença de advogado no PAD, é uma faculdade que o servidor envolvido no Processo Administrativo Disciplinar possui para a sua defesa.

Segue entendimentos jurisprudências:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. FALTA DE DEFESA TÉCNICA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE 5. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ADMINISTRATIVA. EXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 29. ANÁLISE DA LEI 8112/1990. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO A QUE SE
>
> NEGA PROVIMENTO. I A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Súmula Vinculante 5. II O exame da ocorrência de prescrição da pretensão punitiva administrativa demanda o reexame de fatos e provas, bem como a análise de matéria infraconstitucional. III Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (BRASIL. STF – RE: 780486 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data
>
> de Julgamento: 10/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-125 DIVULGADO 27-06-2014, PUBLICADO 01-07-2014).
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO PARA CONHECER DO AGRAVO INTERNI. DEFESA TÉCNICA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SÚMULA VINCULANTE 5. ACORDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. Cabem embargos
>
> de declaração para corrigir omissão no julgado. 2. Acórdão em consonância com a jurisprudência consolidada da Corte no sentido de que: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição (Súmula Vinculante 5). 3. Embargos de declaração acolhidos para conhecer do Agravo interno, a qual se nega provimento.
>
> (BRASIL. STF – AGR.-ED. AI: 722194 DF – DISTRITO FEDERAL, Relator: Min.
>
> ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 09/04/2018, Segunda Turma).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. POLÍCIAIS MILITARE LOTADOS NO BATALHÃO DA POLÍCIA MILITAR VIRTUAL. LEI N. 17.882/12. SERVIÇO DE INTERESSE MILITAR VOLUNTÁRIO ESTADUAL – SIMVE. AUSÊNCIA NO SERVIÇO EXTRAORDINÁRI. JUSTIFICATIVAS NÃO PLAUSÍVEIS. DESLIGAMENTO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS O CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ENUNCIADO SUMULAR N. 5 DO STF. AUSÊNCIA DE PROVAS. DIREITO LÍQUIDO E
>
> CERTO NÃO VERIFICADO. 1. Segundo os termos da Súmula Vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal. A falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não afronta a Constituição Federal. Destarte, não há que se falar em

> desrespeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, quando o administrado foi regularmente notificado a apresentar defesa administrativa, de forma a justificar a falta disciplinar cometida. 2. Ao Poder Judiciário é vedada a discussão do mérito das decisões administrativas, podendo ser levantados, tão somente, os aspectos legais que norteiam os procedimentos administrativos. 2. Segundo os termos do § 3º do artigo 17 da Lei n. 17.882/12, o desligamento do integrante do Serviço de Interesse Militar Voluntário Estadual – SIMVE pode ocorrer caso não apresente interesse, rendimento, aptidão durante o transcurso do serviço. 4. Incorre em transgressão disciplinar o policial militar que, sem motivos plausíveis, falta o serviço extraordinário a que foi designado. 5. Inexiste direito líquido e certo a ser amparado por ordem mandamental, quando não comprovado o ato ilegal e/ ou abusivo praticado pela autoridade administrativa correspondente. 6. SEGURANÇA DENEGADA.
>
> (BRASIL. TJ-GO – MS: 02804962120148090000 GOIANIA, Relator: DR. (A). SEBASTIAO LUIZ FLEURY, DATA DE Julgamento: 1/01/2015, 3ª CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: DJ 1711 de 21/01/2015).

As jurisprudências acima colecionadas, alegaram o fato de possibilidade de constituição de advogado, mas, nos julgados em tela, houve a negativa em razão de inobservância da Sumula Vinculante nº 5, uma vez que, as partes foram devidamente cientificadas e notificadas, ocorrendo a possibilidade de manifestação em todas as fases, bem como, a possibilidade de juntada de provas, o que, para o Poder Judiciário, preenche requisito da ampla defesa e do contraditório.

De qualquer modo, a previsão em lei municipal, estadual ou federal, estipulando em seu texto normativo, que em Processos Administrativos Disciplinares a constituição de Advogado será obrigatória, não é ilegal ou irregular, visto que cada ente federativo, possui sua competência legislativa.

Entendendo que a legislação vigente do ente público, em seu texto, discipline obrigatoriedade de constituição de Advogado em PAD's, o fato de se não fizer, automaticamente violará o princípio da ampla defesa e do devido processo legal, ocasionando a nulidade do PAD.

Outro fator relevante, é o fato dos ritos processuais e o momento concernente a sua manifestação ou momento de produção de prova hábil no respectivo PAD. Como visto anteriormente, o Processo Administrativo Disciplinar, é conduzido mediante diversos procedimentos, que vão desde a sua instauração até a produção do relatório final. Neste aspecto, verifica-se que dentro de cada procedimento, existem momentos em que se faz necessário a citação das partes, movimentação dos autos de forma regular, momento de produção de provas e até mesmo, ordem em relação ao colhimento de declarações e depoimentos, os quais, impactarão diretamente no resultado final do processo.

O defensor técnico, seja ele terceiro ou bacharel em direito (advogado ou não), respeitando a norma do ente, de acordo com a matéria em tela, será de fundamental importância em razão do seu conhecimento técnico em relação as fases processuais, bem como, observância da legalidade de tal, uma vez que, a perda ou desconhecimento de determinado rito, automaticamente impactará no resultado final do processo, seja, por falta técnica, ou até mesmo, por falta de conhecimento da fase do processo.

Ademais, cabe esclarecer que, como pressuposto de legalidade, em especial a Sumula Vinculante nº 5, muitas das vezes, o simples fato de não se constituir advogado não será em suma, motivo para nulidade, mas o fato de não advertir a parte envolvida, de que possui direito a assistência técnica ou de advogado, ensejará em nulidade, cabendo assim, a comissão processante, documentar o fato de que houve a devida ciência, bem como, dispensa da parte em não constituir defesa técnica, a fim de evitar nulidade do processo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 5, impôs a jurisprudência que o fato de não constituir defesa técnica, não afronta a Constituição Federal de 1988, bem como, os princípios basilares do contraditório, ampla defesa e da legalidade. Conforme mencionado no artigo, o entendimento jurisprudencial é que, respeitado a legalidade do processo administrativo disciplinar, de acordo com a esfera ao qual o mesmo encontra-se vinculado, juntamente com os procedimentos necessários em um processo administrativo disciplinar, não caberá a alegação de ofensa a princípios constitucionais ou afronta a norma jurídica em questão.

Verifica-se que a não constituição de defesa técnica, através de advogado, não afronta o nosso ordenamento pátrio constitucional. De qualquer forma, salientar-se, conforme julgados supramencionados, é comum identificar falhas/ irregularidades nos processos administrativos disciplinares, seja, em razão da parte envolvida desconhecer os ritos processuais, ocorrência de revelia, ou até mesmo, pela irregularidade na formação da comissão processante ou demais vícios formais.

Nos moldes das jurisprudências apresentadas, verifica-se que é habitual, ocorrência de ausência de manifestação, em razão da falta de conhecimento técnico no que se refere a legalidade e os atos coerentes de acordo com cada procedimento do PAD.

Conforme situações apontadas e abordadas nas jurisprudências acostadas, resta evidenciado que, ainda que o colaborador (servidor envolvido no PAD), tenha praticado ato ilegal que propicie a instauração do PAD, o fato de se identificar falhas/ irregularidades, como as já mencionadas, poderá ter como resultado final do Processo Administrativo Disciplinar, a exoneração do colaborador, justamente pelas razões fatos já mencionados, seja pelo motivos evidenciados anteriormente, ou por demais vícios como: não manifestação no momento oportuno, não apresentação de documentação na fase correta, ou até mesmo, por desconhecimento da legislação infraconstitucional no âmbito administrativo.

Nestes casos, o simples fato do agente público não possuir conhecimento técnico, a constituição de Advogado poderia lhe proporcionar maior segurança e confiabilidade, principalmente no respeito ao princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa..

Dito isso, cabe responder o questionamento da temática em questão. O fato de constituir ou não, defesa técnica (Advogado) em Processos Administrativos Disciplinares, garantem a legalidade do processo e a garantia da ampla defesa e contraditório?

Ainda que exista súmula vinculante que especifica a desnecessidade de ter Advogado como defensor técnico em um PAD, ou seja, não seja obrigatório advogado (seja facultativo) em processo administrativo disciplinar, conforme Sumula Vinculante nº 5, o ideal seria a sua constituição, em razão de todo conhecimento técnico.

De qualquer forma, veja que, desde que a legislação infraconstitucional não torne obrigatório a constituição de advogado no processo administrativo disciplinar, bem como, respeitado todas as fases e procedimentos do PAD, juntamente com a garantia dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, nada influenciará em razão do próprio servidor apresentar sua defesa, ou ainda, definir outro servidor ou até mesmo, bacharel em direito, como defensor técnico, uma vez que, o resultado prático do processo, é a garantia da legalidade mesmo, independentemente da fase ou do procedimento, bem como, a garantia de forma justa e necessária da apresentação dos argumentos de direito, contrarrazões e do respeito a ampla defesa, conforme estipulado em nossa Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília, 11 dez. 1990.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 780486. Agravante: Adilson Bento Pereira. Agravado: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, DF, 01 de julho de 2014. Disponível em:

https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25176521/agreg-no-recurso-extraordinario-re- 780486-df-stf/inteiro-teor-126308923. Publicado em 2014. Acessado em 15 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 722194. Embargante: Wilson Borlin. Embargado: União. Relator: Min. Alexandre de Moares. Distrito Federal,DF, 09de abril de 2018. Disponível em:

< https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768149494/embdecl-no-agreg-no-agreg-no-agravo- de-instrumento-agr-agr-ed-ai-722194-df-distrito-federal/inteiro-teor-768149504>. Publicado em 2018. Acessado em 15 de outubro de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 5, de 16 de maio de 2008. Brasília.

BRASIL. Tribunal deJustiçado Estado da Bahia. Apelação Cível nº 0415017-76.2012.8.05.0001 da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelante: Edenilson Gonçalves dos Santos. Apelada: Estado da Bahia. Relator: Maria do Socorro Barreto Santiago. Bahia, BA, 25 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348792165/apelacao-apl 4150177620128050001/inteiro- teor-348792188>. Publicado em 2016. Acessado em 15 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação nº 0104236-82.2004.8.09.0051 da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelante: Antônio da Cunha. Apelada: Estado de Goiás. Relator: Amélia Martins de Araújo. Goiânia, GO, 12 de abril de

2019. Disponível em: < https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/934740559/apelacao-cpc-1042368220048090051>. Publicado em 2019. Acessado em 15 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Mandado de Segurança nº 0280496-21.2014.8.09.0000. Impetrante: Murilo Rocha Belem e Outro. Impetrado: Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Goiás. Relator: Sebastião Luiz Fleury. Goiânia, GO, 21 de janeiro de 2015. Disponível em:

<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935804078/mandado-de-seguranca-ms-2804962120148090000-goiania/inteiro-teor-935804085>. Publicado em 2015. Acessado em 15 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Processo Administrativo nº 0204437-21.2016.8.09.0000 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás. Processante: Comissão Permanente de Processo Disciplinar. Processado: Carlos Alberto dos Santos. Relator: Maria das Graças Carneiro Requi. Goiás, GO, 10 de novembro de 2017. Disponível em: https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520129450/processo-administrativo-pa- 2044372120168090000. Publicado em 2017. Acessado em 15 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Remessa necessária e Apelação Cível nº 0310629-53.2015.8.09.0051 da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelante: Albert José dos Santos Rocha. Apelada: Município de Goiânia. Relator: Delintro Belo de Almeida Filho. Goiânia, GO, 27 de julho de 2020. Disponível em:

<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931972147/apelacao-reexame-necessario-3106295320158090051/inteiro-teor-931972165>. Publicado em 2020. Acessado em 15 de outubro de 2021.

CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; PEREIRA, Maria Femanda Pires de Carvalho;

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 28ª. ed. ver., ampl. e atual até 31/12/2014. São Paulo. Atlas, 2015.

CHAVEIRO, Joneval Junio. O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativodisciplinar. Disponívelem:

<www.revistas.usp.br/rdda/article/download/86875/pdf_23+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d>. Publicado em 2014. Acessado em 25 de Fevereiro de 2.020.

CHINAZZO, Cosme Luiz; SCHENEIDER, Laíno Alberto; VARGAS, Juliana; MATTOS, Patrícia Noll de; BERG, Alexandre Cruz; MORONI, Alexandre; SILVEIRA, Márcia Castiglio da. Instrumentalização científica. 1ª. ed. Canoas: Ulbra, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31ª. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. - 3.ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FORTINI, Cristiana. Processo administrativo. 2ª. ed. rev. e atualizada de acordo com a visão dos Tribunais. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 810),

GRAU, Eros Roberto – Ensaio e Discurso Sobre a interpretação do Direito – 3ª ed. Malheiros

GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do Direito de Ação. São Paulo: Ed. R, 1973.

LESSA, Sebastião José. Processo Administrativo Disciplinar: A Súmula nº 343 do STJ, DJ 21.09.07, Defesa técnica: Presença do advogado. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 8, n. 84, p. 8, fev. 2008)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais)

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42ª. ed. atual. até Emenda Constitucional 90,de 15.9/2015. São Paulo. Malheiros, 2016.

NOBRE, Edilson Pereira. Sanções Administrativas e Sanções do Direito Penal,

NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. Processo Administrativo – Lei 9.784/99 Comentada, São Paulo: Atlas, 2009. p. 28.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. Processo Disciplinar. Brasília: Consulex, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Cláudio Nei Nascimento da; PORTO, Marcelo Duarte. Metodologia cientifica descomplicada: prática cientifica para iniciantes. 1º ed. Brasília: Editora IFB, 2016.

COMBATE À COVID-19 E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Resumo: No presente artigo foi realizada uma breve análise histórica e evolutiva das pandemias, valendo-se da literatura e, avança sobre o tema específico do novo coronavírus. No texto, é procedida uma análise das externalidades políticas, econômicas, sociais e ambientais da pandemia, bem como são analisadas medidas de precaução e de prevenção aptas à combatê- la. Está presente no artigo a defesa de uma aplicação sistêmica dos princípios da precaução e da prevenção integrada com medidas para conter as mudanças climáticas e a perda da biodiversidade. Para tanto, é realizada uma análise da legislação internacional, constitucional e infraconstitucional aplicáveis em tempos de pandemia, sem descurar das recentes decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras chave: Princípio da Precaução. Pandemias. Mudanças climáticas. Biodiversidade.

1. INTRODUÇÃO

A história do homem está relacionada ao enfrentamento, de tempos em tempos, de pandemias que exigem a adoção de medidas de prevenção e de precaução[1] para que contaminações virais ou bacteriológicas sejam desaceleradas e a curva de contágio pelas enfermidades achatada. Os efeitos sociais, políticos, econômicos e ambientais de uma peste global são imprevisíveis e as vezes devastadores. A Covid-19 demonstra isso, com avassaladores números de contaminações e de mortes que espraiam-se pelo planeta sem que exista uma vacina de cunho preventivo ou um antirretroviral de amplo espectro eficaz para o tratamento da doença. As nações ainda empregam medidas pré-medievais como a quarentena e o isolamento social, que ainda são os instrumentos precautórios, indiscutivelmente, mais eficazes no combate a uma pandemia do estilo da atual.

A posição utilitária e a visão antropocêntrica do homem agravam e dificultam o combate às pandemias, mas não apenas isso, também existem dois problemas emergentes e que irão agravar-se nos próximos anos se o ritmo do desenvolvimento insustentável e poluente não for imediatamente alterado: o aquecimento global e a perda da biodiversidade. O combate à mudança do clima e a extinção das espécies não é apenas relevante para evitar o surgimento de novas pandemias, mas, por uma importância intrínseca, calcada na tutela da vida dos seres humanos e não humanos desta e, em especial, das futuras gerações.

O novo normal que provoca a desaceleração do ritmo de vida e de produção econômica, traz consigo a diminuição da emissão dos gases de efeito estufa e um notável alento às espécies de plantas e animais. Inclusive, quanto aos animais, com a diminuição do tráfico urbano desordenado, da poluição e da atividade humana predatória, voltam aos cenários, após décadas de desaparecimento, dos campos, das florestas e até mesmo das cidades. O ar está mais puro e os homens estão mais próximos no que se refere ao seu círculo familiar mais íntimo e aos seus afetos. O day after da pandemia pode ser o retorno da aceleração capitalista carbonizada para recuperar o tempo perdido e a busca desesperada do lucro previsto e não auferido. Em sendo esta a opção da humanidade, os resultados serão novas pandemias, um hiperaquecimento do Planeta e a extinção definitiva de espécies de fauna e de flora (WEDY, 2020). Todavia, se os homens optarem por um retorno mais lento, solidário e sustentável, será possível criar um cenário propício para a estabilização do clima, em um patamar compatível com a manutenção da vida com qualidade, com a preservação da biodiversidade[2] e com a redução de pandemias e de seus catastróficos efeitos.

No âmbito do direito internacional, comunitário e nacional existem mecanismos jurídicos aptos para o enfrentamento técnico e qualitativo destas três ameaças entre os quais, é possível citar os princípios da precaução, da prevenção e do desenvolvimento sustentável.

2.DA HISTÓRIA DAS PANDEMINAS

No decorrer da história, prostitutas, estrangeiros, pobres, judeus etc., foram responsabilizados por surtos de peste. Alguns clérigos, médicos e governantes medievais rejeitaram essas odiosas superstições, enquanto outros encorajaram o preconceito (STRUB, 2020). Ato contínuo, veio a varíola, doença que atormentou a humanidade por mais de 3 mil anos. Duas célebres vítimas da pandemia foram o faraó egípcio Ramsés II e o rei Luís XV da França. Felizmente, a varíola foi erradicada do planeta em 1980, após investimentos públicos em pesquisas e de uma ampla e bem coordenada campanha de vacinação em massa (MACMILLEN, 2016).

A cólera, por sua vez, atingiu a humanidade como epidemia global, em 1817, e matou centenas de milhares de pessoas. Desde então, a bactéria sofreu diversas mutações e tem causado, de tempos em tempos, novos ciclos epidêmicos. No Iêmen, em 2019, apenas a título de exemplo, mais de 40 mil pessoas morreram devido à enfermidade (SHAH, 2016).

A gripe espanhola atingiu com extrema força as populações em 1918 e 1919, e matou entre 50 e 100 milhões de pessoas. Para que se tenha uma ideia da sua força avassaladora, em apenas 24 meses, matou mais do que Aids em 24 anos. Mais de um quarto da população mundial na época foi infectada, e até o então presidente do Brasil, Rodrigues Alves, perdeu a vida em decorrência da doença em 1919 (BARRY, 2018).

> As pandemias marcaram a literatura. Na pena de Albert Camus, um dos mais importantes escritores do século XX e Prêmio Nobel de Literatura, foi destacada em A Peste a mudança na vida da cidade de Orã, na Argélia, depois que ela foi atingida por uma terrível pandemia, transmitida por ratos, que dizimou a população local. É inegável a dimensão política e dramática deste livro, um dos mais lidos do pós-guerra, e best-seller na Europa, pasmem, ainda nos dias atuais. A obra retrata uma cidade assolada pela epidemia e faz evidente alusão à ocupação nazista na França durante a Segunda Guerra Mundial. A Peste é uma obra de resistência e deixa uma amadurecida lição de resiliência e pertencimento (WEDY, 2020).

Narrado do ponto de vista de um médico envolvido nos esforços para conter a doença, o texto de Albert Camus ressalta a solidariedade, a solidão, a morte e outros temas fundamentais para a compreensão dos dilemas do homem moderno. De lá para cá, parece que os homens e os governos não melhoraram e nem descobriram novos modos de combater as pandemias (WEDY, 2020).

3. ABORDAGEM SISTÊMICA PARA UMA AÇÃO PRECAUTÓRIA CONJUNTA CONTRA A COVID-19, O AQUECIMENTO GLOBAL E A PERDA DA BIODIVERSIDADE

Embora seja natural a busca e o irresistível desejo por uma visão de maior otimismo, inegável é que o impacto do coronavírus é imediato e catastrófico. Importante que exista uma ação imediata e conjunta de implementação em ampla escala dos princípios da precaução e da prevenção. Esta ação coordenada, protetivas dos direitos fundamentais à vida e à saúde, deve também enfrentar outras emergências globais que não se podem perder de vista: as mudanças climáticas (A Política Nacional de Mudança do Clima (PNMC) está inserida na Lei 12.187/2009) e a perda da biodiversidade (WEDY, 2020).

Em abril de 2020, a Organização Meteorológica Mundial divulgou dados mostrando que as temperaturas aumentaram 1,1 graus centígrados acima dos níveis pré-industriais. O mundo está a caminho de uma crise climática devastadora neste novo antropoceno. E isso, a ninguém é facultado ignorar, segundo a ciência (WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZTION, 2020).

Agora, em todos os continentes e em todos os oceanos, as externalidades negativas decorrentes de atividades econômicas degradantes criaram o que se chama de nova normalidade. Ações antrópicas estão levando a severas perdas de biodiversidade, alterando a interação animal- humano (gerando zoonoses) e distorcendo os processos dos ecossistemas que regulam o equilíbrio da vida e controlam os serviços ambientais dos quais nós, seres humanos, somos dependentes. O tempo está se esgotando, e a deterioração da saúde planetária pode arruinar definitivamente a vida humana.

Urge uma abordagem sistêmica da Covid-19, do aquecimento global e da perda da biodiversidade. Medidas de austeridade neste quadrante histórico, segundo o alegado por consagrados economistas, podem ter consequências desastrosas e efeitos imprevisíveis (INVESTOPEDIA, 2020). Esta pandemia é uma oportunidade para construir economias e sociedades sustentáveis e inclusivas, um mundo mais resiliente, solidário e próspero: com inclusão social, boa governança, tutela ambiental e desenvolvimento econômico. Aliás, esta é uma sugestão do Ministro Luis Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal. Negar a ciência, como a história demonstra, não é apenas o pior dos pecados, mas a exposição desnecessária da humanidade a uma miríade de riscos de desastres e catástrofes (BARROSO, 2020).

Seguindo esta perspectiva, o Secretário-Geral da ONU, António Guterres, formulou seis medidas para que a pandemia já instalada no planeta seja uma oportunidade para a transição de uma economia

insustentável, calcada nos combustíveis fósseis, responsável pelo aquecimento global e pela perda da biodiversidade, para uma economia verde, tendo como matriz energética a energia limpa, e amparada por ações governamentais e privadas sustentáveis (GUTERRES, 2020). Com a finalidade de tornar mais claras e técnicas as referidas medidas sugeridas, propõe- se uma reformulação das mesmas, que assim ficariam consolidadas:

> Primeira: em tempos em que as nações gastam trilhões para a recuperação da pandemia,é imperiosa a criação de novos empregos e negócios por meio de uma transição limpa e verde na economia. Os investimentos devem acelerar a descarbonização do processo produtivo.
>
> Segunda: o dinheiro dos contribuintes utilizado tradicionalmente em políticas neoliberais anticrise, para resgatar empresas, bancos, seguradoras e companhias aéreas falidas, deve ser empregado com outra perspectiva, no sentido da criação de empregos verdes e da promoção do desenvolvimento sustenta vele inclusivo. Recursos não podem ser alocados para salvar indústrias poluentes de uso intensivo de carbono obsoletas e ultrapassadas. Terceira: a tributação pode ser um importante nudge, parafraseando Cass Sunstein e Richard Thaler, para transformar economias carbonizadas em verdes, tornando as nações, as sociedades e as pessoas mais resilientes por meio de uma transição ampla que englobe a todos em um movimento de pertencimento global sustentável.
>
> Quarta: os fundos públicos devem investir nas futuras gerações, e serem alocados para setores e projetos sustentáveis, com visão de longo prazo, que tutelam o meio ambiente, o clima e a saúde pública. Os subsídios aos combustíveis fósseis devem terminar em um prazo curto e os poluidores e os emissores devem pagar por sua poluição e pelas emissões com base no princípio do poluidor-pagador.
>
> Quinta: O sistema financeiro global, quando molda políticas de infraestrutura, deve levar em consideração os princípios da precaução e da prevenção, e avaliar, mediante uma análise humanizada do custo-benefício, os riscos relacionados ao aquecimento global. Os investidores não podem continuar ignorando os danos que o planeta sofre por um crescimento insustentável e absolutamente irracional.
>
> Sexta: Para resolver as emergências da Covid-19, do aquecimento global e da perda da biodiversidade, é preciso união da comunidade internacional e uma ação sistêmica. Os danos ao homem e ao Planeta são transfronteiriços em essência, ou seja, não conhecem os limites territoriais e políticos dos países. A ação internacional, integrada e integradora, se faz imperativa (WEDY, 2020).

O Acordo de Paris sobre a mudança climática e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estabelecidos pelas Nações Unidas em 2015 fornecem o modelo e as ferramentas para a recuperação da crise. Embora a Grã-Bretanha e a Itália tenham decidido adiar a conferência internacional anual do clima deste ano para 2021, não podem ser postergadas ações climáticas ou diminuídas as ambições no alcance dos seus objetivos fixados nos acordos e nos tratados climáticos internacionais.

Os governos devem honrar seus compromissos de apresentar novos planos nacionais de clima e estratégias de longo prazo aptas a alcançar o objetivo de zero emissões líquidas de gases de efeito estufa até 2050. Não existe outro caminho, procedimentos sustentáveis que desaceleram a proliferação da Covid-19, também podem desacelerar o aquecimento global de modo semelhante. Isto é mais doque evidente e intuitivo, é certo.

> A União Europeia precisa colocar o Green Deal apresentado no ano passado no centro de sua resposta econômica à pandemia e manter seu compromisso de apresentar um plano climático novo, mais ambicioso, acompanhado de uma estratégia de longo prazo consistente com a obtenção da neutralidade climática em 30 anos. Os países do G20, que coletivamente representam mais de 80% das emissões e de 85% da economia global, precisam se engajar na resolução da crise climática. Para isso é necessária a governança global que, para Jeffrey Sachs, constitui o quarto pilar do desenvolvimento sustentável essencial para uma alocação eficiente de recursos que possam financiar medidas de precaução e de prevenção para conter as emissões de gases de efeito estufa e reparar bens e direitos violados por extremos climáticos causados por fatores antrópicos (WEDY, 2020).

A OMS decretou a Covid-19 uma pandemia, apenas em 11.03.2020. Poderia, de fato, ter agido antes. A partir daí sobrevieram resoluções precautórias e responsivas à crise, como a Resolução 1 2020 (que trata de Pandemia e Direitos Humanos, elaborada pela Comissão de Direitos Humanos nas Américas – OEA) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2020). Urge a tutela dos direitos humanos, em especial a proteção dos pobres, dos negros, dos pardos, dos latinos, dos asiáticos, das mulheres e LGBTS que são quem mais sofre com esta pandemia e com as mudanças do clima em nível global. A desigualdade social afeta mais a estes que ficam privados de poder político, empoderamento econômico e vulneráveis aos mais diversos tipos de discriminação. Entre as nações, é bom que se refira, os países mais pobres, em regra, são os mais atingidos por pandemias, pelos danos decorrentes do aquecimento global e pela perda da biodiversidade.

4. DO DIREITO E DAS NORMAS ANTIPANDEMINA

Não existe qualquer necessidade de instauração do Estado de Defesa (art. 136) ou do Estado de Sítio (art. 137), ambos previstos na Constituição Federal de 1988, para o enfrentamento da pandemia. Referidos estados de exceção servem para situações expressas e diferentes do caso atual, compatível com medidas determinadas pelo Poder Público com base nos estados de calamidade pública e de emergência já instituídos pelo Congresso. No caso do combate à Covid 19, não existe risco direto à paz ou à ordem social e, igualmente, existe legislação expressa regulamentando o tema. Abrir espaço para o Estado de Defesa e para o Estado de Sítio, para hipótese diversa daquelas previstas na Magna Carta,

pode abrir ensancha para o autoritarismo, para os abusos de poder e para as arbitrariedades de toda ordem (STRECK, 2020).

> Como se trata de um novo coronavírus, e já foi demonstrado que coronavírus semelhantes exigiram esforços substanciais para permitir o compartilhamento e a pesquisa regular de informações, a comunidade global deve continuar demonstrando solidariedade e cooperação, em conformidade com o Artigo 44 do RSI (2005), no apoio mútuo para identificação da fonte desse novo vírus, todo o seu potencial para transmissão de humano para humano, preparação para importação potencial de casos e pesquisa para o desenvolvimento do tratamento necessário. (OPAS, 2020).

Em sua versão original, o RSI foi adotado em 1951, com uma primeira revisão em 1969, e se aplicava somente a três doenças transmissíveis, a cólera, a peste e a febre amarela. A nova versão foi aprovada pela OMS em 2005 e iniciou sua vigência internacional em junho de 2007. Ela traz o conceito jurídico de emergência de saúde pública de interesse internacional, no qual a pandemia da Covid-19 pode ser enquadrada com tranquilidade. Por se tratar de um acordo internacional, o texto foi aprovado pelo Senado em 2009. Logo, a sua observância é cogente no país como norma infraconstitucional (WEDY, 2020).

Também, a Lei 13.979/2020, dispõe sobre "as medidas que poderão ser adotadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto iniciado em 2019" (BRASIL, 2020). As medidas estabelecidas na Lei objetivam a proteção da coletividade.

No § 2º, do art. 1º, resta expresso que é ato do Ministro de Estado da Saúde que disporá sobre a duração da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei. Este ato, portanto, jamais deve ser do Presidente da República, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. Contudo, o § 3º do mesmo artigo prevê que o prazo de que trata o referido § 2º não poderá ser superior ao declarado pela OMS (BRASIL, 2020).

O legislador, no Art. 2º, trouxe importantes definições de isolamento e de quarentena, agora de cunho jurídico. São estes, aliás, os meios mais eficazes para se evitar o alastramento da pandemia. São estes os conceitos:

> I – isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e, II – quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de

> contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, 2020).

Para o enfrentamento do coronavírus as autoridades poderão adotar, de acordo com o art. 3º da lei, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

> I – isolamento; II – quarentena; III – determinação de realização compulsória de a) exames medico; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; IV – estudo ou investigação epidemiológica; V – exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI – restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos; VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: a) entrada e saída do País; e; b) locomoção interestadual e intermunicipal; VII – requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: 1. Food and Drug Administration (FDA); 2. European Medicines Agency (EMA); 3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA);
>
> 4.National Medical Products Administration (NMPA); (BRASIL, 2020).

As medidas previstas no referido artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública (§ 1º). Todavia, evidentemente, isto não significa que o princípio da precaução não deva ser aplicado quando existir alguma incerteza científica e estiver presente o risco de dano em decorrência da pandemia. Isto porque o princípio da precaução possui status constitucional e prevalece sobre a normativa infraconstitucional possuindo evidente carga de eficácia qualificada (BRASIL, 2020).

As pessoas possuem garantias expressas quando afetadas pelas disposições desta norma excepcional. São estas, de acordo com o § 2º do art. 3º:

> I – O direito de serem informadas permanentemente sobreo seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento; II – o direito de receberem tratamento gratuito; e, por fim, III – o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme

> preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020 (BRASIL, 2020).

O trabalhador celetista e o funcionário público, por sua vez, possuem garantias especiais durante a vigência da lei, como a falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada decorrente das medidas previstas na norma excepcional (§ 3º) (BRASIL, 2020).

É dispensável a licitação, segundo o art. 4º da Lei, para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. A dispensa de licitação a que se refere o caput do referido artigo é, evidentemente, temporária. Também, excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido (BRASIL, 2020).

Outra medida relevante prevista na lei, em seu art. 3º, § 6º, é a obrigatoriedade do compartilhamento entre Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação. A obrigação a que se refere o caput do artigo estende-se às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária. O Ministério da Saúde, por sua vez, manterá dados públicos e atualizados sobre os casos confirmados, suspeitos e em investigação, relativos à situação de emergência pública sanitária, resguardando o direito ao sigilo das informações pessoais (BRASIL, 2020). Assim, o dever de informação dos entes públicos e privados é essencial em tempos de pandemia, devendo todos os cidadãos colaborarem com informações e dados relevantes para adoção de respostas e de medidas de precaução e de prevenção para conter a Covid-19.

5. DA PANDEMIA EM JUÍZO

A crise causada pela pandemia do coronavírus (Covid-19) bateu às portas do Supremo

Tribunal Federal com os legitimados ajuizando, até o momento, mais de 40 ações de controle concentrado de constitucionalidade. Os pleitos à corte são os mais diversos, entre estas: medidas que afetam o direito dos trabalhadores; a extensão do prazo do pagamento da dívida dos estados com a União; o calendário eleitoral; a situação do sistema carcerário, entre outros (VALENTE, 2020).

O STF produziu até agora três nítidas e bem definidas linhas de decisões: “1. decisões que liberam recursos; 2. decisões que liberam os estados do pagamento da dívida com a União; 3. decisões em favor da federação, ou seja, reconhecendo a competência de governos estaduais e municipais para a adoção de medidas precautórias e preventivas” (VALENTE, 2020).

A Justiça Federal do Distrito Federal, em decisão do juiz da 9ª Vara, concedeu liminar proibindo as instituições do Sistema Financeiro Nacional de tomarem medidas para aumentar a taxa de juros ou intensificar as exigências para a concessão de crédito (VITAL, 2020). Correta a decisão, pois combater a agiotagem e a usura em tempos de pandemia de fato são uma necessidade, pois a ganância humana não tem limites.

6. CONCIDERAÇÕES FINAIS

É importante diferenciar o princípio da prevenção do princípio da precaução, assuntos de grande divergência doutrinária. O princípio da prevenção visa prevenir pois já são conhecidas as consequências de determinado ato. O nexo causal já está cientificamente comprovado ou pode, muitas vezes, decorrer da lógica. Já o princípio da precaução visa prevenir por não se saber quais as consequências e reflexos que determinada ação ou aplicação científica poderão gerar ao meio ambiente, no espaço ou tempo. Está presente a incerteza científica.

A pandemia da Covid-19 precisa ser combatida com uma visão prospectiva, de modo que a comunidade internacional, as nações, os entes privados, a sociedade e os indivíduos tirem, observando os erros e os acertos deste período, as lições necessárias para o enfrentamento de duas crises em que estamos igualmente imersos e que irão, sem sombra de dívida, se agravar se nada for feito nos próximos anos: o aquecimento global e a perda da biodiversidade.

A virada da economia alicerçada nos combustíveis fósseis para a economia verde, ocasionada pelas energias renováveis, necessita ocorrer urgentemente, nos modos e com os objetivos previstos no Acordo de Paris e na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU, com os seus 17 Objetivos e 179 Metas. O engajamento de todos é fundamental para a concretização desta meta descarbonizada em tempos de aquecimento global e de pandemia.

O princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, no caso brasileiro, deve ser invocado como fundamento para o combate à pandemia da Covid-19, ao aquecimento global e à perda da biodiversidade. É corolário deste princípio o cumprimento dos artigos 6º, 170, 196, 198 e 225 da

Constituição Federal, da normativa climática e ambiental infraconstitucional, do Regulamento Sanitário Internacional, da Lei 13. 979/2020, e das determinações da OMS.

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Podemos sair do desastre humanitário da pandemia mais ricos como cidadãos. In: Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/luis-roberto-barroso-fizessemos-diferente. Acesso em: 14 ago. 2021.

BARRY, John M. The great influenza: the story of the deadlist pandemic in history. New York: The Penguin Books, 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Covid e Saúde. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em:13 ago. 2020.

_____. LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 ago.

2021.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. The ecology of law. toward a legal system in tune with nature andcommunity. Oakland: Berrett-Koeheler Publishers, 2015.

DOHERTY, Peter. Pandemics: what everyone needs to know. New York: Oxford University Press, 2012.

GUTERRES, António. A time to save the sick and rescue the planet. In: The New York Times. Disponível em:

https://www.nytimes.com/2020/04/28/opinion/coronavirus-climate-antonioguterres.html?smid=fb-share&fbclid=IwAR0TBid8sUXgpBuc_zWkC_W- HDGajGDa0DT6uJTuIvbXzJzGwl5L9OSUoM. Acesso em: 09 set. 2021.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. Renewable energy can support resilient and equitable recovery. Disponível em: https://www.irena.org/newsroom/pressreleases/2020/Apr/Renewable-energy-can-support- resilient-and-equitable-recovery. Acesso em: 14 set. 2021.

INVESTOPEDIA. Nobel Winner Joseph Stigitz on Income Inequality After Covid-19. Disponível em: https://www.investopedia.com/nobel-winner-joseph-stiglitz-on-income- inequality-after-covid-19-4843052. Acesso em: 20 set. 2021.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY OF MEDICINE. Coronavirus Resource Center.

Coronavirus Map. Disponível em: https://coronavirus.jhu.edu/map.html. Acesso em: 14 set. 2021.

MACMILLEN, Christian. Pandemics: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2016.

MATSON, Pamela; CLARK, William; ANDERSON, Krister. Pursuing sustainability: a guide to the scienceand practice. Princeton: Princeton University Press, 2016.

O GLOBO. Declaração de Eduardo Bolsonaro sobre coronavírus provoca crise diplomática com a China. Disponível em: https://oglobo.globo.com/mundo/declaracao-de- eduardo-bolsonaro-sobre-coronavirus-provoca-crise-diplomatica-com-china-24313933. Acesso em: 20 out. 2021.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. OMS. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus. Acesso em: 26 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana dos direitos humanos. Resolução 1 2020. Disponível em: Versão em espanhol:

https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

PRESTON, Theodore. Pandemic. A Brief History of Influenza, the Plague, Cholera, and Other Infectious Diseases that Have Changed the World; How They Started, How They Ended, and The Lessons Learnedby Humanity. Amazon: (Kindle Edition), 2020.

SACHS, Jeffrey. The age of sustainable development. New York: Columbia University Press, 2015.

SHAH, Sonia. Pandemic: traking contagious from cholera to ebola and beyond. New York: Farrar, Strausand Giroux, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Operar unha não exige anestesia geral. In: Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/lenio-streck-operar-unha-nao-exige- anistia-geral. Acesso em: 02 dez. 2021.

STRUB, Spencer. Illness & Crisis, From Medieval Plague Tracts To Covid-19. The New York Review of Books. Disponível em: https://www.nybooks.com/daily/2020/03/25/illness-and- crisis-from-medieval-plague-tracts-to-covid-19/. Acesso em: 10 nov. 2021.

SUNSTEIN, Cass. Valuing life: humanizing the regulatory state. Chicago: The Chicago Universtity Press,2014.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Covid 19 e subnotificação. Disponível em:

https://ciis.fmrp.usp.br/covid19/analise-subnotificacao/. Acesso em: 20 dez. 2021.

VALENTE, Fernanda. Em menos de um mês, 40 ações sobre coronavírus chegam ao STF. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020- abr-08/mes-40-acoes-coronavirus-chegam-stf. Acesso em: 12 out. 2021.

VITAL, Danilo. Contra inércia bancária, juiz do DF proíbe aumento de juros durante epidemia. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/juiz-df-proibe-bancos-aumentar-juros-durante- pandemia. Acesso em: 18 nov. 2021.

WEDY, Gabriel. Covid-19, mudança do clima e perda da biodiversidade. Revista Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/covid-19-mudanca- clima-perda-biodiversidade. Acesso em: 22 nov. 2021.

____. Da aplicação sistêmica do princípio da precaução no combate à Covid-19. Systemic application of the precautionary principle in the fight against Covid-19. Revista de Direito Ambiental | vol. 99/2020 | p. 119 - 140 | Jul - Set / 2020DTR\2020\11619. Disponível em: https://revistadostribunais.com.br. Acesso em: 19 nov. 2021.

____. O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública (de acordo com o direito das mudanças climáticas e o direito dos desastres). 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

_____. Pandemia, horror e discriminação – os piores erros do passado. Revista Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/ambiente-juridico- pandemia-horror-discriminacao-piores-erros-passado. Acesso em: 23 out. 2021.

___. Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

WORLD ECONOMIC FORUM. World Leaders Must Unite In Tackling Covid-19, says Joseph Stiglitz. Disponível em: https://www.weforum.org/agenda/2020/04/internationalizing- coronavirus-covid19-globalization-leadership. Acesso em: 11 ago. 2021.

WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION. Earth day highlights climate action. Disponível em: https://public.wmo.int/en/media/press-release/earth-day-highlights-climate- action. Acesso em:14.dez. 2021.

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA EQUIPARADO AO RACISMO

Resumo: A presente pesquisa tem como fundamento a análise sobre a recente equiparação da homofobia ao crime de racismo, onde, através de pesquisa bibliográfica qualitativa e quantitativa se busca saber "a equiparação realmente foi suficiente para proteger a comunidade LGBTQIA+?" A Constituição Federal de 1988 já protege o homossexual como pessoa, uma vez que na própria lei é exposto que "todos são iguais perante a lei, sem distinção", além de vários princípios que norteiam o direito que também vão de encontro com tal ditame, porém, apenas isso não é suficiente para a proteção dessa comunidade, se fazendo necessário que seja discutido uma melhor forma para tal, portanto, o desamparo dessa comunidade faz com que seja relevante pesquisar e ir atrás de uma solução para tal problema. Sendo assim, temos como objetivo geral analisar as consequências e os efeitos da criminalização da homofobia e como objetivos específicos estudar sobre direitos fundamentais de acordo com a CF/88 e a questão de gênero; analisar sobre as questões de sexualidade, conceituando a homofobia e o racismo e por fim, apresentar o conceito básico de crime, visando a análise da criminalização da homofobia bem como expor julgados inerentes a penalização imposta. O estudo proporcionará a possível resposta trazendo que, apesar da equiparação ser um grande avanço na luta da comunidade por direitos, a equiparação por si só não é eficiente, deixando ainda algumas brechas que podem ser usadas a favor de quem comete o crime de homofobia.

Palavras-chave: Homofobia. Racismo. Criminalização.

1. INTRODUÇÃO

O atual artigo tem como propósito discorrer a respeito da criminalização da homofobia, quando equiparado a Lei de racismo, pois, apesar da Constituição Federal de 1988 apresentar no caput do seu artigo 5º que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", ainda assim há uma discriminação em relação aos homossexuais.

A Lei 7716/89 (lei do racismo) define crimes advindos de preconceitos contra cor, raça, etnia e recentemente a homofobia foi equiparada a tal Lei, sendo os crimes homofóbicos julgados de acordo com tal, porém, o questionamento que fica é: a equiparação a Lei do racismo foi suficiente para proteger a minoria da comunidade LGBTQIA+?

Para tanto, será analisado as consequências e os efeitos da criminalização da homofobia pela equiparação, através de estudos a respeito dos direitos fundamentais de acordo com a Constituição Federal de 1988 e a questão de gênero, conceituando a homofobia e o racismo de uma forma geral, e por fim, apresentado o conceito básico de crime e criminalização da homofobia além de julgados inerentes ao caso estudado.

O tema do presente artigo tem como justificativa o fato de diversas reportagens e estatísticas apontar que o Brasil é o país que mais mata homossexuais, sendo a discussão de tal tema importante, uma vez que deve ser encontrado uma solução para o referido problema. Sabe- se que recentemente foi discutido a respeito de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que tratava da equiparação da homofobia ao racismo, o que ficou decidido que seria uma boa saída para a negligência do Poder Público em relação ao tema.

Porém, após pesquisas e análises de casos concretos, fica exposto que apenas a equiparação não é suficiente para resolver o problema, pois, como veremos mais a frente em uma das ementas que será apresentada, há algumas particularidades da Lei 7716/89 que pode ser usada como uma brecha para a interpretação em relação ao crime de homofobia.

A forma de pesquisa utilizada para produzir o presente artigo foi a pesquisa teórico- bibliográfica de caráter qualitativo e quantitativo, utilizando-se ferramentas de pesquisas que se tem disponíveis na internet, utilizando de fontes primárias e secundárias, além de realizar uma pesquisa com método dedutivo, partindo de questões gerais como os direitos fundamentais até partir para a premissa

individual que são os julgados na questão da homofobia. Para discorrer melhor a respeito do tema proposto foram também selecionados artigos científicos , resumos expandidos, doutrinas, entre outras fontes que foram vistas como as melhores para a elaboração do artigo, tendo como finalidade o conhecimento e a clareza para o leitor.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES A GÊNERO

Existem alguns direitos que são inerentes ao ser humano, são conquistados no nascimento e os acompanham até sua morte. Dito isto, a Constituição Federal é a responsável por resguardar esses direitos que são a base da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana; tudo que iremos mencionar nesta sessão pode ser encontrado na Constituição Federal de 1988.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Simplesmente por existir, o ser humano possui alguns direitos naturais e inalienáveis, que são eles, os Direitos Fundamentais, responsáveis por garantir o mínimo necessário para que uma pessoa possa existir com dignidade. Por serem direitos inerentes, o Estado não precisa concedê-los às pessoas, apenas cumprir o seu papel e protegê-los para que sejam sempre respeitados por todos.

A criação dos Direitos Fundamentais não tem apenas uma fonte, eles advém de vários documentos que tinham como finalidade resguardar alguns direitos na época da Idade Média, porém, podemos destacar aqui como o principal documento da época a Magna Charta Libertatum, que foi um pacto feito em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e os bispos e barões ingleses. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2021):

> Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

Atualmente, os Direitos Fundamentais são regidos pela Constituição Federal de 1988, onde em seu Título II, é tratado exclusivamente sobre os direitos e garantias fundamentais, tendo como o mais importante, o seu artigo 5º, onde em seu caput, já se deixa claro que, perante a lei, todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza.

Pode ser citado aqui, alguns direitos previstos no artigo anteriormente mencionado que são relevantes ao tema proposto:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

> inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
>
> [...]
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]
>
> XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
>
> XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Os incisos acima citados são apenas alguns de um total de 78 incisos que o artigo 5º possui, todos eles relacionados aos Direitos Fundamentais já mencionados. Com o tempo tais direitos foram divididos em dimensões ou gerações por alguns doutrinadores, a maioria deles os dividem em 3 gerações, que seriam elas: 1ª geração - Direitos de liberdade, como os direitos civis e políticos; 2ª geração - Direitos de igualdade, como os direitos sociais; 3ª geração - Direito de fraternidade ou solidariedade, como o direito à paz, outros doutrinadores dividem em 5 ou até mesmo 6 gerações, porém não vamos tratar delas aqui.

A geração mais importante para o presente texto é a de 1ª, que se trata de direitos considerados como "negativos", já que perante eles, se deve haver uma conduta de abstenção e não de ação por parte dos poderes públicos. Os direitos mais relevantes desta geração são o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (SARLET, 2021).

Liberdade de expressão, não discriminação, integridade física e psicológica, direito à vida e a não discriminação por sexo, raça e religião são outros direitos fundamentais e indiscutíveis de todos os seres humanos. Sendo assim, tona-se imprescindível que se faça a conceituação de cada um.

Conforme o artigo 5°, CF, o ser humano possui o direito a sua liberdade de expressão, sendo vedada o anonimato, além de em seu artigo 220, também vedar qualquer tipo de censura, seja ela de natureza política, ideológica ou artística. Mas, é importante dizer que apesar de ser um direito previsto na constituição, uma pessoa não pode se utilizar dele para ferir outra, pois, a não discriminação também é um direito previsto na CF/88.

Para conceituar, a discriminação vem por meio de uma conduta que se resulta em violação de direitos, podendo ser motivada por raça, sexo, idade, estado civil, deficiência física ou mental, entre outros. Tal discriminação possui expressa proibição no artigo 3°, IV, CF, onde se diz que "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

A integridade física e psicológica e também o direito à vida, são dois outros direitos fundamentais que também estão ligados ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Diz André Guilherme Tavares de Freitas (p. 32, 2021) que o "Direito à Integridade Física é aquele que assegura a proteção do Ser Humano e das suas diversas funções biológicas, sempre que não estiver em causa a sua sobrevivência, pois nessa hipótese estaremos diante do Direito à Vida".

O Direito à Vida, inerente a todos os seres humanos, previsto no artigo 5° da CF/88 deve ser entendido, não só como a preservação da vida em si, mas também a proteção do direito à uma vida digna, onde se inclui o respeito à integridade física e psicológica das pessoas.

Dessa forma, se faz importante que seja feita a proteção de tais direitos, para que não haja a mitigação dos mesmos. Ao se falar de saúde psicológica, muitas vezes é se confundido com doenças mentais, porém, nem sempre ao se referir neste termo está sendo tratado de tal assunto, pois, apesar de ser importante para se discutir, também é essencial falarmos a respeito da pressão psicológica que muitas pessoas sofrem na sociedade por serem consideradas "diferentes".

2.2 PRINCÍPIOS

Os princípios são a base das regras, é através de um princípio que se cria uma nova regra, dito isto, pode ser presumido que exista vários princípios importantes no direito, porém vamos dar ênfase em apenas dois no presente artigo, o Princípio da Igualdade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

De acordo com o dicionário, liberdade é o "grau de independência legítimo que um cidadão, um povo ou uma nação elege como valor supremo, como ideal", ou seja, é o direito dos cidadãos de escolher o que querem ou não fazer, se quer ou não ir ou estar em determinado lugar, porém, deve-se observar que o direito à liberdade de certa forma pode ser limitado, uma vez que a sua liberdade de fazer tal coisa acaba quando tal ato pode causar algum tipo de dano ou violação à liberdade de outra pessoa.

O direito a liberdade está prevista no artigo 5º, inciso II, onde diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Tal princípio é reafirmado em outros incisos, como por exemplo no inciso XX, onde diz que ninguém será obrigado a associar-se ou manter associado em qualquer tipo de associação.

Como conceituado por José Afonso da Silva (1995, p. 227), a liberdade diz respeito ao poder que o homem tem de sempre buscar sua realização pessoal, sua própria felicidade, podendo ser proposto um conceito de que a liberdade equivale ao que será feito para que a realização pessoal de felicidade seja alcançada.

O princípio da igualdade, conforme proposto por Fernanda da Costa Lima (2021) possui duas vertentes, a igualdade formal e a igualdade material. A igualdade formal diz respeito aquela já imposta pela lei, onde diz que “todos são iguais perante a lei”, fazendo com que não haja o privilégio de alguns grupos sobre outros, enquanto a igualdade material versa sobre o tratamento desigual daquelas pessoas que possuem algum tipo de vulnerabilidade, tratando assim os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

Dessa forma, fica prescrito que em alguns casos mencionados na Constituição Federal, deve-se averiguar se a pessoa possui alguma desigualdade em relação às demais, para só então poder aplicar o tratamento que aquela pessoa vai receber.

A dignidade é inerente a todos os indivíduos, que decorre da própria condição humana, ou seja, apenas por ser um indivíduo com vida, já é possuidor de dignidade. O respeito a dignidade da pessoa humana é extraído da ética, onde entende que o ser humano, apesar de raça, gênero, capacidade ou qualquer outra característica, deve ter seus interesses respeitados (Juiz de Direito André Gustavo Corrêa de Andrade, 2021).

Tal princípio não é fruto de generosidade, mas sim de solidariedade, sendo assim, deve-se o cidadão respeitar a liberdade de escolha de cada indivíduo da sociedade, sendo a censura considerada um grave ataque à dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet (2021) conceitua a Dignidade da pessoa Humana:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de

> direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana vem para proteger a todos, e nada mais faz do que impor que o Estado respeite, proteja e promova as condições necessárias para que todos possam ter uma vida com o mínimo de dignidade. Este princípio está concretizado na Constituição Federal, em seu artigo 1°, inciso III, sendo um dos fundamentos básicos da República Federativa do Brasil.

Outro princípio importante a ser citado aqui é o princípio da personalidade. O artigo 5º, inciso X, CF/88, estabelece que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", isto porque todas essas coisas dizem respeito a personalidade de um indivíduo.

2.3 GÊNERO

A questão de gênero muitas vezes causa uma certa confusão nas pessoas, somos ensinados desde cedo que existem apenas dois gêneros, que são aqueles que diferenciam o homem da mulher, o masculino do feminino, podendo usar gênero como sinônimo de "sexo", sendo o que diferencia socialmente as pessoas.

Por ser uma construção social, o gênero pode ser entendido como algo mutável e não limitado a essa binariedade que existe quando atribuímos o significado da palavra apenas a diferenciação de homem e mulher, gênero é muito mais que isso, assim como diz Judith Butler (p. 253, 2021) "Gênero é o mecanismo pelo qual as noções de masculino e feminino são produzidas e naturalizadas, mas gênero pode muito bem ser o aparato através do qual esses termos podem ser desconstruídos e desnaturalizados" .

Atualmente, é muito defendido a nomenclatura "identidade de gênero", que diz respeito a qual gênero que determinada pessoa se identifica, sem fazer nenhuma relação com a sexualidade que foi atribuída a mesma no nascimento.

É importante destacar aqui, que a identidade de gênero faz uma relação com a sexualidade mas não impõe nenhum tipo de regra, é sabido que historicamente são mais aceitos os casais formados por um

homem e uma mulher, porém, a identidade sexual vem para quebrar esse paradigma e nos trás outros formatos de relacionamento.

De acordo com Guacira Lopes Louro (2021):

> Ora, é evidente que essas identidades (sexuais e de gênero) estão profundamente inter-relacionadas; nossa linguagem e nossas práticas muito frequentemente as confundem, tornando difícil pensá-las distintivamente. No entanto, elas não são a mesma coisa.

Dito isto, pode-se dizer que um homem ou uma mulher pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual, mesmo que este indivíduo seja transgênero ou cisgênero, a identidade de gênero das pessoas não interfere na identidade sexual da mesma, ou seja, não é porque um homem se tornou uma mulher trans que ela vai se interessar por homens, visto que gênero e sexualidade são independentes um do outro.

Dessa forma, é importante frisar, que a identidade sexual e de gênero não são dadas ou impostas, não tem um momento certo na vida para a escolha delas, elas vão sendo constituídas, sendo passíveis de transformação (LOURO, 2021).

Por ser algo mutável e que de certa forma muda a visão de um conceito que já existe há muito tempo, um indivíduo que possui uma identidade de gênero diferente do gênero atribuído ao mesmo biologicamente pode acarretar uma ação negativa da sociedade, ação essa que pode ser encaixada no conceito de homofobia, que é o assunto a ser discutido na próxima sessão.

3. HOMOFOBIA E O RACISMO

Em poucas palavras pode-se definir o racismo como o preconceito a uma pessoa ou sociedade de determinado grupo racial ou étnico, grupos marginalizados ou uma minoria. A homofobia, é a aversão ao homossexual e a homossexualidade. Se faz necessário aprofundar no significado de cada nomenclatura citada, no decorrer desta sessão.

3.1 SEXUALIDADE NA QUESTÃO DE GÊNERO

Em primeiro lugar gostaria de diferenciar sexo de sexualidade, enquanto o primeiro diz respeito a genital com a nascemos e também pode ser atribuída a relação sexual, a segunda nomenclatura vai muito além disso, ela diz respeito a como nos vemos e como queremos ser vistos diante das outras pessoas, diz respeito a tudo que conseguimos expressar e sentir.

Pode ser feita a diferenciação de três termos relacionados a gênero e sexualidade, que são eles: transgênero, cisgênero e não-binário. Segundo Tatiana Pimenta, transgêneros são aquelas pessoas que nasceram de determinado sexo, mas não se identificam assim, por exemplo, uma pessoa que nasceu com a genitália masculina, passou por todas as transformações que os hormônios masculinos causam no corpo, porém sua identificação é com o físico feminino.

Cisgêneros é o oposto dos transgêneros, são aquelas pessoas que nasceram de determinado sexo e assim se identificam, por exemplo, uma pessoa que nasce com a genitália feminina, passa pelas transformações que os hormônios femininos causam e assim se sentem bem, assumem os padrões sociais que tem ligação com o feminino.

Não binário por sua vez são aquelas pessoas que não se enquadram em um gênero específico de homem ou mulher, tal pessoa pode ter característica física feminina, masculina ou as duas, tal pessoa não se rotula como homem ou mulher (PIMENTA, 2021).

Além desses, também existem outras sexualidades que podemos citar aqui, mas não vamos nos aprofundar muito, como por exemplo, androsexual (atração pela masculinidade, homem ou mulher masculina), arromântico (pessoas que não sentem uma atração romântica ou desejo de romance), assexual (não sente atração sexual por pessoas de nenhum gênero).

Mas não são só esses, existem mais de 20 denominações sexuais atualmente, dentre elas está o demissexual, graysexual, gynesexual, monosexual, entre muitos outros. Com isso, fica claro como o termo sexualidade é algo amplo, não dizendo respeito apenas a atração sexual como também a forma como a pessoa se vê.

3.2 CONCEITO DE HOMOFOBIA

De acordo com o dicionário, pode-se conceituar a homofobia como sendo um “Medo patológico em relação à homossexualidade e aos homossexuais, a quem se sente sexual e afetivamente atraído por pessoas do mesmo sexo”, ou então como um “Ódio direcionado aos homossexuais, geralmente demonstrado através de violência física ou verbal”, sendo assim, fica claro que o termo está sempre ligado a uma prática negativa (RIBEIRO, 2021).

A homofobia advém da normalização da heterossexualidade, que sempre foi vista como o que é “normal” ou o que é “certo”, porém, não há o que se falar em certo ou errado, normal ou anormal

quando se trata de sexualidade. Como já dito anteriormente, a sexualidade é a forma como cada um se enxerga e diz muito respeito a como cada um se expressa, desta forma, uma pessoa se atrair por pessoas do mesmo sexo não deve ser taxado como certo ou errado.

A sexualidade é particular de cada um e a homofobia reprime as pessoas, impedem que elas se expressem como gostariam de se expressar e escondam quem realmente é do mundo, pois, muitas vezes, a homossexualidade é vista como algo ruim, como um "defeito".

A homofobia algumas vezes é ligada a uma ideia de "doença", onde de um lado há pessoas que acreditam que a homossexualidade seja uma doença e de outro onde, a contraponto do primeiro, algumas pessoas dizem que a doença no caso seria a homofobia. Pode-se mencionar aqui que, segundo Rogério Diniz Junqueira (p. 4, 2021) :

> Costuma-se mencionar que, em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria (APA) retirou a homossexualidade de seu Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais e que, em 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) excluiu-a do Código Internacional de Doenças (CID).

Tais atos por parte da comunidade médica se faz extremamente necessários, porém não tem como deixar de lado que, qualquer pesquisa ou levantamento de dados são "contaminados" com padrões religiosos e morais da época em que é feito. Depois de tanto tempo em que a homossexualidade saiu da esfera de distúrbios mentais, um projeto do deputado João Campos do PSDB de Goiás, fez o termo "cura gay" vir a tona em 2011, devido a repercussão de seu projeto na mídia.

Tal projeto tinha como objetivo invalidar dois dispositivos presentes na Resolução 1/99 do Conselho Federal de Psicologia (2021). O primeiro dispositivo diz que "os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades", enquanto o segundo diz que "os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica".

Como fundamento de sua opinião, segundo a Agência Câmara de Notícias (PINHEIRO, 2021), o deputado João Campos alegou que as orientações do Conselho de Psicologia restringe o trabalho dos psicólogos e reduz o direito das pessoas de receber uma orientação profissional, dizendo também que tal resolução extrapola o poder do Conselho e pega para si competências que seriam do Poder Legislativo.

O projeto proposto pelo deputado foi duramente criticado por grande parte da população na época, sendo alvo de grandes protestos, reunindo manifestantes por todo o país, pois tal liminar poderia abrir uma brecha para que os psicólogos pudessem oferecer “terapias de reorientação sexual”.

Dessa forma, no dia 02 de Julho de 2013, a Câmara arquivou o projeto, sendo que o requerimento aprovado para que houvesse o arquivamento partiu do próprio deputado, porém o mesmo deixou claro que não mudou sua opinião acerca do assunto, que não vê a homossexualidade como uma doença e que em seu projeto não havia uma vírgula sobre “cura gay”.

Segundo Paulo Iotti (2021), “a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas LGBTI+ são marcadores sociais que as fazem ser inferiorizadas de forma estrutural, sistemática e institucional ao longo da história”, complementando tal pensamento dizendo que a comunidade LGBTQIA+ é vista como pessoas exóticas, fadadas a exercerem papéis secundários, uma vez que existem demissões ou não contratações motivadas pelo descobrimento da sexualidade do trabalhador.

Mas comunidade LGBTQIA+ não sofre apenas com agressões verbais e discriminações como a citada anteriormente, mas também e principalmente agressões físicas. A violência contra o homossexual é frequente e segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), apenas no ano de 2020, houve cerca de 237 mortes violentas atreladas à orientação sexual da vítima, enfatizando a importância da luta contra o preconceito.

O IBDFAM indica os dados apresentados pelo Grupo Gay da Bahia - GGB (2021):

> O levantamento dá conta de 224 homicídios (94,5%) e 13 suicídios (5,5%) de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Pela primeira vez, desde 1980, as travestis ultrapassaram os gays em número de mortes: 161 travestis e trans (70%), 51 gays (22%) 10 lésbicas (5%), 3 homens trans (1%) e 3 bissexuais (1%), além de 2 heterossexuais confundidos com gays (0,4%).

Ainda conforme o IBDFAM, quando comparado com o índice de mortes de homossexuais nos anos de 2019 (329 mortes), 2018 (420 mortes) e 2017 (445 mortes), houve uma queda de cerca de 28%, porém, ainda assim é um número assustador. Na mesma reportagem publicada no site do IBDFAM, também é citado que até o ano de 2020, homens gays eram proibidos de doar sangue.

Segundo o Observatório de Mortes Violentas de LGBTQIA+ (2021), o perfil da maior parte das vítimas da homofobia são pessoas entre 15 e 30 anos (32,91%), sendo de cor preta e parda (29,96%), sendo a profissão mais afetada a de profissional do sexo (44,66%), o que expõe uma infração a direitos básicos

como educação e cultura de pessoas dessa comunidade. Ainda segundo esse observatório, 60,82% das mortes ocorrem em espaço público, e 72,61% no período noturno. 77% das vítimas são gays e, segundo a identidade de gênero das mesmas, 76% são travestis e mulheres trans.

Há várias outras informações que podem ser retiradas do Observatório de Mortes Violentas de LGBTQIA+, também é traçado um perfil das vítimas que se suicidaram, além de apresentarem uma escala das mortes no Brasil em 2020.

Porém, visto que o presente artigo tem como finalidade discutir a equiparação da homofobia com o racismo, é válido que seja feito também uma explicação geral do conceito de racismo, mesmo que apenas superficialmente, já que se trata de um assunto denso.

3.3 NOÇÕES GERAIS ACERCA DO RACISMO

Raça é distinguida por características biológicas que diferenciam os seres humanos, sendo estas características a cor da pele, tipo de cabelo, formato de rosto e crânio e genética. Dessa forma, o racismo é a discriminação que existe entre as raças, advém de uma falsa ideia de que uma raça é "superior" a outra, causando assim um série de desigualdades entre as pessoas, além de um tratamento hostil entre os mesmos.

Portanto, essa herança repudiante que é o racismo conhecido hoje veio da escravidão, da época em que os brancos tinham a falsa noção de que eram superiores e os pretos não tinham voz. Aqui cabe uma definição muito bem colocada sobre o racismo, retirada da matéria "O elo da escravidão e o racismo contemporâneo", escrito por Rochester Oliveira Araújo (2021).

> O racismo é um fenômeno atual. Isso não nega a sua origem no regime escravocrata, mas, ao contrário, reconhece que apesar de se ter findado com o regime de exploração escravocrata – da forma tradicional, reconhecida formalmente pelas instituições como legítimo – o racismo se perpetua. Há uma atualização do racismo que se dissocia da escravidão. Não podemos contemplar o fim da escravidão e acreditar que com ela o racismo teria morrido, sobrando-se eventuais episódios inadequados que devam ser enterrados juntos a partir de uma "civilidade moderna".

Segundo Kátia Machado (2021), mesmo após mais de 100 anos desde a assinatura da abolição da lei áurea, os negros ainda sofrem, sentem o preconceito que está marcado em suas histórias, tendo menor escolaridade e menor salário, isso quando empregado, visto que a taxa de desemprego entre os negros é superior que em relação aos demais.

Se faz aqui uma diferenciação importante de dois termos correlatos, que no caso é o racismo, pelo qual já estamos falando e a injúria racial. Segundo a Agência CNJ de notícias (2021), pode-se definir que a injúria racial é caracterizada pelo uso de palavras pejorativas empregadas com o intuito de ofender a honra da vítima, enquanto, por sua vez, o racismo parte do mesmo pressuposto, porém de uma forma mais ampla, onde não se ofende uma pessoa só em si, mas sim toda uma coletividade.

Atualmente no Brasil e desde 1989, é vigente a Lei 7.716 de 1989 (2021), que tem como intuito mitigar o racismo que ainda é presente no país, tal lei logo em seu artigo 1º fixa que todos os crimes advindos de discriminação, seja por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional serão punidos pela forma de tal lei.

Ao longo de todo o texto da Lei (PLANALTO, 2021) é citado em seus artigos várias práticas que são proibidas e poderão ser julgadas em conformidade com a lei, como por exemplo o impedimento do preto ao acesso de qualquer estabelecimento aberto ao público por exemplo, bares, restaurantes, salão de beleza, entre outros, além de impedir que seja negado o acesso à qualquer serviço no ramo das Forças Armadas.

Se faz interessante lembrar que o racismo, com base no artigo 5º da Constituição

Federal, é um crime inafiançável, pois não admite a libertação do criminoso mediante pagamento de fiança, e imprescritível, uma vez que tal crime não deixa de fazer efeito ao longo do tempo, ou seja, mesmo depois de décadas do cometimento do crime, o autor ainda pode ser julgado.

4. CONSEQUÊNCIAS E EFEITOS DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Como descrito anteriormente, ainda existe muito preconceito com pessoas pretas no Brasil, e não é diferente com pessoas que possuem uma sexualidade “diferente do comum”. Sendo assim, se o crime de racismo foi idealizado para proteger uma minoria que sofre com preconceitos diariamente, porque não incluir outras minorias que também sofrem com desrespeito no Brasil no mesmo crime? Dito isto, é sobre a equiparação da homofobia com o racismo que vamos discutir aqui.

4.1 CONCEITO DE CRIME

Na Lei de introdução do Código Penal, logo em seu artigo 1º, é feita uma pequena conceituação do que é crime, onde se diz:

> Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Pode citar também, que, segundo a Constituição Federal de 1988, artigo 5º, para que uma certa conduta seja tipificada como crime, deve antes, existir uma lei que a classifique como tal, ou seja, não existe crime sem antes existir uma lei que o defina, dessa forma toda lei antecede um crime.

Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 619) pontua que o crime, pode ser conceituado como crime formal, que seria toda omissão ou ação que tenha proibição em lei, ou crime material, que seria toda ação ou a falta dela que vá contra valores do corpo social, mas também é defendido por ele que seja feita uma terceira conceituação, baseado em um conceito analítico, pois segundo ele, os conceitos materiais e formais não são suficientes para que seja feita uma análise da estrutura do crime.

O crime está diretamente relacionado à infração penal, uma vez que a infração penal é o gênero de onde se extrai o conceito de crime e de contravenção penal. Desta forma, segundo Rogério Sanches (2021, p.146), a infração penal tem seu conceito dividido entre três enfoques, o enfoque formal, o enfoque material e o enfoque analítico, sendo assim:

> Sob o enfoque formal, infração penal é aquilo que assim está rotulado em uma norma penal incriminadora, sob ameaça de pena.Num conceito material, infração penal é comportamento humano causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, passível de sanção penal.O conceito analítico leva em consideração os elementos estruturais que compõem infração penal, prevalecendo fato típico, ilícito e culpável.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 229), a diferença entre crime e contravenção penal está na pena aplicada para cada um, uma vez que no caso do crime a pena se faz mais densa, podendo ser uma pena de detenção ou reclusão, enquanto na contravenção penal, a pena máxima é de uma prisão simples, além de que o crime pode cumular a pena privativa de liberdade com a multa, enquanto no caso da contravenção penal não.

Como dito por Rogério Sanches (2021, p. 150), o sujeito do crime é dividido em sujeito ativo e sujeito passivo. O sujeito ativo é aquele que comete o crime propriamente dito, podendo ser qualquer pessoa física capaz e que tenha 18 anos completos, enquanto o sujeito passivo é aquele que sofre as consequências do crime, podendo ser qualquer pessoa física ou jurídica, ou até mesmo um ente indeterminado, como por exemplo uma família.

Toda a matéria de crime é muito densa e extensa, pois há vários subtópicos e conceitos que interferem, como para saber quando um crime é doloso ou culposo, porém, para o assunto que está sendo tratado no atual artigo, não se faz necessário que entre em grandes detalhes que vá muito além do conceito geral de crime.

4.2 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

A Lei 7716/89, em seu artigo 1º diz que "Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", ou seja, a lei pune atos de discriminação contra minorias, sendo assim, poderia ser encaixado o grupo LGBTQIA+ dentro do rol de minorias que a Lei protege, criminalizando assim a homofobia.

Conforme um artigo publicado no site da FGV DAPP (SANCHES; CONTARATO E AZEVEDO, 2021), até o mês de Junho de 2018, haviam sido feitas um total de 560 denúncias de violência motivada pela sexualidade da vítima, estando São Paulo (126 denúncias) como o estado que mais recebe denúncias, sendo seguido pelo Rio de Janeiro (66 denúncias). Segundo o mesmo artigo, em 2018 houveram denuncias de violência psicológica (348), discriminação (472 denúncias), violência institucional (89 denúncias), negligência (28 denúncias), abuso financeiro e econômico (14 denúncias) e violência sexual (15 denúncias).

Dessa forma, foi aberta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a fim de trazer uma solução para que tal comunidade seja protegida, e que sejam protegidos de graves ofensas verbais e a seus direitos fundamentais, assim como apresentado na ementa que fundamenta a o pedido da ADO 26/DF:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE* ***POR OMISSÃO*** – **EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO** *DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS* ***E DEMAIS INTEGRANTES*** *DA COMUNIDADE LGBTI+* **A GRAVES OFENSAS** AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS **EM DECORRÊNCIA** *DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL* DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO **À IMPLEMENTAÇÃO** *DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO* **INSTITUÍDOS** PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (**CF**, art. 5º, incisos **XLI e XLII**) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE **POR OMISSÃO** COMO INSTRUMENTO **DE CONCRETIZAÇÃO** DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS **FRUSTRADAS**, *EM SUA EFICÁCIA*, **POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA** DO PODER PÚBLICO – *A SITUAÇÃO DE INÉRCIA* DO ESTADO **EM RELAÇÃO À EDIÇÃO** DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS **À PUNIÇÃO** DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS **EM RAZÃO** *DA ORIENTAÇÃO SEXUAL* **OU** *DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA* "***IDEOLOGIA DE GÊNERO***" – ***SOLUÇÕES POSSÍVEIS*** *PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL*: (**A**) **CIENTIFICAÇÃO**

> AO CONGRESSO NACIONAL **QUANTO AO SEU ESTADO** *DE MORA INCONSTITUCIONAL* **E** (**B**) *ENQUADRAMENTO IMEDIATO* **DAS PRÁTICAS** *DE HOMOFOBIA* **E** *DE TRANSFOBIA*, **MEDIANTE** *INTERPRETAÇÃO CONFORME* (**QUE NÃO SE CONFUNDE** COM EXEGESE **FUNDADA** EM ANALOGIA "*IN MALAM PARTEM*"), **NO CONCEITO** *DE RACISMO* **PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 [...]** ***PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL.(STF, 2021)***

Tal ementa, apresentada na ADO 26/DF, a qual propõe resolver o problema da inércia por parte do Poder Público a respeito da criminalização da homofobia, aponta que se faz necessário que haja uma lei para tal, uma vez que não se deve ser admitido qualquer preconceito em relação a identidade de gênero ou sexual de qualquer indivíduo, sendo passível de punição perante a Lei 7716/89, culminando assim sanções de direito penal.

Na própria ADO 26/DF (STF, 2021), é citado que:

> – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"). (STF, ADO 26, 2021)

Além de também levar em consideração os direitos como um todo, que como dito anteriormente, são inerentes a qualquer ser humano, independente de características que pode-se distinguir, portanto:

> Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! (STF, ADO26, 2021)

Em 2019 houve uma votação sobre esse tema, onde, por maioria, o STF decidiu enquadrar a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. Mais precisamente a votação ocorreu no dia 13 de Junho de 2019 e ficou decidido que, até editar lei específica, as ações de cunho homofóbico e transfóbico serão enquadradas na lei do racismo (STF ENQUADRA, 2021). A votação a respeito da ADO 26, que dispõe a respeito da Inconstitucionalidade por

Omissão, que tem como finalidade que os crimes de homofobia sejam julgados de acordo com a lei do racismo, enquanto não haja uma lei específica, finalizou com 8 votos a favor e apenas 2 votos contra.

Cármen Lúcia, sendo a primeira a votar na sessão deste dia, usou como argumento que "A reiteração de atentados decorrentes da homotransfobia revela situação de verdadeira barbárie. Quer-se eliminar o que se parece diferente física, psíquica e sexualmente", além de também afirmar que "A tutela dos direitos fundamentais há de ser plena, para que a Constituição não se torne mera folha de papel" (STF, 2021).

Um dos votos contra, como mencionado anteriormente, foi de Ricardo Lewandowski, que argumentou seu voto dizendo que:

> A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos que promove a segurança jurídica de todos (2021).

Sendo assim, ficou definido que, enquanto não haja lei específica que verse a respeito dos crimes de homofobia e transfobia diretamente, tais condutas serão enquadradas e julgadas conforme a Lei 7716/2018, que é a lei que tipifica as condutas racistas.

4.3 JULGADOS INERENTES AO TEMA

Alguns juízes já tomaram decisões em concordância com tal decisão do Tribunal, decidindo por criminalizar atos homofóbicos de acordo com a Lei do racismo enquanto não é editada lei específica.

Em Março de 2015, ocorreu um processo onde um dos motivos para tal seria uma conduta homofóbica por parte da empresa onde o autor trabalhava, alegando também assédio moral. A análise de tal processo se faz interessante, pois, o autor alega que o gerente da farmácia onde o mesmo trabalhava proferia diversos insultos a ele, inclusive chegando a falar que "não entrava na farmácia para não ser confundido com um gay".

O advogado do autor também argumenta baseando-se em um princípio discutido no presente artigo, que é o princípio da personalidade, onde o mesmo diz que a ofensa sofrida pelo autor em relação às suas crenças e valores, se traduz como um dano ao direito da personalidade do mesmo (Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, 2021).

Além disso o advogado também cita a Lei 7716/89 (Lei que define os crimes que se resultam por preconceito de raça/cor/etnia), alegando que que o crime de homofobia do qual o autor foi vítima, foi equiparado ao crime de racismo, crime esse que a Lei em questão define.

> RECURSO ORDINÁRIO. DANO MORAL. HOMOFOBIA.CONFIGURAÇÃO. O dano moral é aquele que causa lesão à esfera íntima da pessoa, aos seus valores, suas concepções e crenças, a sua integridade como ser humano. A conduta homofóbica é ato atentatório ao art. 3º, IV da Carta Política, o qual descreve como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Acrescento que atualmente a homofobia - preconceito contra os homossexuais - está equiparada às demais discriminações tuteladas pela Lei nº 7.716/89, que define o crime de racismo. A prova testemunhal produzida nos autos evidenciou o comportamento homofóbico do Gerente, suficiente à comprovação das alegações obreiras e ao deferimento da indenização perseguida. Recurso do Reclamado ao qual se nega provimento. (TRT-6 - RO: 00004578220145060411, 2021)

A ementa em questão é interessante, portanto, por apresentar um caso concreto de homofobia dentro do trabalho, onde, para fazer a defesa do cliente, o advogado citou exatamente a lei do racismo, que foi equiparada à homofobia, o que corrobora para o assunto do presente artigo, além de citar também o mesmo princípio citado aqui anteriormente.

Outro processo que também foi motivado em parte por práticas homofóbicas, correu em 2020, onde estavam sendo acusados o prefeito do Rio de Janeiro e o Governador de São Paulo de tais atos. O Governador do Estado de São Paulo, praticou o suposto delito de homofobia ao mandar recolher apostilas da rede estadual de ensino, pois, haveria nelas uma suposta apologia à ideologia de gênero, porém, apesar de ser citado a Lei 7716 e vinculá-la a homofobia, foi decidido que o ato de recolher as apostilas para averiguar tal conteúdo não constitui discriminação contra homossexuais.

Em relação ao delito cometido pelo prefeito do Rio de Janeiro, não é citado exatamente qual foi a ação do mesmo, mas foi dito que o STJ não tem a competência de julgar prefeitos, fazendo o arquivo do processo naquela instância e a cópia dos autos encaminhadas para o Tribunal de Justiça.

Desse modo, se faz interessante a análise de tal ementa, pois, a mesma mostra que a homofobia equiparada a Lei do racismo pode não ser totalmente eficaz para tal fim, fazendo um ótimo papel enquanto não seja editada lei específica, mas deixando claro que a formulação de uma lei anti-homofobia ainda se faz necessário, para que atos como esse não passe despercebido.

> PROCESSUAL PENAL. SINDICÂNCIA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO MANIFESTADO POR SUBPROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DELEGADA PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. DESCABIMENTO DO PROSSEGUIMENTO DAS DILIGÊNCIAS, DIANTE DA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE PROVA QUANTO AO DOLO DE PRATICAR O DELITO DE HOMOFOBIA. ART. 20, CAPUT, DA LEI Nº 7.716/89. INEXISTÊNCIA DE BASE FÁTICA MINIMAMENTE PLAUSÍVEL QUE INDIQUE A VEROSSIMILHANÇA DO ALEGADO. IMPOSSIBILIDADE DE OBJEÇÃO AO PLEITO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUERIMENTO DE REMESSA DE CÓPIA DOS AUTOS AO TJRJ PARA FINS DE AVERIGUAÇÃO DA SUPOSTA PRÁTICA DE ILÍCITO PRATICADO POR PREFEITO. INCOMPETÊNCIA DO STJ QUANTO A ESTA AUTORIDADE. PEDIDOS DE ARQUIVAMENTO E DE REMESSA DE CÓPIAS AO TJRJ DEFERIDOS. 1.
>
> Sindicância instaurada a partir de representação formulada pelo advogado Fábio Alves Lima em face do Prefeito do Município do Rio de Janeiro, e do Governador do Estado de São Paulo, noticiando a prática, em tese, do delito de homofobia, previsto no artigo 20, caput, da Lei nº 7.716/89. 2. O Ministério Público Federal opinou pelo arquivamento do procedimento criminal em relação ao Governador do Estado de São Paulo, em virtude de não haver nos autos indícios mínimos da prática de crime que justifique a continuidade de investigação criminal, ressalvado o disposto no artigo 18 do Código de Processo Penal. 3. No que tange ao Prefeito do Município do Rio de Janeiro, o MPF manifestou-se pela remessa de cópia dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para averiguação da possível situação delitiva a ele imputada, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não detém competência para processar e julgar o feito com relação à referida autoridade. 4. A promoção ministerial de arquivamento deve ser deferida, nos termos em que postulada. Precedentes. (NC 65/PB, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13.11.2000; Ag.Reg.NC 86/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 11.6.2001; NC 206/CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 25.3.2002; RP 213/AM, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 20.11.2002, NC 198/PB, Rel. Min. José Delgado, DJ de 05.03.2003; RP 215/MT, Rel Min. Franciulli Netto, DJ de 09.12.2003; Inq 456/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 10/10/2005). 5. O STJ
>
> não detém competência para julgar prefeitos, consoante se lê no rol do art. 105, inc. I, da Constituição Federal, sendo tal mister do Tribunal de Justiça, conforme prescrito no art. 29, inc. X, da Carta Magna. 6. Pedidos de arquivamento e de remessa de cópias ao TJRJ deferidos. (STJ - Sd: 771 DF 2020/0041588-3, 2021)

A ementa em questão que trata do assunto da homofobia por parte do prefeito do Rio de Janeiro e do Governador de São Paulo, nos ajuda a ter uma visão a respeito da equiparação da lei do racismo, uma vez que tal Lei é citada, porém, deixa uma brecha pela qual o governador de São Paulo consegue se inocentar.

Portanto, a análise das ementas apresentadas é uma ótima ilustração do que é tratado no presente artigo, pois a equiparação da lei é um passo importante para a luta contra homofobia, porém, não tira a necessidade de ser criada uma lei específica para tratar de tal assunto.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal resguarda alguns direitos que são inerentes a todos os seres humanos, direitos esses que não precisam ser dados às pessoas pelo Estado, eles já são atribuídos com o nascimento com vida, o dever do Estado é apenas de proteger, para que tais direitos não sejam violados. Além dos direitos tem-se também os princípios que nos ajudam a ter uma vida digna, nos assegurando o mínimo de dignidade possível, além de alguns princípios também versarem sobre liberdade, igualdade, personalidade, entre outros que também são importantes.

A identidade de gênero e a identidade sexual são dois conceitos que ainda causam uma certa confusão para algumas pessoas, o gênero é o que diferencia o masculino do feminino, porém, ele vai além do que foi definido biologicamente, ele diz respeito a forma como a pessoa se vê, e nem todo mundo se sente bem com o corpo que tem, como pode ser o caso das pessoas transgêneros.

A sexualidade diz respeito a um conjunto de sentimentos e a como a pessoa se vê, nem sempre sua identidade sexual condiz com a sexualidade biológica da pessoa, uma vez que a identidade sexual diz respeito a tudo que sente, podendo uma pessoa ser transgênero, cisgênero, não-binário, entre outros. Infelizmente, algumas pessoas não aceitam essa diferença de identidade, de onde pode se advir a homofobia, que se trata da adversidade ao homossexual.

A respeito do racismo, devo dizer que é um conceito abrangente e muito extenso para se trabalhar em poucas páginas, por isso, foi explicado aqui, apenas um conceito simples. O que temos que ter em mente é que o racismo abrange o preconceito contra uma raça, cor, etnia, ou seja, protege uma minoria.

O racismo se encaixa no conceito de crime, uma vez que sua pena é privativa de liberdade e pode ser cumulada com multa. O crime também é um assunto muito extenso e denso, não sendo possível esgotar todo o conteúdo em poucas páginas, fazendo aqui a definição apenas ao que é pertinente ao tema da criminalização da homofobia.

Como não tem uma lei específica que torna a homofobia crime, foi votada em 2019 uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que tem como finalidade que seja usada a lei 7716 (Lei do racismo), para criminalizar as condutas homofóbicas, uma vez que o Brasil é um dos países que mais mata pessoas da comunidade LGBTQIA+, seja por homicídio ou suicídio que tem como motivação esse tipo de conduta.

A votação acabou aceitando que seja feita essa equiparação da lei do racismo também para crimes homofóbicos e desde então, foram deferidas algumas sentenças baseadas nessa decisão por vários juízes do país.

Apesar do reconhecimento da falta de legislação em relação a homofobia e a recente equiparação com a Lei do racismo, ainda assim, é preciso dizer que o Brasil é um país “atrasado” na questão de proteção dos homossexuais, mesmo que, segundo pesquisas, ele seja o que mais mata pela homofobia, então, pode-se dizer que essa equiparação veio de forma tardia e ainda se fazendo ineficaz em alguns casos.

Conclui-se então que a equiparação da Lei 7716/89 com a homofobia não é suficiente para proteger a comunidade LGBTQIA+, uma vez que, como mostrado pela pelo julgado ocorrido no ano de 2020 que tratou da censura realizada por parte do prefeito do Estado do Rio de Janeiro, Crivella, que mandou fiscais recolherem gibis em que mostravam dois heróis se beijando, alegando que seriam “materiais impróprios para crianças” e também do ocorrido em São Paulo, onde o Governador mandou recolher apostilas do 8º ano de uma escola estadual alegando uma suposta apologia à ideologia de gênero, a redação atual da lei do racismo pode abrir brechas para que as pessoas que cometam o crime de homofobia passem impunes. Podendo citar também que, mesmo após a equiparação ao racismo, ainda foram registradas várias mortes de LGBTQIA+, mostrando mais uma vez que a equiparação a lei do racismo não se faz suficiente para proteger os direitos da comunidade.

Sendo assim, sugere-se que seja editada o mais rápido possível, uma lei específica para tratar o crime de homofobia, visto a urgência de tal assunto, para que dessa forma, possamos ser mais eficazes em proteger os direitos dos homossexuais, que sofrem diariamente com agressões morais e até mesmo físicas.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, RJ, v. 6, n. 23. 2003.

ARAÚJO, Rochester Oliveira. O elo da escravidão e o racismo contemporâneo, 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/09/06/o-elo-da-escravidao-e-racismo-contemporaneo/>. Acesso em: 19 out. 2021.

BAHIA, Grupo Gay da; LGBTI+, Acontece, arte e política. Observatório de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020. Disponícel em:

<https://static.poder360.com.br/2021/05/Observatorio%E2%80%90de%E2%80%90Mortes%E2%80%90Violentas%E2%80%90de%E2%80%90LGBTI-13mai2021.pdf> Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. SD: 771 DF 2020/0041588-3, Relator: Ministro OG FERNANDES, data de julgamento: 19/08/2020, CE Corte Especial, data de publicação DJe 26/08/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923442017/sindicancia- sd-771-df-2020-0041588-3> Acesso em: 02 de nov. 2021.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. RO: 0000457-82.2014.5.06.0411, Redator: Eneida Melo Correia de Araújo, data de julgamento: 11/03/2015, Segunda Turma, data da Assinatura: 16/03/2015. Disponível em: <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418693211/recurso-ordinario-ro-4578220145060411/inteiro- teor-418693220> Acesso em: 02 de nov. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 26. ed. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2020.

BUTLER, Judith. Regulações de Gênero, 2014. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/cpa/a/Tp6y8yyyGcpfdbzYmrc4cZs/?lang=pt>. Acesso em: 22 set. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Salvador, BA: JusPodivm, 2013.

CAPEZ, Fernando. Liberdade de expressão e proteção da honra em nossa Constituição, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-08/controversias-juridicas-liberdade-expressao-protecao-honra-nossa-constituicao>. Acesso em: 5 out. 2021.

CONRADO, Rômulo Moreira. Os direitos da personalidade sob a perspectiva constitucional, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24537/os-direitos-da-personalidade-sob-a- perspectiva-constitucional>. Acesso em: 21 set. 2021.

Dia Internacional contra a Homofobia: Brasil registrou 237 mortes violentas de LGBTI em 2020. Instituto Brasileiro de Direito de Família(IBDFAM), 2021. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/8488/Dia+Internacional+contra+a+Homofobia%3A+Brasil+registrou

+237+mortes+violentas+de+LGBTI+em+2020> Acesso em: 21 nov. 2021.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. O Direito à Integridade Física e sua proteção Penal. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, RJ, nº 59. Jan./Mar. 2016.

HOMOFOBIA. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em:

<https://www.dicio.com.br/homofobia/>. Acesso em: 20 out. 2021.

JOAQUIM,Nelson.Igualdade e discriminação, 2006. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2652/Igualdade-e-discriminacao#:~:text=%E2%80%9CA%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20proibida%20expressamente,quaisquer%20outras%20formas%20de%20discrimina%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 14 out. 2021.

LIMA, Fernanda da Costa. O princípio da igualdade e a seletividade no direito penal, 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9313/O-principio-da-igualdade-e- a-seletividade-no-direito-penal>. Acesso em: 04 nov. 2021.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação: Uma perspectiva pós-estruturalista.6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

MACHADO, Kátia. O racismo em três séculos de escravidão, 2018. Disponível em:

<https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/o-racismo-em-tres-seculos-de-escravidao>. Acesso em: 19 out. 2021.

MIRANDA, Marta Gonçalves. Poliamoroso, demissexual, arromântico e outras 20 caracterizações sexuais, 2018. Disponível em:

<https://magg.sapo.pt/relacionamentos/sexo/artigos/poliamoroso-demissexual-arromantico-e-outras-20-caracterizacoes-sexuais>. Acesso em: 29 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020.

PERSONALIDADE. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/personalidade/>. Acesso em: 20 out. 2021.

PINHEIRO, Luiz Claudio. Projeto susta resolução sobre psicologia e orientação sexual, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/217514-projeto-%20susta-resolucao-sobre- psicologia-e-orientacao-sexual/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

ROCHA, Rogério. Uma apreciação crítica a respeito dos princípios da Liberdade e da Diferença na obra "Uma teoria da Justiça" de John Rawls, 2014. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/31069/uma-apreciacao-critica-a-respeito-dos-principios-da-liberdade-e-da-diferenca-na-obra-uma-teoria-da-justica-de-john-rawls>. Acesso em: 03 nov. 2021.

SANCHES, Danielle; CONTARATO, Andressa e AZEVEDO, Ana Luísa. Dados públicos sobre violência homofóbica no Brasil: 29 anos de combate ao preconceito. Disponível em:

<http://dapp.fgv.br/dados-publicos-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-29-anos-de-combate- ao-preconceito/> Acesso em: 22 de nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STF ENQUADRA homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa, 2019. Portal do STF. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 25 out. 2021.

TRIBOLI, Pierre. Câmara arquiva projeto sobre tratamento da homossexualidade, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/408434-camara-arquiva-%20projeto-sobre- tratamento-da-homossexualidade/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago- 19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>. Acesso em: 13 de dez. 2021.