



# Revista da FESP

Períodico de diálogos Científicos

ISSN 1982-0895



Junho de 2011 - Ano V

9ª Edição

**CATALOGAÇÃO NA FONTE**  
Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.  
v. 1, n. 9, (jun. 2011). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da  
Paraíba, 2011

**ISSN 1982-0895**

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.  
I. Título. II. Fundação de Ensino Superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU:34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. Título do artigo. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2011, vol. 1, p. 01-76. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

**FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA**  
**REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS.**  
**ISSN: 1982-0895**

**EXPEDIENTE**

**Diretora Presidente:** Luiz Henrique dos Santos Barbosa  
**Diretor Administrativo-pedagógico:** Maria Goretti de Assis Laier  
**Diretor Financeiro:** Marcelo Henriques da Silva

**Coordenadorias**

**Coordenação do Curso de Direito:** Eduardo Cavalcanti  
**Coordenação de Prática Jurídica:** Débora Peter  
**Coordenação de Monitoria e Estágio:** Fernando Monteiro  
**Coordenação de Pesquisa e Extensão:** Lara Sanábria Viana

**Direção Editorial**

Lara Sanábria Viana

**Comitê Editorial Interno:**

Antonio Carlos Iranlei FESP  
Eduardo Cavalcanti FESP  
Fernando Monteiro FESP  
Goretti de Assis Laier FESP  
Lara Sanábria Viana FESP  
Luciana Vilar de Assis FESP  
Raissa de Sena Xavier FESP  
Socorro Menezes FESP

**Comitê Editorial Externo:**

Alexandre Cavalcanti Belo – UFPB  
Edísio Ferreira de Farias Júnior - UEPB  
Gustavo Henrique Cordeiro Galvão de Souza – FAVIP/PE  
Marco Antônio Martins – UFSC  
Antonio da Silva Campos Junior - UFCG  
Maríla Marques – UFCG  
Rita de Cássia Souza Tabosa Freitas – FAVIP/PE  
Sônia Barreto – UFSE  
Sueli Arnoud - UFPB

# SUMÁRIO

## **OS NOVOS PARADIGMAS LOCAIS DA POLÍTICA CRIMINAL E O POLICIAMENTO COMUNITÁRIO COMO ESTRATÉGIA DE PREVENÇÃO À CRIMINALIDADE URBANA**

Lara Sanábria Viana

..... 07

## **A NORMA PENAL INCRIMINADORA: FINALIDADE E LIMITAÇÕES**

Shara Pereira de Pontes

..... 18

## **A INVIOLABILIDADE DA COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA ENTRE ADVOGADO E O SEU CLIENTE: GARANTIA CONSTITUCIONAL OU PRERROGATIVA DO ADVOGADO?**

Alexandre Cavalcanti A. de Araújo

Gerson Dantas Soares

.....30

## **DIREITO E ESTADO: A ERRADICAÇÃO DA POBREZA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO AMBIENTAL**

Débora AlessandraPeter

.....45

## **A CONVENÇÃO RELATIVA À LUTA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO CAMPO DE ENSINO E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Priscilla Lemos Queiroz Cappelletti

..... 54

## **AS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

Sheyla Barreto Braga de Queiroz

José Erielson Almeida do Nascimento

..... 63

## **NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS**

..... 75

# SUMMARY

## **NEW PARADIGMS OF LOCAL LAW ENFORCEMENT POLICY AND COMMUNITY POLICING AS A STRATEGY FOR THE PREVENTION OF URBAN CRIME**

Lara Sanábria Viana

..... 07

## **THE INCRIMINATING CRIMINAL LAW: PURPOSE AND LIMITATIONS**

Shara Pereira de Pontes

..... 18

## **THE INVIOLABILITY OF THE TELEPHONE COMMUNICATION BETWEEN LAWYER AND YOUR CLIENT: CONSTITUTIONAL GUARANTEE OR FUNCTIONAL PREROGATIVE OF THE LAWYER?**

Alexandre Cavalcanti A. de Araújo

Gerson Dantas Soares

.....30

## **LAW AND STATE: THE ERADICATION OF POVERTY AS A PRINCIPLE OF ENVIRONMENTAL LAW**

Débora AlessandraPeter

.....45

## **THE CONVENTION AGAINST DISCRIMINATION IN EDUCATION AND YOUR REFLEXES IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

Priscilla Lemos Queiroz Cappelletti

..... 54

## **THE HOMOAFECTIVE UNION AND THEIR IMPACT ON FAMILY LAW**

Sheyla Barreto Braga de Queiroz

José Erielson Almeida do Nascimento

..... 63

## **CALL OF PAPERS**

..... 75

# EDITORIAL

A Faculdade de Ensino Superior da Paraíba- FESP vem buscando a excelência no ensino jurídico, para tanto, volta-se para a importância da Pesquisa e Extensão.

Neste sentido, a produção científica desenvolvida pela própria faculdade e por meio da colaboração de professores externos reafirma inequivocamente o necessário fomento a uma abordagem transdisciplinar da ciência do Direito, sob o enfoque do atual paradigma contemporâneo inerente ao processo de globalização.

Apostando na confluência desses fenômenos a Revista de Períodos recebe a colaboração de um corpo docente qualificado proveniente não apenas da área jurídica, mas também, com atuações na área de História, Filosofia, Política e Sociologia.

As publicações têm como objetivo realizar a ponte de exteriorização da produção acadêmica ao conhecimento da sociedade em geral, por essa razão, não se destina apenas à comunidade científica.

Acreditamos que a experiência auferida pelo conhecimento deve-se traduzir na reflexão e na solução das problemáticas sociais, bem como na produção de novas perspectivas palpáveis e realizáveis com o fim de construir e contribuir para o bem comum da coletividade.

Esta é a nossa honrosa e desafiadora missão.

Lara Sanábria Viana

Editora

João Pessoa, 20 de junho de 2011

# ARTIGOS

# OS NOVOS PARADIGMAS LOCAIS DA POLÍTICA CRIMINAL E O POLÍCIAMENTO COMUNITÁRIO COMO ESTRATÉGIA DE PREVENÇÃO À CRIMINALIDADE URBANA

## NEW PARADIGMS OF LOCAL LAW ENFORCEMENT POLICY AND COMMUNITY POLICING AS A STRATEGY FOR THE PREVENTION OF URBAN CRIME

LARA SANÁBRIA VIANA\*

E-mail: Lara\_sanabria@hotmail.com

### RESUMO

A sociedade contemporânea vem enfrentando nos últimos anos o aumento gradativo da violência, gerada pela crescente criminalidade. Devido a este complexo e desafiador momento de insegurança pública, o papel do Estado, como interventor, revela-se fundamental na medida em que se dispõe a criar e gerenciar mecanismos que, efetivamente, combatam e previnam a delinquência, sem, todavia, macular o sistema de garantias. O policiamento comunitário apresenta-se como uma alternativa estratégica frente aos novos paradigmas locais, uma vez que, estabelece mecanismos de controle e vigilâncias mais precisos no âmbito local criando uma espécie de identidade local com a própria sociedade, ambos exercendo respectivamente o controle informal e o formal. Estas formas conjugadas de controle favorecem à prevenção da chamada criminalidade urbana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Policiamento comunitário. Política criminal. Criminalidade Urbana.

### ABSTRACT

The contemporary society has been facing in the past years a gradual increase in the violence rates as a result of the increasing criminality, and due to this complex and challenging moment of public insecurity the role of the State as an interventionist is revealed crucial as far as it is willing to create and manage mechanisms that effectively reduce and avoid the delinquency without, however, offending the guarantees system. The Community policing is presented as a strategic alternative to new paradigms local front the criminality and establishing mechanisms for more precise control and surveillance at the local level and creates a kind of local identity with society itself, acting respectively both informal and formal control, however. These conjugated forms of control promote the prevention of urban criminality.

**KEY-WORDS:** Community Policing. Criminal Policy. Urban Criminality.

\* Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Professora de Direito Penal e Ciência Política da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Ex- Bolsista do Deutscher Akademischer Austausch Dienst – DAAD e da Europa-Viadrina Universität (Frankfurt O.), 2007. Membro do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba - NCDH/UFPB no Grupo de Trabalho Segurança Pública e Violência.

## INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização e a era da pós-modernidade vêm atingindo o convívio social, modificando intensamente as relações sociais entre os indivíduos e tornando cada vez mais apertadas as malhas que formam o tecido social.

O avanço tecnológico, os problemas ambientais e as novas formas de criminalidade organizada constituem grandes desafios para o direito penal do futuro.

A sociedade global, nos últimos anos, tem desencadeado processos contínuos de exclusão social. No que tange ao direito penal, esta tendência é cada vez mais evidenciada, em razão da política criminal de emergência adotada por países como o Brasil, os Estados Unidos, a Holanda e no Reino Unido, a Inglaterra.

As principais democracias ocidentais, atualmente, enfrentam graves problemas na área de segurança pública e, por isso, a preocupação com a legitimidade da política criminal e suas intervenções penais no ordenamento jurídico são cada vez mais discutidas.

A experiência do policiamento comunitário é emblemática, uma vez que, preconiza a formalização de laços de identidade local entre a comunidade. Este processo é complexo e exige a conjugação da prática do discurso institucional com vistas à produção de estratégias e políticas públicas de cunho democrático frente às lideranças locais.

## 1. OS PARADIGMAS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: ENTRE O GLOBAL E O LOCAL

O fenômeno da globalização preconiza o processo de internacionalização da economia, através da dinâmica exercida sobre as forças produtivas e pelo mercado internacional. A conectividade entre os mercados cambiais, financeiros e de títulos de valores compõem os vetores que regem à economia dos mercados mundiais.

Outro fator marcante é a formação de conglomerados empresariais que passam a dominar o mercado em detrimento de outras empresas de menor magnitude. Assim, a competitividade entre ambas é reduzida drasticamente.

*L'economia contemporanea si caratterizza nettamente come una "economia globale": in essa i principali fattori di produzione presentano un tasso di interdependenza, di integrazione e di apertura che non ha precedenti nella storia dell'umanità (ZOLO, 2004, p. 27).<sup>1</sup>*

A marca da contemporaneidade se traduz pelo sentimento de insegurança e, principalmente, pelo risco iminente presente nas operações financeiras, sociais, econômicas e políticas. Desta forma, as relações entre a força produtiva ficam sobremodo afetadas justamente pela efêmera composição destas relações que se desenvolvem em um ritmo cada vez mais frenético.

*La realidad social contemporánea presentará rasgos de incertidumbre o de riesgos, sin que en consecuencia las visiones unilaterales que parten del determinismo económico puedan garantizar cuál sea la dirección en la que inexorablemente se habrán de desarrollar los acontecimientos sociales (GRAUS, 1999, p. 26).*

---

<sup>1</sup>Globalization poses a fundamental challenge to each of these traditional assumptions. It is no longer "self-evident that nation-states can be described as "self-sufficient schemes of cooperation for all the essential purposes of human life" in the context of intense deterritorialization and the spread and intensification of social relations across borders. The idea of a bounded community seems suspect given recent shifts in the spatio-temporal contours of human life. Even the most powerful and privileged political units are now subject to increasingly deterritorialized activities (for example, global financial markets) over which they have limited control, and they find themselves nested in webs of social relations whose scope explodes the confines of national borders. (STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, 2006): Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/globalization/>> Acesso em 26 de Nov. de 2008.

A revolução informática modificou intensamente as relações entre o trabalho e o capital. Este processo é originário das novas formas de produção exigidas na era da globalização, como por exemplo, os fluxos migratórios de trabalhadores, a precarização dos vínculos empregatícios, objetivando a redução nos custos de produção, especialmente com a mão-de-obra para que os produtos cheguem ao mercado consumidor com preços menores e cada vez mais competitivos<sup>2</sup>. “La “rivoluzione informatica”, come abbiamo accentato, ha ampiamente investito la sfera dei rapporti produttivi e finanziari, accelerando il processo di globalizzazione econômica” (ZOLO, 2004, p. 50).

A flexibilização das leis trabalhistas alimenta a lógica neoliberal e colabora de maneira determinante para a precariedade das relações de trabalho, pois relativiza alguns direitos trabalhistas, diminuem os números de contribuições ao serviço social e, ademais, faz com que a dispensa do trabalhador seja mais fácil, pois não há efetivamente uma maior proteção.

José García, ao analisar a estrutura da sociedade contemporânea, corrobora o seguinte:

“En ese contexto se modifica la perspectiva de aproximación a los efectos del sistema socioeconómico sobre los sectores sociales más desfavorecidos, ya que el modelo asistencial se ve substituído por na aproximación que pone en primer término el paradigma del control” (GARCÍA, 2004, p. 16).

A complexidade e a mutabilidade dos fenômenos compreendem a própria lógica mercadológica contida no modelo capitalista que, por sua vez, desencadeou a globalização. A globalização, além de modificar profundamente o estilo de vida da sociedade pós-moderna, trouxe consigo uma nova ideologia punitiva.

A mudança foi necessária em razão dos novos riscos e novas formas de criminalidades decorrentes do próprio fenômeno da globalização. A proximidade entre os mercados, a mobilidade entre trabalhadores, as novas tecnologias cibernéticas ensejam processos e influxos de zonas de conflito. No cenário internacional, existe a preocupação generalizada com a segurança. Os espaços monitorados, a cooperação penal internacional, a jurisdição penal internacional, bem como outros mecanismos de controle formal são construídas e consolidadas na atualidade, a partir da simbologia do discurso de emergência e insegurança. Outras questões de relevo também circundam nesta atmosfera de insegurança, cheias de contrastes e pluralidades, como por exemplo, o terrorismo, os conflitos de origem étnica, religiosa, minorias e movimentos sociais.

A fim de compreender a dinâmica da sociedade contemporânea, faz-se mister perceber não só a existência de um só mundo hegemônico, como também verifica-se a existência de vários mundos, em razão da própria ausência de uniformidade entre os habitantes de todo o globo, bem como as formas plurais em que estes se apresentam. A sociedade contemporânea é marcada pelo multiculturalismo.

---

<sup>2</sup>A mobilidade do capital e da força produtiva é uma condition sine qua non para viabilizar a globalização dos mercados mundiais. Em relação ao fluxo migratório de trabalhadores vede: The free movement of goods, persons, services, and capital within na área without being impeded bu legal restrictions. This is a basic principle of the European Community, whose treaty insists on the free movement of goods (involving the elimination of customs duties and quantitative restrictions between member states and the setting up of a Common External Tariff) as well as the free movement of services, capital, and persons (including workes and those wishing to establish themselves in professions or to set up companies). (MARTIN, 2003, p. 213). A União Européia ao implementar esta política do free movement of goods foi mais além, constituindo-a como um direito fundamental. Essa liberdade de movimentação não só foi garantida para os trabalhadores, mas também foi estendida a suas famílias. Ele está Consagrado na Convenção Européia de Direitos Humanos no Protocolo n° 14 art. 2. Esse direito tem como base a não discriminação em razão da nacionalidade. A diretriz econômica existe desde 1990 (Directive 90/364), no entanto, importa enfatizar que elas trouxeram um grande impacto social para a Europa.

Mais les tensions survenues au sein des sociétés multiculturelles, la baisse de niveau d'intégration et les difficultés d'adaptation socio-économiques et culturelles de deuxième et troisième générations d'immigrants, originaires souvent d'une culture non judéo-chrétienne, créent de graves problèmes (SZABO, 2003, p. 216) <sup>3</sup>.

O movimento hegemônico, decorrente do próprio fenômeno da globalização, vem, nos últimos anos, produzindo novas formas de organização social e uma nova ordem econômica global, no entanto é factível a existência de movimentos contrários à hegemonia. Este tipo de movimento denomina-se de contra-hegemonia, que nada mais é do que uma forma de irrisignação ao processo de padronização e dominação imposto por uma ordem ou poder.

É bem verdade que, ao longo da história da humanidade, o direito penal funcionou como uma espécie de funil catalizador, ou seja, através do seu poder seletivo. Na história do cárcere, identifica-se o modelo de encarceramento surgenomundo comum modelo de estabilização, segregação e exclusão social dos mais pobres.

No apogeu do liberalismo, o Direito Penal apresenta-se como um instrumento de garantias e tinha como sustentáculo o princípio da legalidade, como um limitador do *jus pinuendi* estatal. Na égide atual do neoliberalismo, pode-se identificar a existência parcial de uma ruptura entre a tradição liberal e os atuais rumos do Direito Penal.

O atual Direito Penal contemporâneo é visto a partir de uma perspectiva econômica. Dessa forma, pode-se dizer que o Direito Penal é um instrumento de controle social extremamente útil para gerenciar algumas ausências estatais em áreas como, educação, saúde, lazer, políticas públicas voltadas para a inclusão social e o combate às desigualdades e redistribuição de renda.

As bases do atual Direito Penal são sustentadas por novas exigências político-criminais. Estas formas de intervenção na esfera penal, nas últimas décadas, têm seguido uma tendência uniforme em vários países ocidentais de tradição democrática. Em verdade, cogita-se a existência do ressurgimento dos velhos sistemas de política criminal de cariz autoritária. O novo autoritarismo político-criminal pode ser identificado, a partir das recentes tendências auferidas pelo movimento de política criminal, denominado Lei e Ordem (*Law and Order*). As bases deste movimento estão arraigadas ao endurecimento penal, pela ideia de expansão do ordenamento jurídico penal, por intermédio da proliferação dos processos legislativos em matéria criminal, as leis esparsas, bem como a preeminência de reformas constantes.

A problemática se insere na própria crise de racionalidade que estas leis têm causado, o que certamente tem comprometido a coerência do próprio sistema normativo. O simbolismo com que estas medidas se apresentam gera a descredibilidade do próprio sistema penal, ademais corrobora para o seu uso de forma banalizada. No plano teórico, o direito penal, em vários ordenamentos jurídicos, tem se fundamentado por meio da ideia de risco e insegurança cidadã. Entre eles, pode-se citar o Brasil, os Estados Unidos a Inglaterra, entre outros. A adoção de programas político-criminais de emergência na sociedade contemporânea, na realidade, tem sido o grande enfoque e insurge vários questionamentos acerca de sua racionalidade, legitimidade e necessidade.

---

<sup>3</sup>O conflito na sociedade contemporânea surge a partir das relações sociais estabelecidas de forma horizontal, a classe dominante e a classe emergente (under-class). A saber: Trois critères permettent de déceler l'existence d'une "under-class" au sein d'une société multiculturelle: 1) le taux élevé du chômage des jeunes mâles, 2) la proportion élevée des délits de violence dans l'ensemble de la criminalité et 3) lês naissances illégitimes. Les membres de l'"under-class" sont sous-socialisés. Lorsque l'importance de celle-ci atteint une certaine dimension, la qualité de la vie sociale dumilieu environnant est sérieusement touchée (SZABO, 2003,p. 127).

No que concerne ao desenvolvimento de instrumentos eficazes, no enfrentamento da criminalidade em âmbito internacional, tem-se procurado estabelecer dois níveis de integração. Um deles é voltado para a formação e consolidação de uma jurisdição penal internacional. Reafirmando o caráter punitivista da sociedade pós-moderna, pode-se verificar a ausência de medidas preventivas no âmbito da jurisdição internacional, a seguir:

*En la situación actual de amenazas que se ciernen sobre el mundo, de terrorismo sin fronteras, de existencia de “guerras” no declaradas y de guerras “preventivas”, y de un auténtico declive de la legalidad internacional, debemos interrogarnos sobre la eficacia potencial de una jurisdicción penal internacional que, por naturaleza, no desempeña ningún papel preventivo, y para cuyas decisiones ninguna autoridad garantiza la aplicación (PICCA, 2003, p. 136).*

## 2. O POLICIAMENTO COMUNITÁRIO COMO ESTRATÉGIA DE POLÍTICA CRIMINAL

A polícia de um modo geral é considerada como sendo o *frist-line enforcer*, sendo assim, assume um papel relevante na persecução penal.

A atuação da polícia no processo de seleção na dinâmica factual do *law in action* é derivada do seu poder discricionário. A saber, a polícia é uma instância de controle virada para a manutenção da ordem e aplicação da lei, nos termos da estrita legalidade. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 444).

Constantemente, verifica-se que as cifras negras, nas últimas décadas, cresceram de forma vertiginosa. Elas são, na verdade, fruto da representação do pensamento criminológico e sociológico do crime, entre eles tem-se destacado o *labelling approach*.

A teoria da rotulação esboçada pelo *labelling approach* funciona como fator determinante na condução da própria abordagem policial dos suspeitos, principalmente, na aplicação da lei penal.

É baseado em padrões estereotipados que se realiza o *imput*. “São estereótipos que, em grande parte, determinam para onde a polícia se deve dirigir e que tipo de pessoas deve abordar.” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 4510). Desde uma perspectiva da sociologia criminal ecológica passando a chegar até a teoria da rotulação.

Esses fatores são decisivos e influenciam a modalidade de policiamento comunitário. Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 452), “[...] a força dos estereótipos radica, assim, no postulado da congruência entre a imagem exterior, à conduta e a própria identidade.”

O policiamento comunitário surge como uma modalidade estratégica de política criminal local.

Com efeito, o modelo de policiamento comunitário é uma recente tendência no campo das intervenções político-criminais na atualidade. A sua origem é norte-americana, no entanto, o modelo local, na realidade, tem-se afirmado como um modelo global, ou seja, tem sido influenciado pelo chamado localismo globalizado, pois cada vez mais está presente nos países da União Européia, bem como na América Latina, em especial no Brasil<sup>4</sup>.

O policiamento comunitário surge nos EUA por volta de 1914 a 1919. Arthur Woods procurou estabelecer novos paradigmas para a polícia estadunidense, a partir da valoração do modelo de aproximação entre a polícia e a comunidade.

---

<sup>4</sup> Cf. De acordo com o pensamento de Boaventura dos Santos, a globalização remete ao localismo globalizado e ao globalismo localizado. Entende-se por localismo globalizado como sendo o processo pelo qual determinado fenômeno, entidade, condição ou conceito local é globalizado com sucesso (2006, p. 438).

Para Woods, o respeito pelo trabalho policial era a única chave para um bom relacionamento entre a polícia e a comunidade, no entanto, sabe-se que nem sempre foi fácil conquistar o respeito e confiança na polícia estadunidense, uma vez que as intervenções realizadas pelo patrulhamento preventivo agressivo geraram grande descontentamento nas áreas urbanas mais pobres, principalmente, nos guetos.

Com efeito, as cifras da criminalidade nos bairros periféricos muitas vezes eram ignoradas. Os habitantes desses bairros sua grande maioria imigrantes e negros queixavam-se da qualidade duvidosa do trabalho da polícia em seus bairros, bem como da violência com que os policiais realizavam a abordagem dos suspeitos. (BAYLEY; SKDNICK, 2006, p. 62).

Na realidade, o excesso de rigor e, em muitos casos, os abusos de autoridade cometidos pelos agentes policiais aumentavam a zona de conflito e dificultava, por sua vez, o contato com os habitantes locais, ou seja, não se estabelecia uma comunicação promissora. A cooperação da comunidade era algo praticamente inexistente, de sorte, esta postura prejudicava os trabalhos investigativos da própria polícia.

Em meados dos anos 60 e 70, o chamado modelo profissional (*professional model*) entrou em declínio. Ele fora desenvolvido pela polícia estadunidense, com o objetivo de otimizar a atividade policial, livrando-a das ingerências políticas do passado.

Este processo consiste na incorporação dos métodos gerenciais e operacionais da própria iniciativa privada (DIAS, 2000, p. 26).

O novo modelo fechado e burocratizado não permitia o contato da polícia com a comunidade, ademais esta fase da polícia norte americana confunde-se com o processo de consolidação de sua autonomia. Dessa forma, os problemas locais, de um modo geral, não eram vislumbrados com profundidade. No dizer de Theodomiro Dias (2000, p. 32), “A situação de isolamento para qual foi elevada a polícia é tida hoje como a maior fonte de tensão e de antagonismo em seu relacionamento com a sociedade.”

A falta de mecanismos de controle sobre a atuação policial é sem dúvida um dos mais relevantes problemas do modelo profissional, o que ensejou a criação do *civilian review boards*. (DIAS, 2000, p. 41).

A aproximação e participação da sociedade na apuração de denúncias contra abusos cometidos por policiais, na realidade, puderam ser consideradas como o marco do aperfeiçoamento do controle externo sobre a polícia.

É bem verdade que este modelo ainda insipiente de participação acalorou ainda mais o tenso relacionamento entre os policiais e a comunidade, em especial os outsiders. (DIAS, 2000, p. 41).

*Se não houver uma disposição da polícia de pelo menos tolerar a influência do público sobre suas operações, o policiamento comunitário será percebido como “relações públicas” e a distância entre a polícia e o público será cada vez maior (BAYLEEY; SKOLNICK, 2006, p. 12.)*

O policiamento comunitário estabelece um modelo operacional que visa repartir responsabilidades entre a comunidade e os agentes policiais, ademais procura construir um modelo de policiamento orientado ao problema, em busca de estratégias político-criminais preventivas (*problem-oriented policing*) (DIAS, 2000, p. 44).

*The Police, and those who oversee their actions, would insist that the broad community interest in these problems, as well as the larger community's response to them, be explored, rather than the police are doing to solve the problems, but less responsible for addressing them alone (KNUTSSON, 2003, p. 51).*

O policiamento orientado ao problema é um instrumento de aproximação entre polícia e comunidade local. Dessa forma, as peculiaridades de cada setor são consideradas no momento da formulação de novas estratégias de político-criminais voltadas para a prevenção e, principalmente, na consecução de intervenções não penais.

A depender do modelo adotado existem duas possibilidades. Em primeiro lugar o modelo tradicional que admite apenas a cooperação comunitária, muito embora os membros locais não possam estabelecer agendas e estruturarem programas a serem seguidos pela polícia; já em outro modelo é possível estabelecer uma agenda negociada apresentada e formulada em parceria com a sociedade<sup>5</sup>.

Este modelo, sem dúvida, prestigia a noção de razão comunicativa, amplia os espaços públicos e incentiva o aprimoramento efetivo do exercício da cidadania pelos habitantes locais.

*A intensificação do contato favorece a conscientização policial para o fato de que o tecido social urbano constitui-se de uma pluralidade de valores, estilos de vida, padrões socioeconômicos, interesses percepções, carências e de que a eficácia de seu trabalho resulta da capacidade de entender e lidar com estas diferenças. (DIAS, 2000, p. 58).*

O reconhecimento da diversidade cultural e de gênero possibilita o restabelecimento do diálogo com as minorias, o que, por sua vez, reflete no processo de inclusão destas pessoas no universo participativo do espaço sensível urbano<sup>6</sup>.

Apesar dos aspectos favoráveis do policiamento comunitário, faz-se mister, destacar que a política criminal contemporânea tem como base ideológica o movimento Lei e Ordem. Nas entrelinhas do policiamento comunitário é possível perceber o interesse da polícia na manutenção da ordem pública<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>Cf. Firchow (2000, p. 89) observa que, Avec les phénomènes des banlieues et des espaces sensibles, la paupérisation d'une fraction de la population, la déshérence des organisations collectives et des syndicats, la distorsion des liens civiques force est de constater la fragilité conceptuelle des doctrines d'emploi de la police dans sa relation au reste de la communauté.

Os problemas socioeconômicos geram os chamados outsiders uma parcela de excluídos, sendo assim, a inserção destes no ambiente urbano consiste na velha dicotomia das ideologias dominantes e dificulta a própria ampliação dos espaços públicos e agravam a tensão entre a polícia e as minorias.

<sup>6</sup>Cf. No dizer de Firchow (2000, p. 90), o modelo de policiamento comunitário conduz ao processo de identificação da própria polícia com a comunidade local, a seguir: Le modèle de la police communautaire: ne essentiellement dans les pays anglosaxons, il est dédié à la réduction des conflits interethniques et à l'amélioration de la communication avec les communautés. Le modèle est alors celui d'une police non seulement proche de la population, et notamment de certains groupes interethniques, mais aussi une police "à l'image de la population dans son origine et sa diversité culturelle.

<sup>7</sup>Cf. A inconstância dos modelos das intervenções policiais comprometem a sua legitimidade e provoca o sentimento de desconfiança na comunidade, a saber: Cette fluctuation de l'action policière renforce les incompréhensions des habitants sur le sens même de l'intervention institutionnelle, c'est à dire que ces variations soulignent le caractère stigmatisant et réactif de la police dans les quartiers défavorisés, ce qui renforce à la fois le sentiment d'injustice et celui d'insécurité. (FIRCHOW, 2000, p. 91). A chave para a resolução do conflito está na construção de uma política criminal participativa, pois o engajamento decorre principalmente da cooperação da comunidade no sentido de ampliar o espectro de sua cultura política, em particular a cidadania perdida. Firchow (2000, p. 98) destaca: La politique criminelle "participative" est un enjeu fort de solidarité et d'égalité pour crédibiliser le pacte démocratique.

*Politiquement, cette police est plus correcte, car elle plie, mais ne rompt pas...L'ancienne police d'ordre –la police “dure” pour plagier le langage des sciences exactes– exerçait ses missions traditionnelles de répression des crimes et délits comme de maintien de l'ordre, sans pour autant obtenir des résultats suffisamment exploitables en termes de légitimité politique pour préserver l'ordre public. (FIRCHOW, 2000, p. 90).*

Com base na análise feita por René van Swaaningen, pode-se afirmar que a Holanda tornou-se um país punitivo aos moldes do *Law and Order*, naturalmente contrariando os níveis de tolerância e razoabilidade pelos quais ficou conhecida.

Holanda sempre foi considerado como um país de emigração e o marco de sua política criminal comunitária esbarra na forma intolerante com que os imigrantes e minorias são tratados<sup>8</sup>.

O conservadorismo político holandês vem procurando endurecer suas políticas criminais no intuito de combater o crescimento da criminalidade, no entanto tem-se verificado que suas medidas desarrazoadas agravam ainda mais as diferenças sociais.

*Ahora parece como si de repente todo se hubiese transformado en una cuestión de “nosotros” ciudadanos holandeses blancos contra “ellos”, los inmigrantes (en especial aquellos de procedencia musulmana) que rechazan adaptarse a las normas de “nuestra” ilustrada civilización occidental. Se ha convertido prácticamente en una excepción encontrar en los periódicos artículos sobre molestias, bandas juveniles, ajustes de cuentas o terrorismo que no haga referencia al origen étnico o cultural de los sospechosos. Esta racista son fenómenos nuevos (SWAANINGEN, 2005, p. 6).*

Face ao exposto, pode-se concluir que a Holanda tem utilizado a política criminal de emergência como base ideológica informadora de sua política criminal voltada para a exclusão de minorias, por intermédio do chamado direito penal do inimigo e, conseqüentemente, sem observar o princípio da dignidade da pessoa humana.

*En Ámsterdam la normativa local administrativa permite a la policía alejar a una persona para conseguir terminar con determinada práctica, sin realizar ningún arresto o dar inicio a proceso alguno. A esta práctica se la denomina “orden de arresto preventivo” (tegenhouden en holandés). Un ejemplo de tal práctica lo constituye la deportación de algunas mujeres nigerianas sospechosas de llevar a sus clientes fuera de las zonas legales de práctica de la prostitución y robarles. No se realizó ningún informe formal ni fue seguido ningún procedimiento: sencillamente se las subió al primer avión con destino a Nigeria . (SWAANINGEN, 2005, p. 10).*

---

<sup>8</sup>Cf. A liberalidade com que o país vem tratando temas como entorpecentes, prostituição tem causado o duelo política entre as bases do poder na Holanda. A matriz acolhedora e os standards da democracia aos poucos são substituídos pelo medo e pela estigmatização das minorias, bem como pela gestão da miséria através das intervenções político-criminais. Sendo assim, pode-se concluir que: A pesar de que todas estas prácticas tienen lugar en el ámbito local, no es muy distinto si “los medios no ortodoxos” para gestionar el delito y las molestias, son defendidos por políticos nacionales, autoridades locales o incluso por jefes de policía. Resulta plausible sostener que las diferencias locales se han tornado tan pequeñas debido a que se orientan contra un mismo enemigo: nuestra supuesta “tolerancia del pasado” (SWAANINGEN, 2005,p. 5).

Alume a crítica esboçada por Ripollés, que traduz a retórica vazia do discurso empreendido pela *política de seguridad ciudadana* na Espanha, a saber:

*Sin necesidad de entrar ahora en consideraciones sobre la legitimidad o la eficiencia de todas estas actuaciones comunitarias, lo decisivo a nuestros efectos argumentales es la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la comunidad del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes (RIPOLLÉS, 2004, p. 19).*

O modelo de policiamento comunitário na Espanha vem reafirmando os valores e modelos que dão suporte à chamada política criminal de emergência, todavia é possível reconstruir as bases ideológicas do policiamento comunitário pautado pela valorização da pessoa humana e através de políticas públicas de inclusão social<sup>9</sup>.

### **3. OS DIREITOS HUMANOS COMO O ETHOS DA POLÍTICA CRIMINAL**

A sociedade interage através da força do processo de comunicação, assim será possível estabelecer uma ordem social. A partir da teoria dos sistemas de N. Luhmann, é possível identificar os componentes emocionais presentes no discurso durante o processo de comunicação que, por sua vez, está pautado no simbólico. Dessa forma, “En la sociedad del riesgo la legitimidad se sostiene no por la búsqueda debienes, sino por la evitación de males, y en este nuevo modo de legitimidad, la cadena emocional aquí descrita, horror-vergüenza-preocupación, cumple una función social imprescindible” (ALASTUEY, 1999, p. 197).

Acerca do interaccionsimo simbólica evidenciamos “[...] esto es, que el orden/caos es construido por y desde la comunicación, se muestra clara y distintamente, como a través de una enorme lupa, cuando se consideran los sistemas sociales en su conjunto (ALASTUEY, 1999, p. 224). O pensamento de Eduardo Alastuey reflète o estágio da atual política criminal, em que pesa todos os esforços para a implementação de uma política criminal racional e humanista. Faz-se necessário, então, a compreensão dos direitos humanos como o elemento, o nuclear, o ethos da política criminal.

Na realidade, o ethos se caracteriza pelo chamamento a consolidação também de uma cultura política através da participação dos atores sociais. O direito humano à cidadania é o telos, o ponto de chegada que tem como ethos as boas práticas de respeito e promoção aos direitos do homem como uma efetiva garantia de enfrentamento racional da criminalidade, sem que haja desproporcionalidade nas intervenções político-criminais, típicas do modelo estabelecido pelo direito penal do inimigo. Dessa forma, podem-se salvaguardar os ideais do Estado Democrático de Direito, tutelar a pessoa humana e, por fim, estabelecer o desenvolvimento sustentável de políticas criminais permanentes e não meramente de forma simbólica.

As escolhas político-criminais, garantistas materializam o espírito contido na Constituição de 1988 e corrobora para a construção de uma cultura de respeito aos direitos humanos.

---

<sup>9</sup>Cf. Com efeito, a dinâmica populista acelera o tempo legislativo, elimina ou restringe os debates elementares e recorre a toda sorte de recursos teóricos (a urgência do problema, o alarme social etc.) para promulgar leis ou reformas de urgência (MOLINA; GOMES, 2006, p. 419). A atual luta contra a criminalidade em nada escapa as velhas racionalidades punitivas dos principais sistemas autoritários.

Os direitos humanos exercem duas finalidades precípuas. Na primeira os direitos humanos são considerados como *standards* de proteção da pessoa humana. A outra função que eles exercem diz respeito à própria orientação do sistema punitivo, pois os direitos humanos são o fundamento racional que poderá legitimar o próprio sistema político-criminal, a partir da estrita observância da dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente e o futuro das escolhas político-criminais refletem e estruturam o sistema penal e, por sua vez, emoldurará os rumos do direito penal.

Hodiernamente, percebe-se a crise dos atuais sistemas de política criminal. O regresso às práticas autoritárias demonstra a face de uma democracia falida e pouco preocupada com a pessoa humana.

Esta conjuntura é fruto da sociedade moderna que tem como característica primária o individualismo e que, nos últimos anos, a chamada sociedade do risco, marcada pelo voluntarismo, pelo sentimento de insegurança e vitimização.

A era da pós-modernidade pode ser entendida como sendo o tempo das ausências, ou como a era dos antagonismos em que as incoerências político-criminais permeiam lado a lado no sistema jurídico penal.

O policiamento comunitário como estratégia político-criminal, prevê o fortalecimento das polícias e, principalmente, contempla meios de emancipação dos espaços públicos, uma vez que possibilita ao cidadão participar do processo de elaboração de políticas-criminais conjuntas de cunho democrático.

A polícia comunitária surge, nos últimos anos, como uma forma de resgatar o respeito e a dignidade das agências formais de controle. Atua no plano preventivo e procura estabelecer uma relação de confiança entre os integrantes da localidade, no entanto reforça as tendências criminológicas do *labeling approach* e destina suas ações às chamadas populações de risco.

Por fim, além da emergência de estruturação da política criminal brasileira, faz-se mister observar os desafios do sistema penal que hoje esbarra na formação de uma ordem internacional de justiça penal.

## REFERÊNCIAS:

ALASTEUEY, Eduardo. El contenido emocional de la comunicación en la sociedad del riesgo. *Micoranálisis del discurso*. In: REIS, n.º 87, jul-sept, 1999, p. 221-253.

BAYLEY, David; SKOLNICK, Jerome. *Community policing issues and practices around the world*. Washigton. D.C: United States of America: Criminal Justice, 2006

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIAS, Theodomiro. *Policiamento comunitário e controle externo da polícia: a experiência norte-americana*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000

FIRCHOW, Thilo. *Police et société modèles de relations avec la communauté dans l'espace urbain sensible* In: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n.º 14, 2000, p.87-98.

GARCÍA, José. *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*. In: *Nuevos Retos del Derecho Penal en la Era de la Globalización*.Valecia: Tirant Lo Blanch, 2004.

GRAUS Antonio Pedro Baylos. Globalización y derecho del trabajo: realidad y proyecto. In. Cuaderno de Relaciones Laborales, Madrid, n.º 15, 1999, p.19-49.

KNUTSSON, Johannes. Problem-oriented policing from innovation mainstream, vol 15. United States of America: Criminal Justice Press, 2003.

MARTIN, Elizabeth (Ed.). Oxford Dictionary of law. United Kingdom: Oxford University Press, 2003.

MOLINA, Pablo; GOMES, LUÍZ. Criminologia. 5 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PICCA, GEORGES. Nuevas perspectivas para la justicia penal internacional: ¿El Tribunal Penal Internacional? In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, n.º 17, 2003, p. 133-137.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado: Nueva Serie Año XXXV, Mexico, n.º 103, p.01-11, 2002. Disponible em: <<http://www.juridicas.unam.>>. Acceso em: 12 de Jun. de 2009.

SANTOS, Boaventura. Agramática do tempo: para uma nova cultura política. 4 vol. São Paulo: Cortez, 2006.

SWAANINGEN, René. La política de seguridad ciudadana en Holanda: Traficando con el miedo. In: Revista Española de Investigación Criminológica, 2005, p.1-21.

SZABO, Denis. Sociétés multiculturelles, criminalité et victimization. In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, n.º17, 2003, p. 213-221.

ZALTA, Edward (Ed). Stanford encyclopedia of philosophy. Disponible em: <<http://plato.stanford.edu/entries/>> Acceso em 26 de Nov. de 2008.

ZOLO, Danilo. Globalizzazione una mappa dei problemi. Florença: Laterza, 2004.

# **A NORMA PENAL INCRIMINADORA: FINALIDADE E LIMITAÇÕES**

## **THE INCRIMINATING CRIMINAL LAW: PURPOSE AND LIMITATIONS**

SHARA PEREIRA DE PONTES

Email: sharapontes@hotmail.com

### **RESUMO**

O presente trabalho tem como objeto de estudo a sanção penal, a análise das teorias que se dispõem a explicá-la, mormente as teorias absoluta e relativa da pena. Busca através do estudo da finalidade do preceito secundário da norma penal incriminadora, bem como a exposição das limitações que afrigem a função preventiva da pena, expor considerações que não podem ser olvidadas quando da elaboração e modificação legislativa, sob pena de que se produza lei pela produção em si e não pela sua função instrumental da legislação, qual seja, o controle social. Assim, após uma breve exposição conceitual sobre direito penal, política criminal e criminologia, procede-se ao estudo da pena, através da análise das teorias absoluta e relativa, focando-se na idéia de prevenção geral, para em seguida serem expostas às limitações à eficácia dessa teoria.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito penal; pena; teoria relativa; prevenção geral; limitações.

### **ABSTRACT**

This work propose to study , analyse fault theories, mainly the absolut and the relative fault theory. This work aims to study the criminal sanction, the analysis of theories that are willing to explain it, especially the absolute and relative theories pen. Search by studying the secondary purpose of the provision of standard incriminating criminal, as well as exposure of the limitations that the function Afrigo avoidance of punishment, exposing considerations can not be overlooked when preparation and amendment of legislation, under penalty of law that is produced by production itself and not for its instrumental role of legislation, namely the social control. So after a brief conceptual right criminal law, criminology and criminal policy, it proceeds to the study of pain through analysis of absolute and relative theories of punishment, focusing on the idea general prevention, and are then exposed to the limitations to the effectiveness of this theory.

**KEY-WORDS:** criminal law; penalty; relative theory, general prevention; limitations.

\* Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM ; Servidora do Tribunal de Justiça da Paraíba; Bacharela em Direito pela UFPB; Ex-aluna da faculdade de direito da universidade de Coimbra – Portugal; Pós-graduanda em direito pela escola superior de magistratura da Paraíba.

## INTRODUÇÃO

Hordienamente, no bojo do discurso do law and order, mormente quando da ocorrência de delitos que ensejam grande comoção social, ocorre a manifestação da tendência a modificações legislativas realizadas em tom de emergência, conhecida como legislação do pânico. A maioria dessas medidas é empregada pelo legislador no afã de se demonstrar atuante, fomentando a função simbólica da legislação em detrimento de sua função instrumental.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que o direito é um constructo axiológico e teleológico, ou seja, é permeado por valores referenciais e está voltado a uma finalidade, da qual não se pode dissociar o legislador. Assim, é mister que a elaboração da lei penal seja realizada de acordo com os ditames da teoria preventiva da pena e atenta às limitações dest conforme exposto infra.

### 1. DIREITO PENAL, PENA, POLITICA CRIMINAL E CRIMINOLOGIA

O direito penal é o ramo do conhecimento jurídico que tem precipuamente a função instrumental de preservar a sociedade através da tutela jurídica dos bens fundamentais. Para tanto, debruça-se sobre o estudo e aplicação das normas emanadas pelo poder público, que tipificam condutas e cominam penas, ligando ao crime como fato, a pena como consequência<sup>1</sup>.

Esse conjunto de normas, que tem por objeto a determinação das condutas consideradas infrações penais e das sanções que lhes são subjacentes tem a finalidade de possibilitar a convivência humana. Da exposição conceitual, infere-se que a pena consubstancia-se em um instrumento de coerção do qual o direito penal lança mão visando à proteção dos bens, valores e interesses mais importantes à sociedade<sup>2</sup>, de modo que quanto mais valioso seja um bem e mais reprovável seja a conduta que o viola, maior deve ser a pena abstratamente prevista no preceito secundário da norma penal.

Na norma penal incriminadora existem duas distintas partes: a primeira delas é o preceito primário ou preceptum juris, cuja a incumbência é definir o comportamento humano considerado ilícito, a descrição da conduta que se almoda ao tipo penal; já a segunda parte consubstancia-se no preceito secundário ou sanctio juris, que vem a expor a sanção ou penalidade que deve ser aplicada em consequência da prática da conduta descrita no preceito primário<sup>3</sup>.

Uma das peculiaridades do direito penal é que os bens protegidos por este ramo do direito não interessam unicamente e exclusividade ao indivíduo vitimizado, mas à coletividade como um todo. Pelo princípio da fragmentariedade - decorrente do princípio da intervenção mínima - nem todos os bens existentes são tutelados pelo direito penal, uma vez que este ramo jurídico, devido ao seu grau de intervenção e à severidade de sua aplicação, devve ter sua utilização ponderada a ser realizada ultima ratio, pois “o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social<sup>4</sup>”.

---

<sup>1</sup>Nesse sentido, José Frederico Marques conceitua o direito penal como sendo “o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado”. MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, trad. J. Higino, v.1, p. 1. apud JESUS, Damásio Evangelista de. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Volume I. 28ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p.5.

<sup>2</sup>GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Volume I. São Paulo, Impetus, 2009.

<sup>3</sup>Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. Cit.p.16

<sup>4</sup>ROXIN, Claus, et alii, Introducció al Derecho Penal Y al Derecho Procesal Penal, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, p. 23.

Corroborando o entendimento retro exposto, André Copeti preleciona que:

*“sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político jurídica, deve-se dar preferência a todos os mods extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis<sup>5</sup>”*

Ainda nesse sentido, pondera o jurista Alemão Claus Roxin:

*“A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem se consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a “ultima ratio da política social” e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos<sup>6</sup>”*

O princípio da fragmentariedade vem a representar o corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal. Conforme ensinamentos do ilustre jurista Muñoz Conde:

*“O caráter fragmentário do Direito Penal apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira<sup>7</sup>”.*

Por sua vez, o princípio da intervenção mínima, também denominado como ultima ratio, é orientador e limitador do poder incriminador do estado. Consoante os preceitos do aludido princípio:

*“a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade<sup>8</sup>”.*

---

<sup>5</sup>COPETI, André. Direito penal e estado democrático de direito. p. 87, apud GRECO, Rogério. op. Cit. p. 51.

<sup>6</sup>ROXIN, Claus apud GRECO, Rogério. op. Cit. p. 50.

<sup>7</sup>Muñoz Conde apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Op cit. p. 15.

<sup>8</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. Op cit. p. 13.

Em decorrência lógica do princípio do *nullum crimen sine lege*, previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal Brasileira<sup>9</sup> que aduz não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, o poder público, para impor ou proibir condutas sob a ameaça da aplicação de sanção penal, obrigatoriamente deve valer-se de uma lei. Esta deve descrever precisamente o comportamento humano, o padrão de conduta cuja a prática o Estado visa impedir que ocorra ou cuja obrigatoriedade colima impor. Nesse diapasão, surge o conceito de tipo penal, um instrumento legal de caráter predominantemente descritivo e que tem por função individualizar as condutas penalmente relevantes, cominando em decorrência de sua prática, uma sanção. Portanto, tipo penal é a descrição de um fato ilícito em lei, cuja ocorrência implica na sujeição a uma pena.

Ao realizar a *tipificação*, o legislador transmuda uma determinada conduta humana em um preceito primário de uma norma penal. A definição de quais bens serão alberguados pela tutela penal é manifestada através de uma escolha legislativa. Assim, com o fito de promover a preservação da sociedade, a escolha legislativa de quais bens serão tutelados pelo direito penal, a descrição das condutas que consubstanciam a prática de um crime, o quanto de pena aplicar a cada figura típica, as causas de aumento e diminuição de pena, a execução das medidas punitivas, entre outros, são questões de política<sup>10</sup> criminal, que consoante os ensinamentos do professor Eugenio Raul Zaffaroni, é:

*“a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos<sup>11</sup>”.*

A política criminal apresenta natureza ambivalente ao passo que procura harmonizar aspectos teóricos e praticos, vez que não se restringe apenas a um conjunto de práticas, ou a um articulado teórico sobre o crime e suas variadas formas de manifestação. A mesma vem a manifestar-se com um caráter dúplice, fornecendo a orientação necessária ao legislativo para que o combate à criminalidade seja procedido de maneira racional, com o emprego de meios adequados, e através da crítica ao ordenamento em vigor, buscando promover sua alteração e adequação às políticas recomendadas. Deste modo, a política criminal pode ser entendida como sendo:

*“ o conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal” ou a “determinação e o estudo dos meios ou remédios adotáveis pelo Estado para prevenir eficazmente o maior número possível de crimes” ou ainda “ a atividade que tem por fim a pesquisa dos meios mais adequados para o controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a criminologia, inclusive através da análise e crítica do sistema punitivo vigente<sup>12</sup>” .*

---

<sup>9</sup>Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 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: (omissis): XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>10</sup>O conceito de política como forma especial de atividade humana esta estritamente vinculado ao conceito de poder. A tomada de posição que caracteriza a norma jurídica assume natureza peculiar, à medida que implica a afirmação de padrões obrigatórios de conduta. GALVÃO, Fernando de A. N. Política Criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 12.

<sup>11</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DIREITO PENAL BRASILEIRO: PARTE GERAL. / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.132.

<sup>12</sup>GALVAO, Fernando de N. op. Cit. p. 21-22.

Qualquer que venham a ser o tema de política criminal, não se pode esquecer de sua relação com a criminologia, que vem a ser a:

*“ciência empírica que se baseia na observação, nos fatos e na prática, mais que em opiniões e argumentos, é interdisciplinar e não só se ocupa do crime, senão também do delinqüente, da vítima e do controle social do delito. Como interdisciplinar, por sua vez é formada por outra série de ciências e disciplinas, tais como a biologia, a psicopatologia, a sociologia, política, etc<sup>13</sup>”.*

A criminologia é tida como empírica pela característica de que é uma ciência inexistente unicamente no plano de reflexão e discussão acadêmica, uma vez que cada teoria criminológica se traduz, de alguma forma, em uma política criminal. Deste modo, a criminologia não teoriza no vazio, pelo contrário, vem a ser encontrada refletida nas produções de uma política<sup>14</sup>.

## **2. O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE VIABILIZAÇÃO HUMANA E A FUNÇÃO DA SANÇÃO PENAL**

Modernamente, em paralelo ao aumento da violência, tem-se sobrepulado a idéia de que:

*“a criminalidade é um fenômeno social normal. Durkheim afirma que o delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. As relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que a regulem<sup>15</sup>”.*

O direito propicia essa regulamentação de que se necessita, pois é o *“instrumento de viabilização da existência* (entendida como coexistência) *humana<sup>16</sup>”*. O exercício de tal incumbência é desempenhado através da tutela dos bens, lançando-se mão da coerção, sendo esta o cumprimento forçado de um dever através de um poder de justiça, reprimindo ou refreando infratores, como um atributo da justiça<sup>17</sup>. Para tanto, são estabelecidas normas que facultam, obrigam ou proíbem certos tipos de condutas indiferentes, absolutamente desejáveis ou indiscutivelmente indesejáveis, respectivamente, e sanções<sup>18</sup> são impostas com a finalidade de coibir transgressões a essas normas - e, por conseguinte, lesões aos bens jurídicos.

Os bens jurídicos menos essenciais são tutelados por outros ramos do direito e os bens de importância precípua têm sua tutela exercida por uma específica ramificação do direito, o penal<sup>19</sup>, cujas sanções são denominadas especialmente, conforme a especificidade do agente, de penas ou medidas de segurança, ambas de fundamental importância, uma vez que é unânime entre os estudiosos do amíúde mencionado ramo do conhecimento jurídico a idéia de que a pena justifica-se por sua necessidade, pois sem a mesma *“não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias<sup>20</sup>”*.

---

<sup>13</sup> Ballone, Geraldo José - Criminologia - in. PsiqWeb, Internet, disponível em: <http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=26&sec=78> Acesso em: 09 de novembro de 2010.

<sup>14</sup> ZACKESKI, Cristina. Sistema Penal, Política criminal e outras políticas. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais IBCCRIM – ano 14, nº 172, março, 2007, p. 6.

<sup>15</sup> Cezar Roberto Bitencourt. Tratado de Direito Penal – Parte Geral. Volume I. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1.

<sup>16</sup> Eugenio Raul Zaffaroni & Jose Henrique Pierangeli. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p.92.

<sup>17</sup> Disponível em <http://jusbrasil.com.br/topicos/292868/coercao>. Acessado em 24 de outubro de 2010.

<sup>18</sup> Cf. Antonio Cavalcanti da Costa Neto. Direito, Mito e Metáfora – Os lírios não nascem da Lei. São Paulo, LTr, 1999. p.167-176.

<sup>19</sup> Ver nota apostada retro sobre o princípio da fragmentariedade do direito penal.

<sup>20</sup> CONDE, Muñoz apud BITENCOURT. Tratado de Direito Penal – Parte Geral. Volume I. São Paulo, Saraiva, 2008. p.81.

Assim, consoante visto alhures, como consequência da prática de uma conduta que se amolda a uma figura típica – preceito primário da norma penal – o agente infrator está sujeito a uma pena abstratamente cominada em lei – preceito secundário. Nesse contexto, colimando evitar a ocorrência de equívocos, cabe distinguir a função e o conceito de pena,

*“a pena é um ‘mal’ que se impõe por causa da prática de um delito: conceitualmente, a pena é um ‘castigo’. Porém, admitir isto não implica, como consequência inevitável, que a função – isto é, fim essencial – da pena seja a retribuição<sup>21</sup>”.*

Diversos são os estudiosos que se dedicaram ao estudo da pena. Ao longo da evolução da doutrina, pode ser constatada uma passagem de uma concepção eminentemente retributiva para a visualização da finalidade da sanção penal por um prisma retributivo, as três mais importantes teorias são teorias absolutas ou retributivas, teorias unificadores ou ecléticas, e teorias relativas ou preventivas.

As teorias absolutas ou retributivas da pena tiveram seu escopo no Estado absolutista, impondo-se uma pena a quem agindo contra o soberano, rebelava-se também, contra o próprio Deus. Kant e Hegel foram os mais expressivos defensores das teorias absolutas da pena. Immanuel Kant considerava que o réu deveria ser castigado tão somente pela razão de haver cometido uma infração delituosa, sem nenhuma consideração sobre a utilidade ou não da pena para o mesmo ou para os demais componentes da sociedade, negando, desta feita, toda e qualquer função preventiva – seja geral ou especial – da pena, decorrendo a aplicação desta única e exclusivamente da infringência da lei penal. Por sua vez, Georg Wilhelm Friedrich Hegel considera a pena como sendo uma lesão, uma maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido com a ocorrência do crime, compreendendo, entretanto, a dificuldade da aplicação prática da lei do talião na determinação da natureza e medida da pena, malgrado isso não venha a eliminar a justiça do princípio em relação à necessária identidade valorativa da lesão do Direito, por obra da vontade do delinqüente, e da lesão da vontade do delinqüente com a aplicação da pena<sup>22</sup>.

No que tange à teoria eclética ou unificadora, sabe-se que Merkel foi o precursor da mesma no começo do século XX na Alemanha, partindo da crítica às soluções monistas, sustenta que a unidimensionalidade destas mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais, estabelecendo uma diferença entre fundamento e fim da pena. Quanto ao fundamento, tem-se que a sanção punitiva não deve “fundamentar-se” em nada que não seja o fato praticado, afastando, com esta argumentação o princípio basilar da prevenção geral, qual seja, a intimidação da pena, inibindo o resto da comunidade de praticar delitos, obstando, outrossim, uma possível fundamentação preventivo-especial da pena, sendo um critério ofensivo à dignidade humana a redução do homem à categoria de doente biológico ou social. As teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal, não podendo a pena ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado<sup>23</sup>. O que em parte se coaduna com o disposto no artigo 59 do Código Penal Brasileiro que dispõe que o juiz deve fixar a pena atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

---

<sup>21</sup>MIR PUIG, Santiago apud Cezar Roberto Bitencourt. op. Cit. p.82.

<sup>22</sup>Cf BITENCOURT, Cezar Roberto. op. Cit. p. 82-86

<sup>23</sup>Cf BITENCOURT, Cesar Roberto. Op. Cit. p. 95-96

Por sua vez, a teoria relativas ou preventivas, consoante os subsídios teóricos fruto do labor dos doutrinadores, considera a sanção penal como sendo um instrumento de intervenção na realidade social a partir das idéias de “prevenção geral” e “prevenção especial” conforme o sujeito a qual se destina, consoante será pormenorizado nas linhas seguintes.

## 2.1. PREVENÇÃO GERAL

Entre os defensores da teoria em comento destacam-se Bentham, Beccaria, Filangierii, Schopenhauer e Feurbach, o formulador da “teoria da coação psicológica”, segundo a qual a pena é efetivamente uma ameaça legal aos cidadãos para que estes se abstem de praticar condutas que se amoldem a algum dos fatos tidos como típicos, levando-os a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga. A prevenção geral tem seu alicerce em duas idéias básicas, quais sejam, a intimidação ou utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem<sup>24</sup>. A prevenção geral dirige-se a todos os cidadãos e tem como elemento basilar a idéia de “que é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade<sup>25</sup>”. Esse fim é alcançado, de um lado, com a *vigência*<sup>26</sup> - que pode ser entendida como a possibilidade de produção dos efeitos da lei – do diploma normativo que tipifica os atos injustos e comina as penas a serem aplicadas contra os autores desses atos, e, por outro lado, com a efetiva aplicação da lei penal ao caso concreto, sua exigibilidade ou executoriedade, isto é, a sua *eficácia*<sup>27</sup>. - que é a possibilidade da norma produzir efeitos devido às condições fáticas exigíveis para a sua observância estão verificadas, de modo que se a vigência é a “ameaça”, a eficácia é o cumprimento dessa ameaça.

Essa teoria pode ser estudada sob dois aspectos: prevenção geral negativa, e prevenção geral positiva.

Pelo prisma da prevenção geral negativa, conhecida igualmente como prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal, tende a se refletir junto aos demais membros integrantes da sociedade incentivando-os a refletir antes de praticar qualquer infração penal. Com a prevenção geral negativa, mantém-se vivo o sentimento de credibilidade na contribuição do Direito Penal para o aprimoramento da sociedade, pois a mesma propicia:

*“a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possa ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito<sup>28</sup>”*

Por sua vez, a vertente da prevenção geral positiva ou prevenção integradora, a pena não se presta única e exclusivamente a prevenção negativa de delitos ao demover aqueles que já tenham cometido delitos, sendo o seu propósito para além disso, “infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo, em última análise a integração social<sup>29</sup>”.

---

<sup>24</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. op. Cit. p. 90

<sup>25</sup>Cezar Roberto Bitencourt. Op. Cit. p.89.

<sup>26</sup>Segundo João Mauricio Adeodato, citado por Walber de Moura Agra, vigência é “a pretensão de eficácia normativa”. No caso dos tipos penais, a vigência seria a possibilidade de aplicação da pena. É uma efetiva ameaça a todos os membros da sociedade visando coibir as transgressões às normas a partir do aviso das conseqüências a que estão sujeitos em caso de violação.

<sup>27</sup> Consoante a definição elabora por Tércio Sampaio Ferraz Junior, eficácia é uma qualidade da norma (Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação. 2.ed.São Paulo, Atlas, 1994, p.202.).

<sup>28</sup>Hassemer apud GRECO, Rogério. op. Cit. p. 490.

<sup>29</sup>Queiroz, Paulo, apud GRECO, Rogério. op. Cit. p. 490.

Em suma, para a teoria da prevenção geral, a conduta criminosa é desestimulada pelo fato de que “a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delito”<sup>30</sup>.

## 2.2. PREVENÇÃO ESPECIAL

A exemplo da orientação teleológica da teoria da prevenção geral, a idéia de prevenção especial também calca-se na finalidade de evitar a ocorrência de delitos. A diferença existente entre as duas vertentes da teoria preventiva reside no sujeito ao qual cada uma delas se destinam, pois enquanto a teoria da prevenção geral é direcionada à coletividade como um todo, a prevenção especial “dirige-se exclusivamente àqueles indivíduos que já praticaram delitos, objetivando que os mesmos não voltem a cometer infrações penais”<sup>31</sup>.

Assim, diferentemente da prevenção geral que busca a intimidação do grupo social, e da teoria absoluta que vislumbra a pena como sendo uma retificação pelo fato praticado, a ideia de prevenção especial está direcionada única e exclusivamente ao indivíduo que já delinuiu colimando que o mesmo não torne a cometer infrações de natureza penal.

A origem dessa corrente em enfoque está ligada ao pensamento de Von Liszt, que em seu Programa de Marburgo<sup>32</sup>, preleciona que:

*“A necessidade de pena mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessite ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”<sup>33</sup>.*

De acordo com Claus Roxin, a missão da prevenção especial consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos<sup>34</sup>. Esse ministério é cumprido em dois momentos: primeiramente, há uma neutralização daquele que praticou a infração penal com a segregação do delinquente no cárcere<sup>35</sup>; e em um segundo momento, durante a execução da pena, quando deve haver o caráter ressocializador da sanção penal, fazendo com que o agente medite sobre o crime, e sopesse suas conseqüências, inibindo-o, assim, que o mesmo incorra no cometimento de outros delitos<sup>36</sup>.

Malgrado as críticas que por ventura lhe venham a ser direcionadas, a prevenção especial tem grande mérito, pois sob o ponto de vista político-criminal, pois é uma forma de prevenção o evitar que quem delinuiu torne a fazê-lo, e nisto consiste a função preventivo especial e, de certa forma, a do Direito Penal em seu conjunto<sup>37</sup>. Nesse diapasão, “ao mesmo tempo que com a execução da execução da pena se cumprem os objetivos de prevenção geral, isto é, de intimidação, com a pena privativa de liberdade busca-se a chamada ressocialização do delinquente”<sup>38</sup>.

---

<sup>30</sup>Cezar Roberto Bitencourt, op. cit.p.90.

<sup>31</sup>Cezar Roberto Bitencourt, op. cit.p.92.

<sup>32</sup>A tese pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuização.

<sup>33</sup>ROSAL, Cobo del e ANTON, Vives. Derecho Penal. 3ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1991, p. 688.

<sup>34</sup>Claus Roxin apud Rogério Greco. Curso de direito penal – Parte Geral. Volume I. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.526.

<sup>35</sup>Rogério Greco. Curso de direito penal – Parte Geral. Volume I. Rio de Janeiro, Impetus, 2006, p.526.

<sup>36</sup>Rogério Greco. Curso de direito penal – Parte Geral. Volume I. Rio de Janeiro, Impetus, 2006. p.526.

<sup>37</sup>Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. op. Cit. p. 94.

<sup>38</sup>Idem.

## 2.3. LIMITAÇÕES DA FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA

O delito sempre será intolerável, mas seu índice pode está em um determinado nível que possibilita aos cidadãos a convivência sem o sentimento constante de pânico. Em tal situação, diria se que a legislação penal logrou efetividade, isto é, atingiu o fim colimado quando de sua concepção, interferindo na realidade social, obtendo, assim, o controle dos índices de transgressões.

A efetividade, ou eficácia social, ocorre quando a norma realiza seus efeitos de acordo com a finalidade para a qual foi criada, alcançando os objetivos previstos pelo legislador<sup>39</sup>.

Entretanto, é notório que a efetividade de nossa legislação penal não tem sido satisfatória, uma vez que se constata um número alarmante de delitos em todo o país e, neste quadro de violência instaurado, mormente, nos grandes centros, os bens jurídicos essenciais estão expostos a altos riscos, de maneira que os cidadãos têm o seu direito à paz social tolhido e são, em consequência disso, obrigados a viverem encarcerados pelo medo em decorrência das barbáries cometidas diariamente. Os óbices que impedem a consecução da efetividade de nossa legislação penal, também podem ser analisados de maneira bipartida, expondo se as limitações de cada espécie de prevenção.

### 2.3.1. AS LIMITAÇÕES DA PREVENÇÃO GERAL

A idéia de prevenção geral supõe um “homem racional e calculista que, encontrando – se sob uma coação psíquica, é levado a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga<sup>40</sup>”, isto é, um *homo economicus* que, conhecedor das normas jurídicas das quais é destinatário, é capaz de “a todo o momento comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena<sup>41</sup>”. Ocorre que esse *homo economicus* não está ativamente presente na composição das ações de todos os seres humanos, generalizá-lo a toda humanidade é apenas uma ficção dessa teoria. A classificação dos indivíduos em grupos, nos quais a teoria da prevenção geral logra ou não êxito, torna perceptíveis as limitações da eficácia da teoria em análise. De um modo geral, sem a pretensão de esgotar o tema, as pessoas, quanto a seu potencial delitivo, podem ser agremiadas em seis grupos, a saber:

- I. Os Indivíduos que incorporam os valores éticos e morais e são fiéis cumpridores das normas, não só por respeito a estas, mas por acreditarem veementemente nos valores que lhes são subjacentes compõem o primeiro grupo.
- II. Os agentes que praticam crimes em função da forte alteração emocional em que se encontram no momento da ação, de modo que o predomínio do emocional dirime o racional formam a segunda ramificação. Aqui estariam os autores dos delitos que os estudiosos do direito penal qualificam doutrinariamente como crime privilegiado<sup>42</sup>.
- III. As pessoas que, embora desejem, não violam as normas e, por conseguinte, os bens jurídicos, em virtude do medo da sanção penal e da ponderação das vantagens e desvantagens do cometimento do delito constituem a terceira aglomeração.
- IV. O quarto ajuntamento tem como critério um aspecto da psicologia do delinqüente, a certeza de que não será pego. Aqui se encontram os autores que se consideram inalcançáveis e, por isso, desconsideram a possibilidade de aplicação da sanção penal. Neste caso, a impotência das instituições brasileiras, permissivas da existência do alto nível de impunidade, é responsável pela proliferação de delitos motivados por este fator.

---

<sup>39</sup>Cf. Walber de Moura Agra. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

<sup>40</sup>Cezar Roberto Bitencourt, ob. cit. p 90.

<sup>41</sup>Cezar Roberto Bitencourt, ob. cit. p 90.

<sup>42</sup>Cf. Damásio de Jesus. Direito Penal – Parte Geral. Volume I. São Paulo, Saraiva, 2006, p.206.

V. Estão arrolados no quinto grupo, os delinqüentes produtos da condição socioeconômica, que devido à falta de assistência quando da formação de seus valores e às condições adversas do meio em que vivem, por uma questão de falta de oportunidade e de opção, são impelidos ao crime. Como exemplo, pode ser citado o caso de muitos dos falcões do tráfico de entorpecentes. Em delitos cometidos por agentes desse agrupamento, a sociedade não se exime de culpa, pois a sua estrutura organizacional, com vultosa discrepância na distribuição dos recursos, é responsável por engendrar um volumoso contingente de marginalizados excluídos de seus benefícios, que, conforme depreende se do já exposto, estarão vulneráveis às ações daqueles que, aproveitando se das circunstâncias, os usam para o cometimento de delitos. A esses agentes é pertinente a observação de que o objetivo do direito penal é uma meta política<sup>43</sup>.

VI. E por último, no sexto grupo, tem se aqueles que delinqüem por causas derivadas de sua constituição biopsíquica. São pessoas que malgrado o ambiente favorável em que viveram e toda a educação que receberam, não incorporaram os valores morais inerentes à convivência social. Essa espécie do gênero humano se enquadra no que Thomas Hobbes chama de “indivíduos maus por natureza<sup>44</sup>”.

A prevenção geral logra êxito apenas quanto ao primeiro (de modo ideal) e ao terceiro grupo (pela consecução dos fins da coação psicológica). Sua aplicação é impossibilitada ao segundo grupo devido à falta do elemento racional no momento da ação, também o sendo quanto ao quatro em virtude da falta da efetividade da ameaça, já que o destinatário não acredita no cumprimento desta. Em se tratando dos indivíduos componentes do quinto grupo, a ameaça abstrata é insuficiente para inibi-los ao não cometimento do delito perante o forte impulsionamento ao crime propiciado pelas circunstâncias em que estão envolvidos, pois lhes foi tolhido o direito de escolha entre o lícito e o ilícito. Quanto ao sexto grupo, a ineficiência da teoria em análise é explicada pela intensidade do potencial criminoso de tais indivíduos devido ao qual, nada pode dissuadi-los da prática delituosa.

Face ao exposto, nota se que a prevenção geral tem sua eficácia comprometida, pois o seu âmbito de incidência é restrito a lograr êxito apenas em determinados seres humanos. Como pondera Claus Roxin, cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral<sup>45</sup>.

### **2.3.2. AS LIMITAÇÕES DA PREVENÇÃO ESPECIAL**

A teoria da prevenção especial pressupõe um sistema penitenciário eficiente, onde a execução da sanção penal seja o meio de ressocialização do delinqüente, que durante o cumprimento da pena, deve passar por um processo de reformulação axiológica, isto é, adquirir os valores positivos, desejáveis pela sociedade. Assim sendo, ao término do cumprimento de sua condenação, o individuo retornaria a sociedade e não mais cometeria delitos.

---

<sup>43</sup>Cf. Eugenio Raul Zaffaroni & Jose Henrique Pierangeli. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p.93.

<sup>44</sup>Cf. “os homens são maus por natureza, a não ser que entendamos que eles apenas n°ao recebem da natureza sua educação e o uso da razão. Devemos assim reconhecer que, o medo, o desejo, a ira e outras paixões derivam da natureza sem atribuir a esta seus maus efeitos”. Hobbes, Thomas. Do cidadão. São Paulo, Martin Claret, 2004, p.21”.

<sup>45</sup>Claus Roxin apud Cezar Roberto Bitencourt, ob. Cit. p.91.

Entretanto, ocorre que em todo o mundo, na maioria das prisões, as condições materiais e humanas tornam inalcançável esse objetivo de reabilitação. A estrutura deficitária (incluindo se aqui, entre outros diversos problemas, a superpopulação carcerária) e o próprio condicionamento do delinqüente impedem a consecução da eficácia dessa teoria. Retomando a classificação exposta no item anterior, pode-se afirmar que a prevenção especial possui limitações quanto a dois grupos: tem sua eficácia comprometida para indivíduos que constituintes do quinto grupo, pois em nosso país não há uma política de reinserção social (esses indivíduos, que antes já eram excluídos, a deixaremos sistema carcerário saem estigmatizados, encontrando uma situação de exclusão ainda mais severa que a anterior); e não funciona para reabilitar delinqüentes que compõem o grupo VI, pois estes não têm o condicionamento necessário à reabilitação (algo que tem que ser perseguido não só pela sociedade, mas principalmente pelo condenado, pois se este não quiser a ressocialização, realizá-la se torna impossível).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Modernamente, “só se concebe o esforço ressocializador como uma faculdade que se oferece ao delinqüente para que, de forma espontânea, ajude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes<sup>46</sup>”. Sendo assim, a doutrina penal atual vislumbra a finalidade ressocializadora apenas como algo que dever ser perseguido na medida do possível<sup>47</sup>. Os altos índices de reincidência são prova consistente da não eficiência da prevenção especial, assim, como o preocupante número de delitos consubstancia o mau êxito da prevenção geral.

A finalidade preventiva da pena é cheia de limitações, de modo que, para aqueles que não se adequam a ela, a pena é aplicada tendo-se em conta a finalidade repressiva, pois a impunidade é mola motriz da criminalidade.

O sistema penal brasileiro deve ser repensando, sendo mister a revisão das penas abstratamente cominadas de modo a possibilitar uma sistematização destas, com a retirada das incongruências atualmente existentes, bem como a implementação de condições materiais para a efetividade da idéia de prevenção e, por via de consequência, a consecução do controle da criminalidade.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Forense, 2006  
COPETI, André. Direito penal e estado democrático de direito. p. 87, apud GRECO, Rogério. op. Cit. p. 51

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo, Atlas, 1994.

GALVÃO, Fernando de A. N. Política Criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 12.

GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Volume I. São Paulo, Impetus, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Volume I. 28ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

---

<sup>46</sup>Cezar Roberto Bitencourt, ob. cit. p.124

<sup>47</sup>“A ressocialização do delinqüente implica um processo comunicacional e interativo entre indivíduo e sociedade” (CONDE, Muñoz. Derecho Penal y control social. Cit., p. 96-7)

ROSAL, Cobo del e ANTON, Vives. Derecho Penal. 3ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1991, p. 688

ROXIN, Claus, et alii, Introducción al Derecho Penal Y al Derecho Procesal Penal, Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. MANUAL DE DIREITO PENAL BRASILEIRO: PARTE GERAL. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

# A INVIOABILIDADE DA COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA ENTRE ADVOGADO E O SEU CLIENTE: GARANTIA CONSTITUCIONAL OU PRERROGATIVA DO ADVOGADO?

## THE INVIOABILITY OF THE TELEPHONE COMMUNICATION BETWEEN LAWYER AND YOUR CLIENT: CONSTITUTIONAL GUARANTEE OR FUNCTIONAL PRERROGATIVE OF THE LAWYER?

Alexandre Cavalcanti A. de Araújo\*  
Gerson Dantas Soares\*\*

### RESUMO

A Constituição Federal Brasileira de 1988, elenca em seu art. 5º, um rol contendo inúmeros direitos e garantias fundamentais, conferidos à todos os cidadãos sem distinção. Está previsto em seu texto, inúmeras inviolabilidades, entendendo-se como tal, aquilo que não pode ser violado, que deve ser mantido íntegro, intocável, com o objetivo de fornecer uma maior segurança jurídica ao indivíduo no convívio social. Todas as garantias previstas no rol constitucional do art. 5º, dentre elas a inviolabilidade das comunicações telefônicas, não são absolutas, podendo ser afastadas sempre que presentes as circunstâncias legais autorizadoras ou quando ocorra a coalisão entre o interesse público e o privado, prevalecendo aquele em prol deste. O Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB), lei nº. 8.906/64, estabelece para a atividade da advocacia algumas inviolabilidades em consonância com o que prevê a Magna Carta de 1988, possibilitando o profissional atuar no seu mister com maior segurança, em respeito a ampla defesa e ao sigilo profissional, corolários do devido processo legal, *due process of law*. Essas inviolabilidades também não são absolutas, e não correspondem à uma prerrogativa, privilégio ou regalia da advocacia, mas sim ao efetivo respeito e cumprimento do mandamento constitucional, sendo portanto, a efetividade das garantias constitucionais.

**PALAVRAS CHAVE:** Inviolabilidades. Comunicação telefônica. Prerrogativa. Advogado. Garantia constitucional.

### ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988, lists in its art. 5, a list containing numerous rights and fundamental guarantees granted to all citizens without distinction. Defined in its text, numerous inviolability, it being understood as such, what can not be breached, which must be kept intact, untouched, with the goal of providing greater legal certainty to the individual in social life. All the constitutional guarantees provided in the roll of art. 5, among them the sanctity of telephone communications, are not absolute and may be disregarded when the circumstances permitted assigns present or when there is a coalition between public and private interests, those in favor of prevailing. The Statute of Advocacy and the Bar Association of Brazil (EAOAB), Law no. 8.906/64, establishes for the activity of some inviolable law in line with what provides the Magna Carta of 1988, enabling the professional to act on their trust with greater certainty in respect to legal defense and secrecy, corollaries of due process, due process of law. These are not absolute inviolability, and do not correspond to an entitlement, privilege or privilege as a lawyer, but the effective compliance and enforcement of constitutional law, and therefore, the effectiveness of constitutional guarantees.

**KEYWORDS:** Immunity. Telephone communication. Prerogative. Lawyer. Constitutional guarantee.

---

\*Advogado militante, professor da disciplina Deontologia Jurídica do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

\*\*Estudante do 8º período do curso de Direito da Fesp Faculdades, estagiário do Ministério Público do Estado da Paraíba.

Cotidianamente, a mídia, através de seus vários meios de informação e comunicação, tem divulgado informações sigilosas fruto de operações policiais investigativas, criadas e conduzidas por ela mesma. As conhecidas interceptações telefônicas e até mesmo gravações de toda natureza, tornaram-se uma prática constante e tem denunciado inúmeras condutas criminosas, praticadas não só por aqueles que realmente tem suas vidas pautadas pela prática de delitos, como também por aqueles que deveriam nos proteger, os policiais, bem como por aqueles que deveriam representar nossos anseios e lutar por condições que ofereçam à população uma melhor qualidade na segurança pública através do combate efetivo à criminalidade, os políticos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece inúmeros direitos e garantias fundamentais, elevando-os ao status de *cláusula pétrea*, não podendo ser objeto de proposta de emenda constitucional, conforme expresso em seu art. 60, § 4º, inciso IV. Dentre esses numerosos direitos e garantias previstos no art. 5º, estão a *inviolabilidade das comunicações telefônicas*, inciso XII, e o *sigilo profissional*, inciso XIV, como corolários do direito do cidadão à intimidade, à vida privada e à dignidade da pessoa humana, todos direitos e princípios constitucionalmente previstos.

Tais garantias constitucionais são a regra, mas como toda regra tem exceção, estas também as tem. Essas inviolabilidades são relativas e não absolutas, podendo, portanto, serem violadas desde que estejam presentes determinados requisitos legais. O dispositivo constitucional que trata das comunicações telefônicas reza o seguinte:

*Art. 5º...*

*XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

A inviolabilidade expressa no dispositivo acima, proíbe, segundo Silva (2009) que, se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, se interrompam o seu curso, e se escutem e interceptem telefonemas. A suspensão, sustação ou interferência no curso da correspondência, sua leitura e difusão sem autorização do transmissor ou do destinatário, assim como a ocorrência das interceptações telefônicas, fora das hipóteses excepcionais previstas na Constituição Federal de 1988, violam o objeto de tutela de tal garantia, o qual tem função dúplice, ou seja, a liberdade de manifestação do pensamento e o direito à intimidade.

Como em evidência na parte final do inciso *supra*, existe uma exceção à regra da inviolabilidade, qual seja, a presença ou a configuração de alguns elementos permissivos a violação das comunicações telefônicas, são eles: a) existência de ordem judicial autorizadora; b) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, sendo esta, a lei complementar de nº 9.296/96; c) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Apesar da Carta Política, expressamente, estabelecer como exceção dessa inviolabilidade apenas à interceptação telefônica, Moraes (2005) entende que, nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível a ocorrência de interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados, respeitados certos parâmetros, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Nesse sentido, o autor supracitado cita julgado do STF, da relatoria do Ministro Celso de Mello, a seguir colacionado:

**E M E N T A: HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO. ...**  
**- A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que**

respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas...<sup>3</sup>

O mesmo entendimento possui Lenza (2008) estabelecendo que o sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas, como regra, é inviolável, salvo nos casos de decretação de estado de defesa e de sítio, constitucionalmente previsto nos arts. 136, §1º, inciso I, alínea “b”, e 139, inciso III, e em casos excepcionais onde analisando as peculiaridades da espécie, este direito restaria relativo, como na possibilidade da interceptação de uma carta enviada por seqüestradores.

Com a mesma intenção de impedir a prática criminosa, a qual restaria facilitada se as inviolabilidades fossem absolutas, o direito alienígena é expresso no sentido de relativizar tais inviolabilidades. Nesse sentido, a Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu art. 34, nº 4, e igualmente a Constituição Italiana de 1948, em seu art.15, respectivamente transcritos:

*Art. 34...*

*4. É proibida, toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.*

*Art. 15 - A liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis. Sua limitação pode ocorrer somente por determinação da autoridade judiciária, mantidas as garantias estabelecidas pela lei.*

A Lei nº 9.296, de 24 de Julho de 1996, lei das interceptações telefônicas, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF/88, veio nortear toda a prática da interceptação das comunicações telefônicas, que antes de sua publicação, tornava todas as interceptações telefônicas ilegais, mesmo aquelas realizadas com ordem judicial, pois faltava a Lei que estabelecesse a forma e as hipóteses de seu cabimento.

É necessário frisar que esta Lei se refere somente as interceptações telefônicas, sendo ainda necessário diferenciá-la da gravação e da escuta telefônica. A *interceptação telefônica* corresponde a gravação realizada por um terceiro, de uma conversa, sem o conhecimento dos interlocutores. A *escuta telefônica* seria a gravação realizada também por um terceiro, mas com o conhecimento de um dos interlocutores ou a mando de um destes. Por último, ocorre a *gravação telefônica* quando esta é realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do(s) outro(s). Tais procedimentos se referem tanto a ligação de telefone fixo como de celular.

A diferença fundamental na prática de tais atividades, está na sua legalidade ou não. Em regra, a nossa Carta Política veda a *interceptação telefônica* sendo *ilícita* a sua realização sem a presença dos pressupostos legais autorizadores. A *escuta*, também considerada ilícita por ferir direitos como a intimidade e a vida privada, somente será aceita se presente algum excludente de ilicitude. Já a gravação, via de regra, é *lícita*, pois não há vedação constitucional para sua ocorrência, salvo se atentar contra direitos previstos na CF/88, como a imagem, a honra, a intimidade e a vida privada, dentre outros. Nessa esteira, está o julgado da Segunda Turma do STF:

**EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do**

---

<sup>3</sup>STF. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. Celso de Mello. HC 70814 / SP. Data do Julgamento 01/03/1994. Publicado no Diário da Justiça em 24/06/1994. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+70814+&base=baseAcordaos>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. Grifos nossos.

outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.<sup>4</sup>

Com relação ao **sigilo profissional**, este é resguardado pelo inciso XIV da CF/88, ao estabelecer que, é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

O dicionário Aurélio *on line*, registra que sigilo é sinônimo de segredo. Freitas (2011), refere-se ao sigilo profissional como sendo o dever ético que impede a revelação de assuntos confidenciais ligados à profissão. Tal definição traduz a idéia de que o sigilo profissional passa a ser um direito-dever uma vez que, tem o cidadão ou cliente o direito ao sigilo de tudo que é contado ao profissional em decorrência de sua atividade, demonstrando a confiança daquele para com este, ao passo que o profissional terá o dever de manter esse sigilo, em decorrência da ética profissional.

Nesse sentido está Oliveira (2011), e ainda esclarece que, o sigilo profissional configura-se no dever de guardar segredo decorrente da profissão, segredo este que somente existe quando o que se quer ocultar não é notório e nem tão pouco de conhecimento público, devendo o transmitente ou terceiro ter interesse na sua confidencialidade.

Em virtude desse direito-dever, a regra é a inviolabilidade do sigilo profissional, contemplada em vários diplomas legais a exemplo do Código Civil, em seu art. 229, inciso I; Código de Processo Civil, art. 347, inciso II; Código Penal, art. 154; Código de Processo Penal, art. 207; e como veremos, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB). Porém, sempre que o interessado (cliente) autorizar a divulgação das informações que foram confidenciais ao profissional, este poderá fazê-lo, com justa causa, sem violação a tal dispositivo constitucional e infraconstitucional.

## **ASPECTOS IMPORTANTES DA LEI Nº 9.296/96**

O dispositivo constitucional que trata da inviolabilidade das comunicações telefônicas, inciso XII do art. 5º, por ser norma de eficácia limitada, necessitava de uma lei para regulamentar sua aplicabilidade.

Sendo assim, todas as autorizações judiciais de interceptação telefônica, que ocorreram de 1988 até o advento da Lei nº 9.296/96, em regra, eram consideradas ilícitas, sendo também consideradas nesse sentido, todas as provas obtidas direta ou indiretamente dessa violação.

---

<sup>4</sup>STF. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. Cezar Peluso. RE 402717 / PR. Data do Julgamento 02/12/2008. Publicado no Diário da Justiça em 13/02/2009. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE+402717+&base=baseAcordaos>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. Grifos nossos.

Aplicava-se a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada “*Fruits of the Poisonous Tree*”, pois conforme reiteradas decisões do STF e do STJ, era necessário uma lei específica para regular a violação dessa garantia constitucional. Esse foi o entendimento do STF à época, no julgamento do HC 69912-0/RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: **AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, “NAS HIPÓTESES E NA FORMA” POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; ... A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.**<sup>5</sup>

Com a edição da Lei que regulamenta a questão, passou-se a considerar a possibilidade de violação da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas, com base nas hipóteses e nas formas estabelecidas por ela.

O *caput* do art. 1º da Lei nº 9.296/96, fez referência aos outros requisitos constitucionais exigidos, necessitando então de ordem autorizadora do juiz competente da ação principal e que seja necessário para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, não sendo possível a interceptação portanto, em processos civis, trabalhistas ou de outra natureza.

É necessário ainda para a sua legalidade que se demonstre indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, que a prova não possa ser produzida por outros meios disponíveis e que a infração penal seja punida com pena de reclusão (art. 2º da Lei supracitada).

O STF tem firmado o entendimento de que o crime autorizador da interceptação telefônica tem que ser punido com pena de reclusão, porém, se forem obtidas provas, por meio dessa interceptação, da prática de crime punido com pena de detenção, essas provas serão consideradas lícitas, como segue afirmando o acórdão do julgado a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO... **1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido.**<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> STF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. HC 69912 segundo / RS. Data do Julgamento 16/12/1993. Publicado no Diário da Justiça em 25/03/1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+69912+&base=baseAcordaos>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. *Grifos nossos*.

<sup>6</sup> STF. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. AG.REG no AI 626214 AgR / MG. Data do Julgamento 21/09/2010. Publicado no Diário da Justiça em 08/10/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=AG.REG+no+AI+626214+&base=baseAcordaos>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. *Grifos nossos*.

A autorização judicial pode ser determinada conforme art. 3º, incisos I e II, e arts. 4º e 5º da mesma Lei, quer seja de ofício, pelo juiz, ou a requerimento, da autoridade policial, somente, na investigação criminal, como também do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal, sempre demonstrando a sua necessidade para apuração da infração penal, bem como descrevendo com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade devidamente justificada.

A interceptação será requerida contra o interlocutor e não propriamente contra o titular da linha telefônica, visto que, pode aquele utilizar-se de telefone de terceiros para fazer suas comunicações, podendo figurar como interlocutor o investigado, o réu, a testemunha, a vítima ou qualquer outra pessoa, desde que existam indícios de participação delituosa em crime punido com reclusão (MARIA, 2009).

O juiz decidirá, no prazo máximo de vinte e quatro horas, sobre o pedido, fundamentando a sua decisão, sob pena de nulidade e com prazo de vigência de quinze dias renovável por mais quinze, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Com relação a este prazo de renovação, é cediço no STF o entendimento de que pode haver renovação por tantas vezes quantas forem necessárias, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Nessa esteira os acórdãos dos julgamentos da Segunda Turma do STF, ambos da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa:

**EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. LICITUDE. ORDEM DENEGADA. Segundo informou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, as questionadas prorrogações de interceptações telefônicas foram, todas, necessárias para o deslinde dos fatos. Ademais, as decisões que, como no presente caso, autorizam a prorrogação de interceptação telefônica sem acrescentar novos motivos evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento. ...<sup>7</sup>**

**EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento.<sup>8</sup>**

---

<sup>7</sup>STF. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. HC 92020 / DF. Data do Julgamento 21/09/2010. Publicado no Diário da Justiça em 08/11/2010. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+92020+&base=baseAcordaos>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. *Grifos nossos*.

<sup>8</sup>STF. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. RHC 85575 / SP. Data do Julgamento 28/03/2006. Publicado no Diário da Justiça em 16/03/2007. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC+85575+&base=baseAcordaos>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. *Grifos nossos*.

A diligência será conduzida pela autoridade policial, a qual poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público, sempre dando prévia ciência ao Ministério Público, que poderá, se entender necessário, acompanhar a sua realização.

Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas, para que aquele tome as devidas providências.

É necessário frisar que, constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, com pena de reclusão de 2 a 4 anos e multa. A primeira parte, segundo Maria (2009), pode ser praticada por qualquer pessoa do povo, sendo portanto um crime comum, enquanto que, a segunda parte, trata-se de crime próprio, só podendo ser cometido por juiz, promotor, advogado, serventuário ou funcionário de empresa telefônica e pessoas que tiveram acesso ao conteúdo da gravação.

## **A INVIOABILIDADE DA ADVOCACIA**

A Constituição Federal Brasileira prevê as chamadas funções essenciais à justiça em seu Título IV, Capítulo IV, Seções I, II e III, as quais são compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, que se ausentes, o Poder Judiciário não funcionaria ou funcionaria mal. Dentre elas, está a advocacia, Seções II e III.

Para Silva (2009) a advocacia não é apenas uma profissão, mas uma árdua tarefa posta a serviço da justiça, sendo um dos elementos da administração democrática e as antenas supersensíveis do Estado de Direito, e por isso, sempre mereceu o ódio e a ameaça dos poderosos, a exemplo de quando Napoleão ameaçou cortar a língua de todo o advogado que a utilizasse contra o seu governo, ou quando tal profissional foi chamado de sanguessuga e venenoso réptil, e ameaçado de ser enforcado sem piedade por Frederico, o Grande, caso viesse pedir graça ou indulto para um soldado.

O advogado, como profissional indispensável à administração da justiça, possui inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, conforme previsto no art. 133 da Carta Maior, e no *caput* e § 3º do art. 2º da Lei nº 8906/94 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB).

Conforme Araujo Jr. (2007), a inviolabilidade, que traduz a idéia de inacessível, impraticável ou imune, conferida ao advogado, tanto pela Carta Magna como pelo EAOAB, visa proteger uma situação ou bem jurídico, sendo uma das mais importantes garantias do advogado e da sociedade, posto que, mesmo em seu ministério privado, o advogado presta serviço público e tem função social.

Oliveira (2011) complementando o autor supracitado expressa que a inviolabilidade do profissional de advocacia é um direito que garante ao advogado, enquanto profissional que exerce um *múnus* público, a possibilidade de trabalhar com maior segurança, constituindo-se numa garantia conferida, em maior potencial, à sociedade, do que ao próprio advogado.

Exercendo a profissão, pode o advogado atuar judicialmente ou extrajudicialmente, como procurador representando a parte, ou postulando em causa própria, como permitido pelo art. 36 do CPC, mas sempre atentando que o advogado presta serviço público, exerce função social e seus atos constituem *múnus* público.

A inviolabilidade do advogado não se exaure na tutela das manifestações e dos atos praticados no exercício da profissão. A Lei nº 11.767 de 2008, que conferiu nova redação ao inciso II do art. 7º da Lei nº 8906/94, estabelece que, são direitos do advogado, dentre outros:

*Art. 7º...*

*II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;*

A inviolabilidade por atos e manifestações, segundo Oliveira (2011), ocorre internamente, quando atua no âmbito dos processos e tribunais, e externamente, ou seja, em seu local de trabalho ou onde estiver desempenhando o papel de advogado.

Nesse contexto, tem o profissional da advocacia, a tutela de todos os seus instrumentos de trabalho, tais como documentos, computadores, mídias, arquivos, e quaisquer outros utilizados na atuação profissional, seja em seu escritório particular ou no local de trabalho.

Essa proteção se estende as correspondências e meios de comunicação tais como cartas, emails, fax, telegramas, telefonemas e quaisquer outros meios que possibilitem a atuação profissional do advogado, e o objetivo dessa inviolabilidade, segundo Araujo Jr. (2007), é a liberdade da defesa e do sigilo profissional do cliente.

Tal privilégio conferido a advocacia, porém, *não é absoluto*. A Constituição Federal já previa, na parte final do art. 133, que esta imunidade se aplicava, somente, no exercício da profissão e nos limites da lei. A própria Lei nº 11.767/2008 tornou relativa essa inviolabilidade ao estabelecer no § 6º do art. 7º do Estatuto da OAB que:

*§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.*

Por força de tal dispositivo, pode sim a inviolabilidade do escritório, dos instrumentos de trabalho e das comunicações ser declarada sem efeito, desde que presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte do advogado.

Oliveira (2011) citando o direito comparado revela semelhante posicionamento, pois segundo o mesmo, o ordenamento jurídico italiano, somente permite a busca e apreensão em escritórios de advogados quando, estes, estiverem sendo processados, ou se houver ordem para descobrir traços ou outras evidências materiais de crimes, ou quando houver ordem para busca de coisas ou indivíduos que estejam especificados no mandado, observando-se, ainda que, os documentos somente podem ser analisados se constituírem corpo de delito e a diligência deve ser acompanhada pelo Presidente ou Conselheiro dos representantes dos advogados locais.

Ora, é perfeitamente aceitável tanto o dispositivo do EAOAB como o semelhante entendimento italiano, pois primeiro está em consonância com a própria Constituição, inciso XII do art. 5º, e com a Lei nº 9.296/96 que trata das interceptações telefônicas. Segundo, que o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil confere, em seus dispositivos, §3º do art. 2º, e inciso II do art. 7º, a inviolabilidade, apenas, se estiverem no exercício profissional da advocacia, a qual como já exposto, tem função social.

O advogado quando atua na prática criminosa, deixa de exercer seu papel profissional, pois não é dever da advocacia contribuir para a delinquência e aumento da criminalidade, pelo contrário, visa permitir que todos tenham o mesmo tratamento e as mesmas possibilidades de defesa de seus direitos, sem interferir ou ferir direito de terceiros e muito menos da sociedade como um todo.

Não pode a Lei, conferir uma proteção àqueles “profissionais” que utilizam essas inviolabilidades como escudo e meio de facilitar a prática criminosa. Não é função social da advocacia possibilitar ou facilitar a atuação do profissional no sentido de contribuir com a criminalidade. Deve sim, tal profissional, ter sua inviolabilidade cassada para responder pelos atos praticados, sendo, portanto, permitido a violação do escritório, seja particular ou no local de trabalho, dos instrumentos de trabalho e meios de comunicação, conforme decisões reiteradas do STF, onde uma delas está, a seguir, colacionada:

**EMENTA: ... 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão...<sup>9</sup>**

Analogicamente ao caso em questão, está a imunidade parlamentar prevista no art. 53 da Carta Política de 1988, conferindo aos Deputados e Senadores a inviolabilidade, civil e penal, por quais quer de suas opiniões, palavras e votos, não sendo uma inviolabilidade absoluta, pois trata-se apenas de inviolabilidade material, ou seja, somente reconhecida quando as opiniões, palavras e votos forem decorrentes do exercício do mandato, sendo inclusive permitido a prisão em caso de flagrante crime inafiançável (art. 53, § 2º da CF/88).

O STF em reiteradas decisões emitiram e consagraram seu entendimento de que, realmente, a imunidade parlamentar não pode ser um escudo que protege os Congressistas de atos abusivos e prática criminosa, não podendo a norma constitucional que trata da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo ser interpretada e aplicada em sua literalidade, senão vejamos:

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO DECRETADA EM AÇÃO PENAL POR MINISTRA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEPUTADO ESTADUAL... INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO À ESPÉCIE DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 53, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ... Decisão em perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Súmula 704. 2. ... A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente. 3. Habeas corpus cuja ordem se denega.<sup>10</sup>**

---

<sup>9</sup>STF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Inq 2424 / RJ. Data do Julgamento 26/11/2008. Publicado no Diário da Justiça em 26/03/2010. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Inq+2424+&base=baseAcordaos>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. *Grifos nossos*.

<sup>10</sup>STF. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. HC 89417 / RO. Data do Julgamento 22/08/2006. Publicado no Diário da Justiça em 15/12/2006. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+89417+&base=baseAcordao>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. *Grifos nossos*.

Nessa perspectiva está, o caso em estudo. Não pode, as inviolabilidades conferidas ao advogado, funcionar como um escudo que o protege de atos abusivos e infratores. Não se deve fazer uma interpretação e aplicação absoluta dessa garantia, que ao nosso ver, se enquadra analogicamente, com as devidas peculiaridades, ao caso supracitado, visto que ambas as imunidades são consideradas materiais, aplicando-se, apenas, quando no exercício de suas funções.

## **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O SIGILO PROFISSIONAL**

A Constituição Federal de 1988, estabelece que a regra é a inviolabilidade das comunicações telefônicas, salvo nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a Lei nº 9.296/96 estabelecer.

Dentre as inviolabilidades do advogado, no exercício de sua profissão, está a regra constitucional acima relata, ou seja, é vedado a interceptação de comunicação telefônica da conversa estabelecida entre o mesmo e seu cliente, com base nos princípios da ampla defesa e do sigilo profissional, garantias do devido processo legal.

Equivoca-se quem pensa que a inviolabilidade é privilégio do advogado como profissional, pois em conformidade com Silva (2009), a proteção é destinada ao cliente, o qual confia documentos, confissões, e objetos da esfera íntima e de natureza pessoal, que precisam ser resguardados e protegidos de maneira mais adequada.

E permanecem no erro aqueles que, segundo Oliveira (2011), tratam a inviolabilidade como um privilégio, pois este traduz uma situação jurídica particular em que as normas são destinadas à pessoas certas, enquanto que a inviolabilidade não está vinculada à pessoa, mas à situações. Sendo assim, não é o indivíduo que é inviolável, mas a situação a que ele está sujeito.

O sigilo profissional constitui um direito-dever do advogado, como prega Araujo Jr. (2007), pois quando assume a defesa judicial ou extrajudicial do cliente, o advogado se obriga a manter-se em silêncio sobre os fatos a ele revelados, e ainda que solicitado pelo cliente, o advogado pode alegar seu impedimento.

Constitui, o segredo profissional na advocacia, a pedra fundamental, o ponto de honra do advogado na relação com o seu cliente, e abrange tudo o que o advogado tem conhecimento no exercício da profissão, estando esta obrigação vinculada durante e depois do patrocínio ou da prestação dos serviços contratados, e nenhuma autoridade pode isentá-lo desse dever (CARLOS, 2004; RIBEIRO, 2011).

O Código de Ética e Disciplina da OAB (CED) é expresso no sentido de se aplicar a regra da inviolabilidade e respeito ao sigilo profissional. Porém, em situações excepcionais, este sigilo poderá ser violado, casos que envolvam grave ameaça à vida, à honra ou na própria defesa do cliente ou do advogado, mas sempre restrito aos interesses da causa e nos limites da necessidade da defesa, como prega arts. 25, 26 e 27 do CED.

Questão tormentosa se apresenta quando, ocorre violação do sigilo profissional e da própria ampla defesa, com a inviolabilidade do advogado sendo cassada.

Como já visto, é possível isso ocorrer quando presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte do advogado, mediante autorização judicial fundamentada e pormenorizada, pois o advogado deixa de atuar no seu objetivo profissional, passando à integrar a categoria de criminoso.

Maria (2009) esclarece que, existem três situações a ser consideradas quanto a possibilidade de interceptação da conversa do advogado com seu cliente, são elas: 1. As conversas do advogado com seu cliente, quando somente este é criminoso, sem envolvimento do advogado na prática criminosa, jamais podem ser interceptadas, com base na garantia constitucional do sigilo profissional e da ampla defesa; 2. Quando um criminoso está com o telefone “grampeado” e faz ligações para outros criminosos ou outras pessoas e também para seu advogado, aquelas gravações poderão ser utilizadas, mas nunca as feitas para seu defensor; 3. Se o advogado é a pessoa investigada ou há participação sua na empreitada criminosa, poderá sim, ocorrer a interceptação.

Com o mesmo entendimento, Moraes (2005) estabelece que, a interceptação da comunicação telefônica entre o acusado e seu defensor somente será possível se o advogado estiver envolvido na atividade criminosa, pois nesta hipótese não estará atuando como defensor, mas como participante da infração penal.

Trazendo a luz o direito comparado, o Código de Processo Penal de Portugal, em seu art. 187, 3, revela na mesma esteira, o posicionamento dos autores supracitados, se não vejamos:

*Art. 187...*

*3 - É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime.*

Perdendo tal prerrogativa, poderá, então, ocorrer a interceptação telefônica da conversa do advogado com seu cliente, desde que, estejam presentes os requisitos do § 6º do art.7º da Lei nº 8906/94, não prevalecendo a alegação de violação ao sigilo profissional, como já decidiu a Segunda Turma do *Pretório Excelso* na ementa a seguir:

**PENAL E PROCESSUAL PENAL... INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SIGILO PROFISSIONAL... 4. Observo da representação da autoridade policial para quebra de sigilo telefônico que a diligência requerida visava apurar o eventual envolvimento dos usuários das linhas telefônicas com o tráfico ilícito de entorpecentes... 6. A alegação de afronta ao sigilo profissional, tendo em vista que o paciente é advogado e teriam sido interceptadas ligações travadas com seus clientes, também não merece acolhida, já que os delitos que lhe foram imputados teriam sido cometidos justamente no exercício da advocacia. 7. O simples fato de o paciente ser advogado não pode lhe conferir imunidade na eventual prática de delitos no exercício de sua profissão. ...<sup>11</sup>**

O dispositivo de lei acima relatado, refere-se, como sendo um dos requisitos que autorizam a interceptação, a presença, apenas, de indícios de autoria, mas acreditamos que, a redação correta deveria ser a mesma da Lei nº 9.296/96 que trata das interceptações telefônicas, qual seja, indícios razoáveis da autoria ou *participação* em infração penal, pois conforme Greco (2007), existe no nosso ordenamento jurídico, infrações penais que podem ser praticadas por uma só pessoa, surgindo apenas a figura do autor, e outras que podem ser cometidas por duas ou mais pessoas, caracterizando, neste caso, o concurso de pessoas, surgindo, nesta situação, a figura do autor, co-autor e partícipe.

---

<sup>11</sup>STF. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. Ellen Gracie. HC 96909 / MT. Data do Julgamento 17/11/2009. Publicado no Diário da Justiça em 11/12/2009. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+96909+&base=baseAcordaos>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. *Grifos nossos*.

A diferença entre tais figuras, segundo entendimento da obra do doutrinador supracitado, é que o autor configura o protagonista da infração penal, aquele que possui o domínio do fato; é ele que exerce o papel principal. Já o co-autor, é aquele que tem o domínio funcional dos fatos, ou seja, aquele que tem uma participação importante e necessária ao cometimento da infração. É partícipe, é aquele que auxilia o autor, mas sem desenvolver tarefas principais, sendo coadjuvantes na história do crime. Tal participação se concretiza moralmente, através de induzimento e instigação, ou materialmente por cumplicidade, facilitando materialmente a prática da infração penal, sendo portanto, cabível, em nossa compreensão, a interceptação em tais situações.

Este também é o entendimento de Cabette (2008) ao afirmar que, nos casos em que o advogado é o próprio autor ou co-autor dos crimes sob apuração, não pode ele ancorar-se nas prerrogativas da nobre função que aviltou, pois não estaria no exercício legítimo da advocacia.

O CED estabelece que, o advogado é aquele que atua na defesa do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, tendo como dever, dentre outros, preservar com honra, nobreza e dignidade a profissão. A honestidade, decoro, veracidade, lealdade e boa-fé com que deve agir, torna a advocacia uma das mais importantes profissões, vista pela Constituição Federal como uma das funções essenciais e indispensável à administração da Justiça.

O envolvimento na prática criminosa, torna o advogado nada mais que um criminoso diplomado, e o que é pior, conhecedor das falhas da lei por onde ele pode atuar. Sua conduta criminosa é totalmente contrária ao que prega o EAOAB e o CED, não sendo portanto, considerado advogado aquele que atua nesse sentido, já que o intuito e deveres da advocacia não estão sendo exercidos e nem buscados. O advogado deve ter a consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos, e não para ser empregada contra a ética, a moral, honestidade e dignidade dos outros.

Nessa esfera, entendemos que, sendo autor ou participante da empreitada criminosa, pode sim, aos nossos olhos, o advogado ter a conversa com seu cliente, interceptada com a devida fundamentação judicial e com base no cumprimento das exigências previstas na Lei nº 9.296/96. O STJ já manifestou entendimento nesse sentido, ao considerar constitucional a interceptação de comunicação telefônica de advogado, mediante decisão judicial fundamentada na Lei nº 9.296/96, como visto na ementa a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO TELEFÔNICO.ADVOGADO. QUEBRA.

**I - Decisão judicial fundamentada, com apoio na Lei nº 9.296/96, determinando a interceptação telefônica, não afronta a Constituição Federal.**

**II - A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificamente, a fundada suspeita da prática da infração penal. Recurso desprovido.<sup>12</sup>**

É necessário, como visto, que a decisão judicial seja motivada, sob pena de nulidade do ato, com base na garantia constitucional de que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, art. 93, inciso IX, podendo ser emitida de ofício pelo juiz ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal, ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

---

<sup>12</sup>STJ. Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. RMS 10857 / SP. Data do Julgamento 16/03/2000. Publicado no Diário da Justiça em 02/05/2000. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RMS+10857&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. *Grifos nossos*.

Deve ser a única maneira de se buscar provas, não podendo ser obtida de outra forma, e o crime autorizador da interceptação, tem que ser punido com pena de reclusão, porém se dessa interceptação resultarem provas de crime punido com detenção, estas serão consideradas lícitas como já decidiu o STF em julgado colacionado anteriormente, pois o importante é a análise do crime que fundamenta a interceptação.

O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados e o juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Como materialização do que foi exposto acima, está o julgado da Quinta Turma do STJ tratando da possibilidade de interceptação telefônica de advogado participante de atividade criminosa, não ocorrendo violação do sigilo profissional:

**HABEAS CORPUS... INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA JUDICIALMENTE DE FORMA FUNDAMENTADA. PRORROGAÇÕES INDISPENSÁVEIS DIANTE DA COMPLEXIDADE DAS CONDUTAS DELITIVAS INVESTIGADAS. RAZOABILIDADE DO PRAZO DA MEDIDA (9 MESES). VIOLAÇÃO DE SIGILO CLIENTE/ADVOGADO NÃO DEMONSTRADA. ADVOGADO OBJETO DA INVESTIGAÇÃO E TAMBÉM DENUNCIADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. ... 3. A legislação infraconstitucional (Lei 9.296/96) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo irá depender do tipo de investigação a ser feita - quanto mais complexo o esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal. Precedentes. 4. A assertiva de violação das comunicações entre cliente e Advogado não restou comprovada. O próprio escritório de Advocacia estava sob investigação, por existirem indícios da prática dos crimes aqui descritos e de outros, tanto que alguns de seus sócios foram também denunciados neste e em outros processos; dessa forma, considerando que todos estavam sob investigação e ausente a demonstração das conversas gravadas em que o paciente estaria apenas exercendo seu direito de acesso à defesa técnica, falha que persiste na presente impetração, inviável o reconhecimento de qualquer constrangimento ilegal, no ponto. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.<sup>13</sup>**

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Carta Política de 1988, em seu art. 5º, inciso XII, veda, em regra, a violação das comunicações telefônicas, bem como o inciso II do art. 7º da Lei nº 8906/94. Essas inviolabilidades porém, não são absolutas, podendo ser relativizadas, comportando casos excepcionais que são estabelecidos no esteio do *Rule of Law*, ou seja, pelo império da lei, autorizando a sua violação.

Dentre as inviolabilidades concedidas ao advogado no exercício de sua profissão, está a inviolabilidade da comunicação telefônica com os seus clientes ou relativa à defesa desses clientes, como extensão da ampla defesa e do sigilo profissional. Esta imunidade, como anteriormente citado, pode ser afastada, possibilitando a realização de interceptação telefônica da conversa do advogado com o seu cliente, não configurando afronta a ampla defesa e nem ao sigilo profissional, como por exemplo no combate ao crime organizado.

---

<sup>13</sup>STJ. Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma. Relator(a): Min. Napoleão Nunes Maia Filho. HC 132137 / SP. Data do Julgamento 17/08/2010. Publicado no Diário da Justiça em 30/08/2010. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+HC+132137+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 05 de Jun. de 2011. Grifos nossos.

Muitos se referem à esta inviolabilidade como sendo uma prerrogativa, um privilégio ou regalia da advocacia. Em nossa ótica, porém, tal imunidade não configura uma prerrogativa ou privilégio, pois este, segundo o Aurélio seria, uma vantagem concedida a uma ou mais pessoas, com exclusão de outros e contra a regra geral, não configurando o caso em tela, pois a Constituição Cidadã de 1988 confere a garantia de que, todos os cidadãos tem direito ao sigilo das comunicações e a inviolabilidade das mesmas, prevista no inciso XII do art. 5º, não excluindo nenhuma classe ou profissão e nem sendo contrário ao direito, mas sim em consonância com o próprio.

O que se tem, no caso da advocacia, é o efetivo respeito à esta garantia constitucional já prevista, pois se sabe que muitas dessas garantias não são efetivamente aplicadas, e neste caso, como uma Lei federal, a de nº 8906/94, trata mais especificamente de uma delas, conferindo-a, novamente de forma expressa, à uma das funções essenciais à administração da justiça, sua aplicação torna-se mais efetiva. Mesmo porque, os requisitos que autorizam a violação dessa inviolabilidade conferida aos advogados, são os mesmos previstos na Lei nº 9.296/96, aplicada à todos os cidadãos comuns.

Sendo assim, a regra é a vedação à interceptação telefônica da conversa entre advogado e seu cliente, com base na ampla defesa e no sigilo profissional. Porém, o Estatuto da OAB em seu § 6º, art.7º, e antes dele a CF/88, art. 5º, inciso XII, prevê a possibilidade dessa ocorrência, desde que presentes os requisitos autorizadores, pois a tutela dessa garantia, diz respeito ao sigilo dos atos de defesa próprios do exercício da profissão, e quando suspeito, o advogado não mais estaria na figura de defensor, mas de co-autor ou partícipe da infração penal.

O que não pode ocorrer e ser aceitável é que, aqueles que detém essas inviolabilidades as utilizem para a prática de atos criminosos, acreditando estarem imunes as penalidades imputadas aos homens comuns, em decorrência da sua profissão, função que exercem ou cargo que ocupam. Não podem, estas imunidades, funcionarem como verdadeiras blindagens a prática criminosa, tornando aqueles que a possuem, intocáveis perante a lei, mesmo porque, deve o advogado, lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrar o Direito em conflito com a Justiça, deve ele lutar pela Justiça, e não estaria agindo assim, se utilizasse a inviolabilidade profissional para a prática de atos contrários à esta mesma Justiça.

## REFERÊNCIAS

AURÉLIO. Dicionário do Aurélio. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em: 08 de Jan. de 2011.

ARAÚJO JR, Marco Antonio. Elementos do Direito: Ética Profissional. 2ª. ed. São Paulo: Premier, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 de Set. de 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Interceptação telefônica de advogado. Evolução legislativa e o advento da Lei nº 11.767/08. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1883, 27 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11649>>. Acesso em: 23 de Ago.2010.

CARLOS, Maria. O segredo profissional do advogado. Prêmio Bastonário Dr. Adelino da Palma Carlos, set/2004. Disponível em: <<http://portal.oa.pt:6001/upl/%7B30b97f3e-94fe-491c-a6df-4624251f8f79%7D.pdf>>. Acesso em: 04 de Jan. de 2011.

FREITAS, Tiago Maciel de. O Sigilo Bancário e o direito à intimidade sob a óptica da Lei Complementar 105 de 2001. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.30613&seo=1>>. Acesso em: 05 de Jun. de 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 9ª. ed. Niterói: Impetus, 2007.

ITÁLIA. *Constituição Italiana*. Disponível em: <[http://www.tudook.com/abi/constituicao\\_italiana.html](http://www.tudook.com/abi/constituicao_italiana.html)>. Acesso em: 21 de Dez. de 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARIA, Manuel Carlos de Jesus. *Aspectos relevantes sobre a interceptação telefônica*. Disponível em: <<http://www.oabpb.org.br/espaco/impresao.jsp?id=423>>. Acesso em: 23 de Ago. de 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Rosalina Leal de. *A inviolabilidade e o sigilo profissional do advogado*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4481](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4481)>. Acesso em: 04 de Jan. 2011.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <[http://www.portugal.gov.pt/pt/GC17/Portugal/SistemaPolitico/Constituicao/Pages/constituicao\\_p03.aspx](http://www.portugal.gov.pt/pt/GC17/Portugal/SistemaPolitico/Constituicao/Pages/constituicao_p03.aspx)>. Acesso em: 21 de Dez. de 2010.

PORTOLEGAL. *Código de Processo Penal de Portugal*. Disponível em: <http://www.portolegal.com/CP-Pen.htm>>. Acesso em: 31 de Dez. de 2010.

RIBEIRO, Ana Cristina de Brito. *Sigilo Profissional: similitudes entre os direitos Portugêses e Brasileiro*. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view-File/15540/15104>>. Acesso em: 04 de Jan. de 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

# **DIREITO E ESTADO: A ERRADICAÇÃO DA POBREZA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO AMBIENTAL\***

## **LAW AND STATE: THE ERADICATION OF POVERTY AS A PRINCIPLE OF ENVIRONMENTAL LAW**

DÉBORA ALESSANDRA PETER\*\*

Email: deborapeter1@hotmail.com

### **RESUMO**

Qualquer tema relacionado ao meio ambiente, incluindo o Direito Ambiental, remete imediatamente à temática da qualidade de vida. Todas as atividades que visam preservar o meio ambiente sadio, seja ele físico, cultural, artificial ou do trabalho, buscam garantir condições de vida adequadas, tanto no aspecto físico-biológico quanto no aspecto imaterial relacionando às emoções e vontades humanas. A condição socioeconômica é um dos fatores que determinam a qualidade de vida individual e coletiva, por meio do acesso às opções de escolha de alimentação, moradia, etc. bem como pode determinar a falta de opções e a marginalização, a qual gera sérias consequências ambientais: falta de acesso à educação e educação ambiental, desordem na disposição de resíduos, esgoto ilegal, violência, luz ilegal, poluição visual e falta de autocontrole de natalidade e pegada ecológica. Conclui-se que é papel do estado promover a erradicação da pobreza e função do Direito elevar a erradicação da pobreza ao patamar de Princípio do Direito Ambiental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Erradicação. Pobreza. Degradação. Meio Ambiente. Princípio. Direito Ambiental.

### **ABSTRACT**

Any topic related to the environment, including the Environmental Law, refers immediately to the issue of quality of life. All activities aimed at preserving a healthy environment, be it physical, cultural, artificial or work, seek to ensure adequate living conditions, both physical and biological processes as the immaterial aspect relating to emotions and human desires. The socioeconomic status is one of the factors that determine the quality of individual and collective life, through access to options for the choice of food, housing, etc.. and may determine the lack of options and marginalization, which has serious environmental consequences: lack of access to education and environmental education, disorder in waste disposal, sewage illegal, violence, illegal light, visual pollution and lack of self-birth and ecological footprint. We conclude that the state's role is to promote the eradication of poverty and function of law to raise the eradication of poverty to the level of Principle Environmental Law.

**KEYWORDS:** Eradication. Poverty. Degradation. Environment. Principle. Environmental Law.

---

\* Artigo científico enviado, em 27 de maio de 2011, para Universidad Del Museo Social Argentino, onde a autora é doutoranda, para fins avaliação na disciplina de Teoria Geral do Estado, ministrada pelo Prof. Dr. Mario Federicci.

\*\* Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente – UFPB, Docente da Fesp Faculdades.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Qualquer tema relacionado ao meio ambiente, incluindo o Direito Ambiental, remete imediatamente à temática da qualidade de vida. Todas as atividades que visam preservar o meio ambiente sadio, seja ele físico, cultural, artificial ou do trabalho, buscam garantir condições de vida adequadas, tanto no aspecto físico-biológico quanto no aspecto imaterial relacionando às emoções e vontades humanas.

Para medir a qualidade de vida em um território o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)<sup>1</sup> da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>2</sup> utiliza um índice chamado de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)<sup>3</sup>, o qual varia entre 0 e 1, dependendo, em ordem crescente, do grau de desenvolvimento da região avaliada. O IDH considera critérios de saúde (longevidade - expectativa de vida ao nascer), renda (PIB per capita - Produto Interno Bruto por indivíduo) e educação (nível de alfabetização e percentual de matrícula)<sup>4</sup>.

Uma vez que a qualidade de vida é medida pelo índice de desenvolvimento, cabe-nos analisar o que é desenvolvimento.

Segundo SEN (2000, p. 10) “O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.”

Em outras palavras, podemos afirmar que uma região desenvolvida é aquela em que as pessoas podem exercer suas opções de escolha. Ocorre que essas opções de escolha podem ser direcionadas a almejar coisas que pertencem a outras pessoas, dependendo, assim, de troca, por outras coisas ou por dinheiro.

Diante disso é correto afirmar que o acesso às opções de escolha é limitado pela quantidade de patrimônio que se detém e, conseqüentemente, que a relação entre a riqueza e a liberdade é diretamente proporcional e, ainda, que quanto mais liberdade se tem mais desenvolvimento se percebe, e, assim, de mais qualidade de vida se usufrui, o que se traduz em um meio ambiente sadio.

Para ilustrar o acima afirmado, trazemos, exemplificativamente no quadro abaixo, alguns países e a respectiva categoria em que se enquadram no ranking do IDH do ano de 2010, formado em seu total por 169 países e territórios<sup>5</sup>.

| <b>Classificação mundial</b> | <b>País</b> | <b>IDH</b> | <b>Categoria</b>                  |
|------------------------------|-------------|------------|-----------------------------------|
| 1                            | Noruega     | 0,938      | Desenvolvimento humano muito alto |
| 46                           | Argentina   | 0,775      | Desenvolvimento humano alto       |
| 73                           | Brasil      | 0,699      | Desenvolvimento humano alto       |
| 89                           | China       | 0,663      | Desenvolvimento humano médio      |
| 169                          | Zimbabue    | 0,140      | Desenvolvimento humano baixo      |

Aprofundando a temática, tem-se ainda que, para o bem da humanidade, não basta haver desenvolvimento, uma vez que este, de acordo com o que foi explanado, nos remeteria a idéia errônea de que melhor seria se as liberdades fossem ilimitadas.

<sup>1</sup>Em inglês United Nations Development Programme (UNDP)

<sup>2</sup>Em inglês United Nations (UN)

<sup>3</sup>Em inglês Human Development Index (HDI)

<sup>4</sup>Conforme PNUD. Disponível em [www.undp.org](http://www.undp.org). Acesso em 20 de maio de 2011.

<sup>5</sup>Disponível em [www.undp.org](http://www.undp.org). Acesso em 17 de abril de 2011.

Ocorre que há uma limitação inevitável de acesso aos bens, seja de valor econômico ou não, qual seja a limitação da escassez dos recursos naturais, cenário que nos remete ao conceito de desenvolvimento sustentável.

Historicamente o tema foi tratado pela primeira vez em 1983 quando a Assembléia Geral das Nações Unidas criou a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, composta de dez membros representantes de países em desenvolvimento e dez membros representantes de países desenvolvidos, além do Vice-Presidente, da Presidenta Senhora Gro Harlem Brundtland, a então primeira-ministra da Noruega.

O Relatório Brundtland, como ficou conhecido, foi intitulado "Nosso Futuro Comum" e, dentre outros assuntos ambientais que descreve, dá especial destaque à influência negativa da pobreza sobre o meio ambiente, recomenda que seja realizada uma conferência mundial que direcione os assuntos ali levantados e, ainda, usa pela primeira vez a definição de desenvolvimento sustentável: "desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade de as futuras gerações terem suas próprias necessidades atendidas".

Feitas estas considerações iniciais cabe-nos, ao longo deste estudo, analisar os problemas ambientais advindos da manutenção da pobreza no mundo, o papel do Estado frente à erradicação da pobreza, a função do Direito frente à problemática, tendo sempre como foco a busca por qualidade de vida por meio de um ambiente sadio, e, ao final, comprovar que a erradicação da pobreza deve ser um Princípio do Direito Ambiental.

Para tanto abdicar-se-á de abordar texto de legislação interna de um Estado para firmar-se um princípio de direito, no caso concreto o Princípio de Direito Ambiental da Erradicação da Pobreza.

## **A RELAÇÃO ENTRE A POBREZA E A DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

Segundo SILVA (1993, 380), "pobre, derivado do latim *pauper*, em linguagem comum, exprime a condição ou a situação da pessoa que não possui os suficientes recursos para viver e para manter sua família".

Por sua vez a pobreza reflete a condição de quem não tem suas necessidades básicas supridas.

Logicamente que não se pretende esgotar a análise da pobreza, pois, lembrando o ensinamento de LAIER (2008, p. 44): "A pobreza possui várias dimensões e, para entendê-la, é preciso olhá-la através de vários indicadores, tais como: níveis de renda e consumo, indicadores sociais e mais recentemente indicadores de riscos e acesso sócio-político".

Assim, antes de adentrar aos exemplos de degradação ambiental gerada pela pobreza, convém salientar que o que se pretende não é atribuir culpa a uma classe social, mas sim demonstrar que a pobreza deve ser erradicada em prol do meio ambiente, sendo esse de uso comum de todos e que não respeita qualquer fronteira, seja social, política ou territorial, ou seja, que a pobreza deve ser erradicada do mundo em benefício de toda a humanidade.

A verdade é que ricos e pobres diferem na forma de degradar o meio ambiente, aqueles, principalmente, pela poluição causada em razão do consumo desmedido e esses pela falta de acesso à educação e informação e, primordialmente, pela necessidade.

Conforme GONÇALVES (2004, P. 31) "20% dos habitantes mais ricos do planeta consomem cerca de 80% da matéria-prima e energia produzidas anualmente".

Apesar disso, existe a degradação ambiental causada pela pobreza, a qual evidencia mais um fundamento, além dos abarcados pelos Direitos Humanos e Fundamentais, para erradicação da pobreza no mundo, conforme passamos a demonstrar.

No meio urbano a pobreza faz com que se busque moradia em regiões que não oferecem infraestrutura, ou ainda são cobertas de vegetação e, nos casos mais graves, onde o ambiente físico coloca em risco a própria população, a exemplo das encostas de morros, onde se situam muitas favelas.

Muito bem explica BERNARDINO (2009, p. 01):

*Por não possuírem condições financeiras de se estabelecerem em áreas com infraestrutura adequada, quase sempre irão para encostas de morros ou áreas que ainda possuem vegetação nativa. É aí que encontramos as primeiras degradações: flora e fauna atacadas e solo exposto. Quando isto acontece numa situação de encosta, nas primeiras chuvas poderão haver deslizamentos de terra e com isso a descaracterização não só biológica mas agora geológica também. Este carregamento de terra levará sedimentos aos riachos e rios e causará seu assoreamento. Estas famílias de baixa renda vão jogar seus dejetos nos riachos próximos ou farão fossas artesanais, e tanto um quanto outro poluirão os lençóis freáticos e os cursos d'água. Em alguns casos o lixo será depositado as margens do córrego causando eutrofização do mesmo e em alguns casos inundações.*

No meio rural a pobreza também trás prejuízos ambientais, a exemplo da falta de informação para o manejo do solo e conseqüente diminuição da capacidade produtiva, bem como a falta de informação para utilização de produtos químicos nas lavouras e os excessos em atividades de caça, pesca e retiradas de espécies da flora.

Discorre BERNARDINO, antes referida:

*Quando o proprietário da terra subsiste dela então as formas de degradação são outras e mais amenas, é o chorume que provém da pocilga e que eutrofiza solos e água, é a lenha que é retirada da floresta dificultando a sucessão natural nos ecossistemas, é a caça e a pesca indiscriminada de espécies da fauna nativa que por vezes é feita de maneira incorreta, mas são degradações que fazem parte do equilíbrio do ecossistema rural e que sempre existiram.*

Outros efeitos da pobreza sobre o meio ambiente são comuns nos cenários urbano e rural, conforme passamos a analisar:

## **FALTA DE ACESSO À EDUCAÇÃO**

A carência por educação formal, aquela que se adquire nas escolas, na classe dos menos favorecidos economicamente é evidente. Muitas vezes pela distância das escolas, falta de tempo para frequentá-las, dificuldade no aprendizado, inclusive em razão de desnutrição; enfim, inúmeros são os fatores que impedem o pobre de estudar.

Essa deficiência muitas vezes chega a casos extremos, onde nos deparamos com o analfabetismo, ou o analfabetismo funcional, em razão do qual o indivíduo consegue ler, mas não consegue interpretar um texto.

Logicamente que aqui nos remetemos à lembrança de comunidades tradicionais, tais como os índios, que viviam em harmonia com a natureza sem que tivessem passado por qualquer ensino formal nos moldes do que conhecemos atualmente; entretanto, essas comunidades viviam, e algumas ainda vivem, em um cenário muito diferente de nossas comunidades atuais, até mesmo das comunidades rurais; bem como eram detentoras de conhecimentos que eram passados a cada geração em prol da preservação da própria comunidade, prática que podemos equiparar ao aspecto não-formal da educação ambiental, conforme referido acima.

Entretanto, mesmo em tempos remotos, podemos citar exemplos em que a falta de educação formal levou a degradação ambiental e conseqüente ao desaparecimento de comunidades inteiras.

Os Sumérios (quarto milênio a.C.) que sofreram pela falha no sistema de irrigação do solo por não terem previsto que a salinização decorrente iria culminar no fracasso do suprimento de alimentos. Bem como os Maias (250 d.C. até seu colapso, em torno de 900 d.C.) cujo desaparecimento ocorreu em razão do desmatamento e erosão do solo que solaparam a agricultura, provocando conflitos civis pela busca de alimentos. E, ainda, os Ilhéus da Ilha de Páscoa (400 d.C.), os quais dependiam da população de golfinhos para se alimentar, e conseqüentemente da fabricação de canoas para efetuar a pesca, quando se viram diante do desaparecimento das árvores necessárias para fabricação destas canoas oceânicas e ficaram sem o suprimento alimentar da ilha. (BROWN, 2003, p. 21- 25).

Como se pode perceber, o conhecimento que se tem hoje nas ciências agrárias teria salvo aos Sumérios e aos Maias. Já aos Ilhéus da Ilha de Páscoa a informação de que os recursos ambientais podem ser finitos teria sido suficiente.

Uma frase se tornou célebre mundialmente, dita por um dos mais importantes escritores brasileiros, José Bento Monteiro Lobato (1882 – 1948): “Um país é feito por homens e livros”. Mas a que livros terá acesso aquele que muitas vezes não tem nem mesmo acesso à alimentação por falta de recursos financeiros?

A carência por educação mantém o indivíduo na ignorância e sem acesso a muitas coisas cotidianas. Por isso, acreditamos que, na atualidade, os problemas a seguir relacionados são, na maior parte das vezes em que ocorrem, efeitos da falta de acesso à educação formal, problema grave decorrente da pobreza e, ao mesmo tempo, propulsor da manutenção da pobreza.

## **FALTA DE ACESSO À EDUCAÇÃO AMBIENTAL**

Segundo MILARÉ (2009, 523), “A educação ambiental deve ser considerada como uma *atividade-fim*, visto que ela se destina a despertar e formar a consciência ecológica para o exercício da cidadania”.

Ensina o mesmo autor que três aspectos devem ser considerados: Educacional (métodos e tecnologias capazes de despertar a consciência ecológica), formal (ensino nas escolas), e não-formal (contato com o tema em ambientes comunitários fora das escolas). MILARÉ (2009, p. 523-525).

Na verdade, a educação ambiental busca a formação do senso crítico do indivíduo para agir em prol da qualidade de vida em sociedade.

Afirmção notória do importante educador e filósofo brasileiro, Paulo Freire (1921 – 1997) deve ora ser lembrada: “A Educação, qualquer que seja ela, é sempre uma teoria do conhecimento posta em prática”.

Lembramos Paulo Freire neste tópico em virtude de termos demonstrado acima que a falta de conhecimento inclusive já eliminou sociedades inteiras por desastres ambientais, tanto a educação formal quanto a não-formal, o que se relaciona cabalmente com acontecimentos cotidianos, como as mortes ocasionadas por desabamentos de terra em favelas situadas em encostas de morros, a exemplo da cidade do Rio de Janeiro.

Na verdade acredita-se que, muitos destes favelados tem algum conhecimento do risco a que estão sujeitos, mas lhes falta a opção de escolha por outra área para moradia, em virtude da falta de recursos financeiros.

Todavia, se o acesso à educação fosse disponibilizado a essas pessoas elas teriam melhores condições intelectuais para reivindicar do poder público que as disponibilize ou realoque para locais seguros, o que se traduz no efeito do senso crítico a que estão marginalizadas em razão da pobreza, com sérias conseqüências ambientais ao ecossistema natural antes encontrado no morro, bem como ao artificial urbano, afetando a todos, conforme trataremos, nos tópicos a seguir.

Da obra de IHERING (2005, p. 55) se extrai: “Que alta importância assume a luta do indivíduo pelo seu direito, quando ele diz: o direito inteiro, que foi lesado e negado em meu direito pessoal, é que eu vou defender e restabelecer!”

No cenário histórico das políticas públicas internacionais a importância da educação ambiental já recebe o devido destaque: A consciência ecológica e coletiva foi evidenciada na Conferência sobre Meio Ambiente Humano em Estocolmo, em 1972; na Conferência de Belgrado em 1975, na Primeira Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental na Geórgia em 1977; no Congresso Internacional sobre Educação Ambiental, na Costa Rica em 1979, no Congresso Internacional sobre Educação e Formação Ambientais, em Moscou no ano de 1987, no Seminário Latino-Americano de educação Ambiental, na Argentina em 1988; durante a Rio-92, no Brasil em 1992, tendo, neste evento, inclusive recebido toda a redação do capítulo 36 da Agenda 21 (MILARÉ, 2009, p. 521-522), documento que foi ratificado por vários países que determina ações em prol do meio ambiente).

## **DESORDEM NA DISPOSIÇÃO DE RESÍDUOS**

Segundo a socióloga LAIER (2008, p. 79):

*A definição mais aceita nas bibliografias especializadas diz que, “lixo é o conjunto de resíduos resultantes da atividade humana”. Nesta visão, devemos considerar o poder aquisitivo e o nível educacional da comunidade na qual o lixo se originou, pois o que é considerado lixo para uns é o único meio de sobrevivência para outros.*

Apesar de os pobres, por necessidade, praticarem mais o reuso de materiais, não produzirem tanto lixo quanto à riqueza, serem agentes ambientais quando catam lixo para geração de renda por meio da venda para indústria de reciclagem, a exemplo das latas e garrafas plásticas de refrigerantes, a falta de consciência ecológica e coletiva, oriunda da falta de acesso à educação, faz com que os pobres lancem mais lixo em locais inapropriados.

Esta prática causa efeitos graves ao meio ambiente, como a contaminação do ar, solo e da água, a proliferação de insetos transmissores de doenças, o entupimento de redes de drenagem e esgoto urbano e conseqüente rompimentos de redes de água e enchentes.

De igual forma, em razão de fixarem residência em locais sem infraestrutura os necessitados depositam seu lixo em locais inapropriados, pois o poder público não disponibiliza a coleta adequada, em algumas vezes pela impossibilidade de acesso dos veículos de coleta de lixo.

Neste tópico também devemos lembrar da incapacidade intelectual dos pobres para reivindicar direitos, causada pela falta de acesso à educação, o que nos leva mais uma vez aos ensinamentos de LAIER (2008, p. 77), no subtítulo de sua obra intitulado “Do desemprego à cata do lixo”:

*Os filhos dos trabalhadores informais reproduzem a trajetória familiar, diante das limitadas alternativas de inserção no mercado de trabalho e da crise econômica, observando-se que a nova geração não tem outra opção senão trabalhar com os familiares, isto para ajudar no orçamento mensal.*

Infelizmente, muitas vezes esse trabalho é desempenhado por crianças, as quais ficam afastadas da escola para ajudar na renda familiar.

No cenário internacional da ONU, o Fundo da Criança das Nações Unidas para a Infância - UNICEF<sup>6</sup>, incentiva a erradicação do trabalho infantil junto ao lixo em vários países.

---

<sup>6</sup>Da sigla em inglês de *The United Nations Children's Fund*.

## POLUIÇÃO VISUAL

Impossível negar a sensação desagradável da paisagem da pobreza. Além da sujeira, que muitas vezes não é fruto somente de falta de higiene, mas também de falta de recursos financeiros para efetuar a limpeza ou colocar um piso adequado, também é visível a desordem das construções nas favelas.

## FALTA DE AUTOCONTROLE DE NATALIDADE E PEGADA ECOLÓGICA

Para não adentrar na polêmica do controle de natalidade efetuado pelo estado, preferimos nomear o tópico de autocontrole de natalidade, o que remete ao senso crítico de optar pelo número de filhos que se pretende gerar e aos quais se pode proporcionar qualidade de vida em função da renda familiar.

É notório que os pobres costumam ter famílias mais numerosas do que os abastados.

A temática se relaciona diretamente com a temática da degradação ambiental em função do que atualmente é chamado de pegada ecológica.

GONÇALVES (2004, p. 83) explica, em nota de rodapé, que:

*A pegada ecológica estima a pressão humana sobre os ecossistemas mundiais. Segundo o PNUMA (GEO 3, 2002: 36), é uma unidade de área que “corresponde ao número necessário de hectares de terra biologicamente produtiva para produzir os alimentos e a madeira que a população consome, a infra-estrutura que utiliza, e para absorver o CO<sub>2</sub> produzido durante a queima de combustíveis fósseis. Por conseguinte, a pegada ecológica leva em conta o impacto que a população produz sobre o meio ambiente. A pegada ecológica depende do tamanho da população, do consumo médio de recursos per capita e da intensidade dos recursos tecnológicos utilizados”.*

Informa o autor, ao longo do texto, na mesma página acima indicada, que ao calcular a pegada ecológica de Vancouver, o professor canadense William Rees, da Universidade da Columbia Britânica, chegou à conclusão de que “a área exigida para manter o nível de vida da população é de 174 vezes a área de sua própria jurisdição! No caso de Londres é de 125 vezes”.

ORDUNA (2008, p. 40-41) afirma:

*Eugenistas de ayer, convertidos en “antipoblacionistas” hoy, coinciden aquí con los ecologistas para quienes la “explosión” poblacional es “el principal enemigo del medioambiente”.*

*La fórmula central ecologista es: “más población equivale a más contaminación” [...]*

*El crecimiento poblacional hace necesario ampliar las áreas de cultivo y esto implica deforestación y reducción de la vida salvaje. La ampliación de los suburbios exige más electricidad, y para producir ésta es necesario consumir materias primas y contaminar.*

O que queremos afirmar com essa explanação, mais uma vez, é a importância da educação para erradicação da miséria, pois, se a falta de consciência faz com que o pobre prolifere mais, é urgente que haja reeducação nesse sentido, uma vez que cada novo indivíduo necessita de sua parcela dos recursos naturais, dos quais, muitos, são finitos.

---

<sup>7</sup> A pegada ecológica mede a extensão dos efeitos antropológicos sobre os ecossistemas mundiais.

# **PAPEL DO ESTADO PARA ERRADICAR A POBREZA QUE PRODUZ DEGRADAÇÃO AMBIENTAL**

Para demonstrar a relação da pobreza com a degradação do meio ambiente passamos pelas temáticas da educação, educação ambiental, lixo, esgoto ilegal, violência, luz ilegal, visual paisagístico e autocontrole de natalidade e pegada ecológica, afirmando que a educação é a base para lidar com a problemática de todos os demais.

Conforme ensina SOARES (1997, P. 210-212):

Do ponto de vista jurídico, o Estado é a nação politicamente organizada, com poderes de autodeterminação e personalidade jurídica de Direito Público, interno e internacional.

O Estado constitui assim um organismo político-administrativo, que ocupa determinado território, como nação soberana, submetida à autoridade de governo próprio.

[...]

Para Kant, por exemplo, o estado é “a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito”.

Assim, é função do Estado administrar a sociedade que vive em seu território politicamente estabelecido.

Por isso, continua SOARES (1997, P. 213): “São três os elementos constitutivos ou essenciais do Estado – território, povo e governo – ...”

Entretanto, quando tratamos de meio ambiente, jamais podemos esquecer as palavras de GONÇALVES (2004, p. 16): “...a natureza não respeita as fronteiras entre Estados”.

Por isso, ou seja, em razão da natureza não respeitar qualquer fronteira imposta pelo homem, é que os países tem se organizado, inclusive para tratar dos temas relacionados à pobreza no mundo.

A Comissão de Desenvolvimento Social da ONU em 2011 realizou sua 49ª para debater meios de erradicação da pobreza no mundo. Tratou-se de desenvolvimento aliado à inclusão social, promovendo a troca de idéias e experiências entre os Estados.

A idéia é que o estado deve realizar o lema da Agenda 21: “Pensar Global e Agir Local”, no contexto desse trabalho, para promover a qualidade de vida por meio da erradicação da pobreza no mundo.

## **O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO E A INCLUSÃO DA ERRADICAÇÃO DA POBREZA COMO PRINCÍPIO DE DIREITO AMBIENTAL**

Segundo MELO, (2003, p. 43):

Princípio significa um começo, um ponto de partida. No sentido jurídico, significa o conjunto de regras e preceitos de base para todas as espécies de ação jurídica, traçando a conduta a ser seguida em toda e qualquer operação jurídica. É o princípio o ponto básico de partida que indica o alicerce do Direito.

Assim, em sendo um princípio de Direito um fator crítico de decisão, no sentido de ser um indicador do caminho a ser seguido, diante dos problemas ambientais causados pela pobreza, com o fim de se evitar a degradação ambiental em prol da qualidade de vida no planeta, por meio da efetivação do desenvolvimento sustentável, defende-se que a erradicação da pobreza deve passar a integrar os princípios de Direito Ambiental em todo o mundo, ou seja, dos diversos sistemas jurídicos delimitados politicamente.

Ao lado de princípios como desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador, precaução, informação, participação, a erradicação da pobreza, em razão dos efeitos maléficos ao meio ambiente causados por sua manutenção e, uma vez que a degradação ambiental não respeita fronteiras territoriais, deve a erradicação da pobreza integrar os sistemas jurídicos no patamar de princípio.

## CONCLUSÃO

Diante da análise dos efeitos degradadores ao meio ambiente causados pela pobreza, citados ao longo do texto, resta evidente que a erradicação da pobreza merece ser elevada a Princípio de Direito Ambiental, a ser adotado na esfera interna de cada estado para fins de orientar as decisões político-administrativas e privadas.

As previsões legislativas internacionais, apesar de preverem a erradicação da pobreza como um objetivo a ser alcançado, não a relacionam à problemática ambiental, apesar de toda a correlação de ambos os temas.

Assim, tem-se, com tudo o que foi exposto, que a erradicação da pobreza é um dos grandes desafios ambientais a serem solucionados pelos agentes de Estado.

Para tanto, será necessário que cada dirigente de Estado lembre dos efeitos maléficos da pobreza ao meio ambiente, pois, apesar de o desenvolvimento econômico ter como objetivo a melhoria da qualidade de vida, sem que haja condições econômico-financeiras no planeta, a pobreza persistirá, e, aliada aos demais problemas ambientais, causar a eliminação de sociedades inteiras, como a já mostrou a história.

Na verdade, o problema entre a pobreza e a degradação ambiental evidencia um círculo vicioso de causa e efeito, pois a pobreza gera degradação ambiental e a degradação ambiental gera pobreza, entretanto, os dirigentes de Estado, apoiados no Princípio de Direito Ambiental que ora se propõe devem ter um ponto de partida, função que o princípio faz com primazia.

## REFERÊNCIAS

*BERNARDINO, Daíse. A pobreza como agente causador de degradação ambiental. Bahia, 2009. Disponível em <http://pobrezaxdegradacaoambiental.wordpress.com/>. Acesso em 18 de fevereiro de 2011.*

*BROWN, Lester R. Eco-economia: construindo uma economia para terra. Salvador: UMA, 2003.*

*GONÇALVES, Carlos Walter Porto. O desafio ambiental: Os porquês da desordem mundial - mestres explicam a globalização. Rio de Janeiro: Record, 2004.*

*LAIER, Goretti. As duas faces do lixo: processos de exclusão social dos catadores. João Pessoa : editora Universitária UFPB; FESP, 2008.*

*MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. São Paulo: LTR, 2008.*

*MILARÉ. Édís. Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.*

*ORDUNA. Jorge. Ecofascismo: las internacionales ecologistas y las soberanías nacionales. Buenos Aires : Martínez Roca, 2008.*

*SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.*

*SILVA, de Plácido e. Vocabulário jurídico. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1993.*

*SOARES, Orlando. Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1997.*

# **A CONVENÇÃO RELATIVA À LUTA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO CAMPO DE ENSINO E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

## **THE CONVENTION AGAINST DISCRIMINATION IN EDUCATION AND YOUR REFLEXES IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

PRISCILLA LEMOS QUEIROZ CAPPELLETTI\*

Email: priscilla.cappelletti@gmail.com

### **RESUMO**

A educação é um processo de aprendizagem presente em todas as sociedades já existentes. Dada sua importância, fora sendo introduzida paulatinamente em diversas legislações como um direito. Hoje em dia, é reconhecida como um direito fundamental universal, de forma que é debatida e regulada em inúmeros tratados e acordos internacionais. Passo concreto para sua consolidação internacional fora dado quando da vigência da “Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo de Ensino”, datada de 1960. Diante disso, o presente artigo busca apresentar as principais diretrizes envolvidas nessa convenção. No primeiro momento, expõe-se, de forma sucinta, a organização internacional em cujo seio fora proposto, a UNESCO. Em seguida, delineam-se as principais disposições e características da convenção em comento. Por fim, faz-se um paralelo com o ordenamento jurídico brasileiro, já que o país se comprometeu a estabelecer uma política nacional voltada para a não discriminação no campo do ensino no momento de sua ratificação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação. Direito. UNESCO. Ordenamento jurídico brasileiro.

### **ABSTRACT**

The education is a learning process that is part of all existing societies. Given its importance, it had been gradually introduced in many legislations as a basic right. Nowadays, it is recognized as a universal fundamental right, in a way that it is debated and regulated in countless international treaties and agreements. A solid step for its international consolidation was made when the "Convention Against Discrimination in Education", dated 1960, commenced. Given this fact, this current paper aims to present the main guidelines that revolve around this convention. In a first moment, it will expose, in a concise way, the international organization inside which it was proposed, the UNESCO. Afterwards, it will outline the main legal provisions and characteristics of the mentioned convention. Ultimately, it will make a comparison with the Brazilian legal system, since the country has committed to establish a national policy directed to the non-discrimination in the teaching field at the moment of its ratification.

**KEYWORDS:** Education. Law. UNESCO. Brazilian legal system.

\* Graduada em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP; graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB.

# INTRODUÇÃO

A educação é um instituto presente em toda e qualquer sociedade, desde as mais primitivas até as pós-modernas. Conceituada como um processo contínuo de aprendizado, é através dela que os diferentes grupos sociais transmitem sua cultura, seus padrões comportamentais e sua história, de forma a enquadrar os indivíduos ao convívio social. Entretanto, além de perpetuar ensinamentos, ela oferece ao indivíduo uma compreensão mais abrangente do mundo, permitindo-o estabelecer novas interpretações e propor novos desafios.

O reconhecimento do caráter essencial da educação para a sociedade possibilitou sua inserção gradativa em vários ordenamentos jurídicos. Os legisladores passaram a percebê-la como um instrumento de conscientização das normas vigentes, bem como uma dimensão para a inserção política e social dos indivíduos, contribuindo assim para a formação de cidadãos.

No plano internacional, o primeiro grande passo para a consolidação do direito à educação se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, quando foi estabelecida como direito fundamental universal, ou seja, um direito válido para todos os povos, em qualquer tempo. Entretanto, foi apenas após a Segunda Guerra Mundial que esse instituto começou a ser debatido e regulado em diversos tratados, acordos e normas internacionais, ganhando concretude universal.

Diante disso, o presente artigo busca apresentar as principais diretrizes envolvidas na Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, realizada em 1960, cuja importância se traduz por ser a primeira convenção a tratar especificamente da matéria no âmbito das Nações Unidas, estabelecendo-se como modelo para os demais acordos internacionais ao ainda propagar reflexos concretos na política internacional que mostram o sucesso na sua implementação. Para tanto, o mesmo se divide em três partes.

Na primeira parte, expõe-se, de forma sucinta, a organização internacional em cujo seio foi proposta a Convenção, qual seja a UNESCO. A segunda parte volta sua atenção para a Convenção em si, delineando a vigência, a força normativa, os compromissos dos Estados partes e os principais artigos. Por fim, faz-se um paralelo com o ordenamento jurídico brasileiro, mostrando seus avanços e suas falhas na área da educação, já que o país ratificou a Convenção e se comprometeu a estabelecer uma política nacional voltada para a não discriminação no campo do ensino.

## 1. UNESCO

A iniciativa de constituir uma organização internacional voltada para a educação remonta ao ano de 1942, quando governantes de Estados europeus se reuniram no Reino Unido para a Conferência dos Ministros da Educação Aliados (CAME). Aqui, preocupados com os contornos da II Guerra Mundial, em qual combatiam com os nazistas e seus aliados, esses países procuravam maneiras e meios de reconstruir seus sistemas de educação após o fim da guerra e a restauração da paz. Foi redigido, então, um projeto de estatuto para a cooperação intelectual e científica.

Após o término da guerra, e em seguida à criação das Nações Unidas, foi realizada, entre 1 e 16 de novembro de 1945, em Londres, a Convenção das Nações Unidas para o estabelecimento de uma organização internacional para a educação e a cultura. Os quarenta e quatro Estados lá reunidos decidiram pela criação da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), a qual iria incorporar uma cultura de paz baseada na solidariedade moral e cultural dos indivíduos, e em que o respeito mútuo seria basilar para a colaboração entre as nações.

O texto constitutivo da UNESCO assim dispõe:

*O propósito da Organização é contribuir para a paz e para a segurança promovendo colaboração entre as nações através da educação, da ciência*

*e da cultura, para fortalecer o respeito universal pela justiça, pelo estado de direito, e pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, que são afirmados para os povos do mundo pela Carta das Nações Unidas, sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião. (UNESCO. Ato Constitutivo, de 16 de novembro de 1945). [grifo nosso]*

Portanto, os Estados partícipes da UNESCO, desde sua fundação, reconhecem que a educação é importante instrumento para a consecução e manutenção da paz, percebendo nela uma afirmação da dignidade humana e de justiça universal.

Hoje em dia, a organização, com sede em Paris, possui 193 Estados membros e sete outros membros associados. Ela apresenta, em sua estrutura institucional, uma Conferência geral, um Conselho Executivo e uma Secretaria. De acordo com Seitenfus:

As ações básicas da UNESCO buscam eliminar o analfabetismo, desenvolver o ensino básico e melhorar os manuais escolares. No plano científico, a UNESCO organiza colóquios, publica livros e revistas e tenta estar presente nos debates sobre os rumos da ciência. Finalmente, desde 1960, a UNESCO trabalha na preservação e restauração de sítios de valor cultural e histórico. (SEITENFUS, 2008, p. 236).

A UNESCO, assim, tem suas políticas voltadas para o desenvolvimento da educação nos diversos níveis. Desde a eliminação do analfabetismo ao estímulo dos trabalhos científicos, passando pela conscientização em relação ao Patrimônio Cultural da Humanidade, essa organização internacional busca atenuar as desigualdades sociais, econômicas e políticas, de forma que a qualidade do ensino possa permear as diferentes culturas presentes no mundo.

A Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino é oriunda da UNESCO e, nesse sentido, busca promover a cooperação internacional através da educação.

## **2. CONVENÇÃO RELATIVA À LUTA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO CAMPO DO ENSINO**

A UNESCO promoveu a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura no período compreendido entre 14 de novembro e 15 de dezembro de 1960, em Paris. Como resultado, foi adotada em 14 de dezembro do mesmo ano a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino.

De acordo com o artigo XII c/c artigo XIV da convenção em estudo, a mesma entraria em vigor três meses após a data do depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação ou adesão junto ao Diretor Geral da Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura. Isso ocorreu em 22 de maio de 1962, quando China, França e Israel, respectivamente, cumpriram tal orientação.<sup>1</sup>

A Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino versa sobre a igualdade de tratamento e de oportunidades que deve ser buscada no campo do ensino. Nesse sentido, o preâmbulo articula:

Consciente de que incumbe conseqüentemente à Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura, dentro do respeito da

---

<sup>1</sup>A lista completa dos Estados que fizeram o depósito de instrumento de ratificação, aceitação ou adesão está disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=12949&language=E>.

diversidade dos sistemas nacionais de educação não só prescrever qualquer discriminação em matéria de ensino, mas igualmente promover a igualdade de oportunidade e tratamento para todos nestes campos. (UNESCO. Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 14 de novembro de 1960).

Como é possível perceber, a presente convenção tem suas raízes na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Nesta, é reconhecida como direitos de todos a instrução, a qual deve ser orientada ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, devendo promover a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações, grupos raciais ou religiosos e contribuir para a manutenção da paz. De forma semelhante, dispõe o artigo V, alínea a, da Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino:

A educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento do respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos e promoverá as atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. (UNESCO. Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 14 de novembro de 1960).

Uma das contribuições mais importantes da convenção ora em comento foi ter delimitado as condutas que poderiam ser consideradas discriminatórias. Ao fazer isso, a UNESCO padroniza os comportamentos que os Estados podem imputar como discriminatório, o que diminui a margem de manobra desses atores, havendo, conseqüentemente, um maior controle sobre as arbitrariedades. A discriminação é assim conceituada no artigo I:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por discriminação toda a distinção, exclusão, limitação ou preferência que, com fundamento na raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou de nascimento, tenha a finalidade ou efeito de destruir ou alterar a igualdade de tratamento no domínio de educação. (UNESCO. Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 14 de novembro de 1960).

Sendo assim, a discriminação é presente em toda conduta que vise excluir um indivíduo ou um grupo do acesso ao ensino ou, ao fazê-lo, dispõe tratamento diferenciado. Os Estados que ratificam, aceitam ou aderem à convenção se comprometem a tentar excluir tais condutas de seu território nacional. Aqui, é válido lembrar que a presente convenção possui caráter vinculativo.

Otávio Alberto (2009) nos ensina que as Convenções Internacionais têm por objetivo criar normas jurídicas vinculativas dos sujeitos intervenientes. Nessa mesma linha, Acioly, Silva e Casella (2008) afirmam que a convenção internacional é expressão do acordo de vontades, a qual consagra direitos e obrigações entre os sujeitos de direito internacional. Em outras palavras, ao aderirem espontaneamente à Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, ficaram os Estados obrigados a cumprir seus dispositivos, de modo a implementar paulatinamente uma política de qualificação no ensino nacional e de respeito às diferenças culturais e tradições.

O texto da Convenção nos deixa claro, ainda, que além da força vinculativa de suas normas, algumas recomendações iriam ser apresentadas aos Estados partes em conseqüência da mesma. Assim coloca o artigo VI:

Na aplicação da presente Convenção, os Estados partes comprometem-se a dar maior atenção às recomendações que a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura adotar para definir as medidas a serem tomadas para lutar contra os diversos aspectos da discriminação no ensino e assegurar a igualdade de oportunidade e tratamento. (UNESCO. Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 14 de novembro de 1960).

Portanto, os Estados que passam a fazer parte da Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino se comprometem a estabelecer um plano nacional, o qual atenda aos objetivos da convenção e às recomendações da UNESCO no âmbito da educação. Como preconiza o caput do artigo IV:

Os Estados Partes na presente Convenção comprometem-se ainda a formular, desenvolver e aplicar uma política nacional, visando a promoção pelos métodos adequados às circunstâncias e práticas nacionais, da igualdade de possibilidades e de tratamento no domínio do ensino". (UNESCO. Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 14 de novembro de 1960).

O Brasil, então, ao tornar-se parte da Convenção, buscou orientar suas políticas educacionais para a consecução desses compromissos.

### **3. A CONVENÇÃO DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A Constituição brasileira de 1967 já reconhecia a educação como direito de todos, assegurando a igualdade de oportunidade e o respeito ao princípio da unidade nacional e aos ideais de liberdade e de solidariedade humana. A entrada em vigor da Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo de Ensino no Brasil a partir de 19 de julho de 1968, três meses após o depósito do instrumento de ratificação junto ao Diretor Geral da UNESCO, veio confirmar e consolidar tal orientação.

Nesse sentido, o Presidente da República Costa e Silva, após a aprovação do Congresso Nacional<sup>2</sup>, assinou o decreto nº 63.223 em 6 de setembro de 1968. Nele, ficou estabelecido que a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo de Ensino deveria ser plenamente executada e cumprida no território nacional brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vigente nos dias atuais, consolidou o direito à educação, dedicando exclusivamente nove de seus artigos a esse tema. Neles, podemos perceber uma influência direta das normas e recomendações da convenção em comento.

O artigo 205 da supracitada Constituição, de forma semelhante à Convenção, discorre sobre a educação como ferramenta para o desenvolvimento da personalidade humana e da cidadania. Reconhece, ainda, sua essencialidade para o campo de trabalho, uma vez que contribui para a qualificação dos empregados e empregadores. Assim preceitua:

---

<sup>2</sup>A Constituição de 1967, vigente à época, assim dispunha:

“Art 47 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República;

Parágrafo único - O Poder Executivo enviará ao Congresso Nacional até quinze dias após sua assinatura, os tratados celebrados pelo Presidente da República.”.

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Outros exemplos podem ser oferecidos para expor o paralelo entre os artigos da Convenção e a Constituição brasileira de 1988. Adiante, segue um quadro ilustrativo dessa relação:

### QUADRO 1

Relação entre os artigos da Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo de Ensino e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

| <b>Disposições da Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo de Ensino</b>  | <b>Disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988</b>  |
|--|---|
| <i>- tornar obrigatório e gratuito o ensino primário.</i>  | <i>- educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.</i> |
| <i>- generalizar e tornar acessível a todos o ensino secundário sob suas diversas formas.</i>  | <i>- progressiva universalização do ensino médio gratuito.</i>  |
| <i>- tornar igualmente acessível a todos o ensino superior em função das capacidades individuais.</i>  | <i>- acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.</i>  |
| <i>- assegurar aos pais ou tutores legais a educação religiosa e moral dos filhos, de acordo com suas próprias convicções, outrossim, nenhuma pessoa ou nenhum grupo poderão ser obrigados a receber instrução religiosa incompatível com suas convicções.</i> | <i>- o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.</i>  |
| <i>- deve ser reconhecido aos membros das minorias nacionais o direito de exercer atividades educativas que lhes sejam próprias.</i>   | <i>- o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.</i>    |

Com base no que fora exposto, pode-se perceber que o arcabouço normativo brasileiro se encontra permeado pelos ensinamentos da Convenção em estudo. Portanto, pelo menos em teoria, o Brasil é um país que vem se pautando pelo respeito ao direito à educação.

### **3.1. O DIREITO À EDUCAÇÃO NA PRÁTICA**

O artigo 214 da Constituição Federal estabelece que o país implementará um plano nacional decenal de educação que vise a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a formação para o trabalho, a promoção humanística, científica e tecnológica do país, e o estabelecimento de uma meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. Com tal plano, busca-se pôr em prática as previsões legais.

Nos últimos anos, de fato, estamos assistindo a uma evolução progressiva no campo do ensino. Indicadores estatísticos de diversas instituições vêm demonstrando uma melhora nessa área.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, por exemplo, constatou que, na última década do século XX (1991-2000), a taxa de analfabetismo de pessoas de 15 anos ou mais idade caiu de 20,1% para 13,6%. A taxa de escolarização de pessoas de 15 a 17 anos de idade, por sua vez, aumentou em todas as regiões do país no período de 1992 a 2002.

Dados oficiais do Governo Nacional indicam que o Programa Universidade Para Todos (ProUni), criado na gestão do presidente Lula, ofereceu 112 mil bolsas de estudo em 1.412 instituições em todo o país, estabelecendo-se, dessa forma, como o maior programa de bolsas de estudo da história da educação brasileira. Ainda segundo dados oficiais, o número de universidades cresceu em 103,1% entre 2000 e 2007.

O investimento em educação também está aumentando. Pesquisas do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais mostram que, no período de 2003 a 2008, o investimento em educação passou de 3% do PIB para 4%.

Apesar do progresso já conseguido, o Brasil ainda é um país marcado por grandes disparidades socioeconômicas, as quais permeiam todas as regiões e resultam na exclusão de muitos indivíduos do acesso ao ensino, assim como na precariedade de inúmeras instituições educacionais.

### **3.2. DESAFIOS**

A UNESCO é um organismo que se encontra em permanente vigilância frente às políticas públicas adotadas por seus Estados membros. Não diferente seria com o Brasil, um país que avança na área educacional, mas que continua sem oferecer um acesso à educação igualitário a todos os seus nacionais. Frente a isso, tal organização identificou, em relatório divulgado em 2010, quatro desafios que o sistema educacional brasileiro deve enfrentar para poder proporcionar o direito à educação a toda sua população.

Um deles seria a distância que existe entre os preceitos e as metas definidos na legislação educacional nacional e nos compromissos internacionais e a realidade nacional. A Constituição brasileira de 1988 aufere uma série de deveres ao Estado brasileiro, porém este parece não conseguir atender a demanda da grande população brasileira. Falta uma política de educação melhor articulada, que interligue as diferentes esferas da Administração Pública, de forma a atender de maneira mais eficiente a demanda dos cidadãos ao seu direito à educação.

Em consequência do desafio acima mencionado, deparamo-nos com outro: a presença de desigualdades nas condições de acesso à educação e nos resultados educacionais das crianças, jovens e adultos brasileiros, em especial de alguns estratos étnico-raciais, da população mais pobre e do campo e dos jovens e adultos que não concluíram a educação compulsória na idade adequada. Sendo assim, o principal objetivo da Convenção ora em comento, a eliminação da discriminação no campo de ensino, continua como uma meta a ser alcançada.

Outro desafio seria a insuficiência na qualidade educacional, incluindo gestão dos sistemas e das escolas, currículos e propostas pedagógicas, valorização, formação e condições de trabalho dos profissionais da educação. Nas cidades do interior, por exemplo, é perceptível a precariedade do ensino, com escolas mal estruturadas e professores pouco qualificados. Nesse sentido, maior financiamento deve ser deslocado para a qualificação e atualização dos profissionais da educação, assim como para a infra-estrutura que recebe os ensinos básico, fundamental e superior.

Uma maneira de sobrepor o quadro acima exposto seria uma maior pressão da opinião pública. Entretanto, como percebe a UNESCO, há uma participação limitada da sociedade civil em defesa do direito à educação. Não diferente poderia ser se consideramos que cidadania, desenvolvimento da personalidade humana e ensino são partes de um mesmo arcabouço.

Portanto, para a UNESCO, o direito à educação no Brasil ainda é limitado, ainda que constitua uma das esferas protegidas pela legislação brasileira, tanto no âmbito nacional como no internacional. Algumas alterações práticas ainda são necessárias para que os desafios encontrados pelo órgão na realidade brasileira sejam transpassados, de maneira que o Brasil possa traduzir os dispositivos legais em fatos concretos.

## **CONCLUSÃO**

A Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino de 1960 representou um grande avanço do Direito Internacional no campo dos Direitos Humanos. Isso porque possibilitou uma consolidação do direito à educação, cuja garantia é base para a constituição de um cidadão consciente, que preze pela dignidade humana e pela cooperação entre os Estados, propiciando a manutenção da paz e a construção de um mundo melhor e menos injusto.

O Brasil, desde a década de 1960, apresenta o propósito de alcançar a igualdade de tratamento e oportunidades no campo de ensino. É assim que seu ordenamento jurídico vem se desenvolvendo para o reconhecimento e a consolidação desse direito. Contudo, nessa caminhada, o país tem encontrado limites práticos, como a desigualdade econômica, que resulta na exclusão de boa parte da população do acesso à educação.

É preciso que a Administração Pública reconheça essa falha no sistema educativo brasileiro e atue com maior veemência na implementação da política nacional de educação. Proporcionar à população um ensino de qualidade significaria construir uma sociedade consciente de seus direitos e deveres, assim como mais ciente de seu passado histórico e sua cultura. Em consequência, possibilitar o direito à educação a todos constituiria uma forma de aperfeiçoar a condição de Estado Democrático de Direito no Brasil.

Resta manifesto que, no quadro geral, podemos perceber o progresso já conseguido nos diversos países signatários da Convenção: a taxa de analfabetismo apresenta queda, a inserção de crianças e adolescentes nas escolas é maior, os professores têm buscado uma maior qualificação, os governantes têm gastado mais recursos com políticas públicas educacionais. Entretanto, muito ainda tem que ser feito: a luta contra a discriminação no campo de ensino só pode parar quando o direito à educação for garantido e propiciado a todo e qualquer ser humano.

## **REFERÊNCIAS**

ACIOLLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 16ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 5ªed. Barueri: Manole, 2008.

GOVERNO DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acessado em: 01 de março de 2011.

IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acessado em: 12 de fev. de 2011.

INEP. Disponível em: <<http://www.inep.gov.br>> . Acessado em: 12 de fev. 2011.

OTÁVIO ALBERTO. As Convenções Internacionais. Disponível em: <[http://octalberto.no.sapo.pt/as\\_convencoes\\_internacionais.htm](http://octalberto.no.sapo.pt/as_convencoes_internacionais.htm)>. Acessado em: 10 de fev. 2011.

SEITENFUS, Ricardo. Manual das Organizações Internacionais. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UNESCO. Disponível em: <http://www.unesco.org>. Acessado em: 10 de fev. de 2011.

# AS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

## THE HOMOAFECTIVE UNION AND THEIR IMPACT ON FAMILY LAW

JOSÉ ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO\*  
SHEYLA BARRETO BRAGA DE QUEIROZ\*\*

### RESUMO

No Estado democrático de direito brasileiro, há violação aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana no tocante às uniões homoafetivas. Lastreados no princípio da igualdade, que inibe qualquer discriminação por orientação sexual, emergem novos direitos, transformando o conservador Direito de família em Direito das famílias. A postura omissiva do Poder Legislativo brasileiro impulsiona a judicialização da vida, levando alguns magistrados a promover a colmatação da vigente lacuna, conforme se observa no entendimento jurisprudencial e na recente decisão da Corte Suprema brasileira, sem que isso signifique, entretanto, ativismo judicial, mas, antes, mutação constitucional. A legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo em diversos sistemas jurídicos tem impulsionado a discussão dos direitos dos homossexuais no mundo e no Brasil, e, por conseguinte, a tutela específica das uniões homoafetivas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Homoafetividade. União estável. Dignidade da pessoa humana. Tutela jurídica.

### ABSTRACT

In the democratic state of Brazil, there are clear violations of fundamental rights and the principle of human dignity with regard also to gay unions. Based upon the principle of equality, which inhibits any discrimination on sexual matters, new rights emerge, transforming the conservative Family Law in Law of the families. The omission of the Legislative Branch boosts judicialization of life, making some judges and courts fill in the current gap and stretch the boundaries of legal family ties, as shown in the repertory of jurisprudence and in the recent ruling of the Brazilian Supreme Court. The legalization of same-sex marriage in various legal systems has fueled the discussion of gay rights in the world and in Brazil, and the specific legal protection of gay unions in Brazil is expected in the near future.

**KEY-WORDS:** Homoaffectiveness. Stable union. Human dignity. Legal protection.

\*Graduado em Administração e Contabilidade pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Especialista em Direito Constitucional e Financeiro pela UFPB e Especialista em Gestão Estratégica e Finanças Públicas pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro e graduando em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

\*\* Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, na área de concentração em Direitos Humanos; Especialista em Direito Constitucional e Financeiro e em Direito Empresarial pela UFPB; Graduada em Letras Clássicas e Vernáculas e em Direito pela UFPB. Professora da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

# INTRODUÇÃO

As intensas transformações nas relações sociais originam demandas por vezes ignoradas pelo Poder Legislativo brasileiro, que não vem promovendo satisfatoriamente a atualização e a (re)formulação de leis necessárias ao atendimento dos anseios egressos da sociedade brasileira, ou de parte dela. Este é bem o caso das uniões homoafetivas.

Não se pode mais ignorar que o arquétipo de família consagrado nos institutos jurídicos ainda vigentes, construído há séculos, se mostra incapaz de acolher as exigências suscitadas pelo atual contexto das relações interpessoais: o número crescente de separações/divórcios seguidos de novas uniões com pessoas ainda vinculadas ou não matrimonialmente, a ruptura de famílias, a união entre pessoas do mesmo sexo, a adoção por casais homoafetivos, apenas para citar algumas.

Diante de tantas situações fáticas pendentes de proteção pelo manto do direito, inevitavelmente afloram discussões destinadas à compreensão e à busca de soluções para os desafios propostos. Trilhando este caminho, serão abordadas questões relativas ao casamento, à união estável e à união (à família) homoafetiva, em torno das quais se tentará demonstrar a mudança de foco do casamento tradicionalmente centrado apenas na perspectiva da procriação, para uma proposta de entidade familiar radicada na afetividade, apreendida como instrumento eficaz para o alcance da satisfação pessoal e reformulação de institutos jurídicos impregnados pelo preconceito.

## 1. CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E UNIÃO (FAMÍLIA) HOMOAFETIVA

### 1.1. CASAMENTO

O aparecimento do casamento civil ocorreu por volta de 1891. Anteriormente, a modalidade de casamento prevista, tanto para católicos, quanto para os não católicos, era exclusivamente o casamento no contexto religioso.

No Código Civil de 1916, imbuído de forte sacralização da família, estabeleceu-se que o único meio de edificação da família era por intermédio do casamento entre homem e mulher, indissolúvel. No momento de discussão e elaboração do atual texto constitucional, o Brasil se encontrava em inequívoca transição entre uma ditadura e uma reconstrução democrática. Nesse cenário alvissareiro, o constituinte promoveu alargamento do conceito de família, que suplantou a noção de casamento então vigente, e fulminou com a diferença entre os filhos havidos dentro e fora do casamento. Passou a ser assegurada a proteção dos vínculos monoparentais, instituídos por um dos pais e seus filhos, bem como a tutela da união estável (CF, art. 226, § 3º), entendida como o relacionamento entre homem e mulher não constituído pelo matrimônio.

Na Constituição de 1988 são admitidas duas formas de casamento: o civil (art. 226, § 1º) e o religioso com efeito civil (art. 226, § 2º).

O Código Civil de 2002, mostrando grande preocupação com o instituto do casamento, arrola 110 artigos sobre o tema. Apesar de dispor de forma detalhada, não se encontra expressamente o conceito de casamento ou família. Fulgura, tão-somente, a definição dos requisitos para a sua celebração, a lista dos direitos e deveres dos cônjuges, a disciplina dos regimes de bens, a forma de dissolução e o tratamento pertinente às questões patrimoniais envolvidas.

Uma questão relativa ao casamento que tem gerado debates diz respeito à definição de sua natureza jurídica; se é um instituto de direito público ou privado. No campo doutrinário, se opõem três correntes: a individualista (o casamento é um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos); a institucional (destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes) e a eclética (visualiza o casamento como um ato complexo, que, no momento de sua formação, é um contrato e quanto ao conteúdo é uma instituição).

De Plácido e Silva (1986, p. 396), ao definir casamento, averba que:

Na terminologia jurídica, designa o contrato solene que, gerando a sociedade conjugal ou formatando a união legítima entre o homem e a mulher, vem estabelecer os deveres e obrigações recíprocas, que se atribuem a cada um dos cônjuges, seja em relação a eles, considerados em si, seja em relação aos filhos que se possa gerar desta união.

Pontes de Miranda (1974, p. 210) vislumbra “o casamento como uma relação ética”, e Maria Berenice Dias (2009, p. 140) afirma que a Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, II, é o diploma legal que melhor define a família, ao considerá-la como “relação íntima de afeto”, conceito este que bem poderia ser aplicado ao casamento.

O casamento engloba tanto o ato de celebração como o vínculo jurídico deste decorrente, ou seja, a chamada relação matrimonial. Além de estabelecer a sociedade conjugal, o casamento origina vínculos conjugais (criando elo entre os cônjuges) e de parentesco por afinidade (ligando os cônjuges aos parentes uns dos outros), dentre os quais alguns geram impedimentos, nos termos do art. 1521, I do Código Civil.

Malgrado a ausência de conceito de casamento, encontra-se no art. 1.511 do Código Civil a sua finalidade: “estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Pela dicção do art. 1.565 da Lei Substantiva Civil: “homem e mulher assumem simultaneamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Sem sombra de dúvida, existe o interesse do Estado no casamento, por constituir elemento estruturante da própria sociedade organizada, da composição da chamada *cellula mater*. Como bem destaca Barros (2002, p. 7), “a sociedade humana não é uma sociedade de indivíduos, nem a sociedade política é uma sociedade de cidadãos, mas sim de famílias”.

## 1.2. UNIÃO ESTÁVEL

Historicamente, sempre existiu certo receio por parte do legislador em disciplinar as relações afetivas cultivadas no espaço extramatrimonial, realidade esta que, independentemente de reconhecimento legal, se encontra na sociedade desde os seus primórdios.

O legislador constituinte, acompanhando a evolução da sociedade, inovou ao considerar a união estável como uma forma de união entre um homem e uma mulher, denominando-a entidade familiar. Insere-se, também, neste contexto a união monoparental, com fulcro no artigo 226, §§3º e 4º da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
[...]

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O reconhecimento constitucional da união estável como uma entidade familiar, acrescida da possibilidade do matrimônio ser dissolvido, possibilitou que casamentos construídos sem afeto, meramente formais e edificados com fins patrimoniais se perpetuassem no tempo.

O Código Civil de 1916, além do não reconhecimento das relações vivenciadas fora do casamento, trazia em seu bojo punições para esse tipo de relacionamento, vedando doações a instituições de seguro e à possibilidade de a companheira vir a receber algum benefício pela via testamentária.

Reservaram-se as expressões concubinato e mancebia para designar as relações constituídas sem o pálio do matrimônio, ditas ilegítimas (DE PLÁCIDO E SILVA, 1986, p. 490).

Com a extinção das relações concubinárias, seja por volição, abandono ou morte do companheiro, começaram a chegar ao Judiciário as reclamações das concubinas em busca de seus direitos.

As decisões iniciais consideravam que os homens não podiam se beneficiar de enriquecimento ilícito em face da exploração do trabalho e da dedicação da mulher, que, ao ser abandonada e possuindo filhos, ficaria sem a mínima proteção, sem direito à herança.

Em decorrência das constantes demandas, o Judiciário passou a reconhecer a existência de sociedade de fato, no seio da qual os companheiros eram considerados sócios. Tal realidade acabou inclusive sendo sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no verbete 380, verbis: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

O falecido Ministro do STF, Carlos Alberto Menezes Direito (2005, p. 61), dissertando sobre a união estável no Código Civil, registrou que:

A jurisprudência chegou mesmo a estabelecer formas criativas de repartição patrimonial, dando relevo ao trabalho do lar, presumindo nos estratos de baixa renda a contribuição da mulher, a comunhão de interesses e de esforços.

Simultaneamente à evolução da sociedade e dos costumes, as uniões extra- matrimoniais vão sendo aceitas como uma realidade social, o que levou o constituinte brasileiro, não sem embates, a dimensionar a família sob um prisma mais amplo, utilizando, para isso, a expressão entidade familiar, alargando o conceito de família, passando a tutelar outras formas de relacionamento que não apenas os constituídos pelo casamento.

A propósito do reconhecimento da união estável como entidade familiar, Lôbo (1988, p. 2) afirma:

O interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social.

Assim como acontece com outros institutos, o Código Civil não veicula um conceito de união estável, deixando tal desafio para o Direito contemporâneo das famílias, até como uma forma de lhe conferir proteção jurídica.

Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 258) aponta:

Definir união estável começa e termina por entender o que é família. Não é nada simples, na atualidade, conceituar família, que deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de afeto e de amor.

Refletindo sobre a criação do instituto da união estável, Ruzyk (2000, p. 7) assevera:

O desafio do operador do direito é fazer com que a leitura do fenômeno jurídico da união estável não se opere na perspectiva da valorização abstrata, mas das pessoas concretas que travam essas relações, de tal forma que o modelo possa ser tão somente um instrumento de realização da dignidade humana, e não um fim em si mesmo.

Promulgada a Lei nº 8.917/1994, foi assegurado à entidade familiar nominada de união estável o direito a alimentos, à sucessão do companheiro e ao usufruto sobre partes dos bens deixados pelo de *cujus*. Todavia, só gozavam do reconhecimento de estáveis os relacionamentos dos quais tivesse nascido prole ou que contassem com mais de cinco anos de existência. Um ponto destacável é que, no contexto da mencionada Lei, os separados de fato ficavam excluídos da união estável, pois o reconhecimento atingia apenas pessoas solteiras, as judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas.

Posteriormente, com a edição da Lei nº 9.278/1996, a união estável passou a ser reconhecida, sendo nominados de “conviventes” os partícipes da relação, dispensando-se o lapso temporal de cinco anos e incluindo-se os separados de fato.

Maria Berenice Dias (2009, p. 162), referindo-se ao casamento e à união estável defende:

Ambos são merecedores da mesma tutela do Estado. Entretanto, o que se observa na prática é que a lei de forma retrógrada e equivocada outorgou a união estável tratamento notoriamente diferenciado em relação ao matrimônio. Apenas quatro escassos artigos do Código Civil (1723 a 1726) disciplinam os aspectos pessoais e patrimoniais da união estável.

Malgrado não terem sido traçados os contornos específicos da união estável, a partir das disposições contidas nos artigos 1.723 e seguintes do Código Civil, encontram-se delineadas as suas características: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A união estável não configura estado civil que se constitui como uma qualidade pessoal, a exemplo do nome e idade. Neste sentido, quem vive neste tipo de entidade familiar não está obrigado a se identificar como tal, podendo inclusive declarar-se solteiro, viúvo, separado ou divorciado, sem incorrer em falsidade ideológica.

No tocante ao nome, Maria Berenice Dias (2009, p. 166) assevera que a lei civil não faz nenhuma menção sobre o nome na união estável. Logo, ambos os companheiros podem adotar o nome do outro.

A legislação infraconstitucional, assim como o faz com o casamento, estabelece requisitos para o reconhecimento da união estável (CC, art. 1.723), promove direitos e impõe deveres entre os conviventes (CC, art. 1.724).

Quanto aos efeitos patrimoniais, no casamento, os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens (CC, arts. 1658 a 1688) através do pacto antenupcial. Na união estável, os conviventes têm a faculdade de firmar contrato de convivência determinando o que acharem necessário. Verificado o silêncio das partes, tanto no casamento quanto na união estável, incidirá o regime de comunhão parcial de bens (CC, art. 1.725).

Com esteio no dicionário no artigo 1647 do CC, tem-se imposição da outorga uxória aos cônjuges para a prática de atos (v.g. alienar bens imóveis, prestar fiança, fazer doação) que possam comprometer o patrimônio comum. Porém, no pertinente à união estável, omitiu-se o legislador. Entende-se, portanto, que se ela for reconhecida como entidade familiar, devem ser aplicadas as mesmas regras impostas aos cônjuges com o escopo de proteger o patrimônio do casal e resguardar os terceiros de boa-fé.

Na união estável, os conviventes têm a liberalidade para firmar contrato de convivência, instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação (CAHALI, 2002, p. 55).

Embora não exista determinação expressa obrigando o registro do contrato de convivência no cartório de registro civil ou averbação dos bens do casal no registro imobiliário, é recomendável o processamento deste registro para salvaguardar os interesses tanto do companheiro quanto dos filhos, por tornar público o teor do documento.

A constituição deu ensejo à conversão da união estável em casamento. Nos termos do art. 226, § 3º, e no art. 1726 do CC, essa conversão se dará mediante pedido dos companheiros ao juiz e com assento no registro civil. A exigência levanta dificuldades para a efetivação da conversão, restando, portanto, duas outras opções: firmar o contrato de convivência ou o casamento.

No Estado do Rio Grande do Sul, a Corregedoria-Geral de Justiça baixou os Provimentos 27/2003 e 39/2003, regulando a conversão da união estável em casamento. Consoante o disposto nesses Provimentos, é determinada a instauração de um processo com a participação do Ministério Público. São ouvidos obrigatoriamente em audiência os conviventes e mais duas testemunhas. Isso acontece mesmo que haja prova pré-constituída da união estável. Compete ao juiz fixar o termo inicial da união estável.

Falecendo o companheiro na demanda referente à união estável, os legitimados para figurar tanto no pólo ativo quanto no passivo são os herdeiros, e não o espólio representado pelo inventariante (Código de Processo Civil, art. 12, V).

Quanto à obrigação alimentar, em consonância com as disposições do art. 1.694 do CC: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social”.

Extinta a união estável, persiste o vínculo de afinidade em linha reta (CC, art. 1.595, § 2º), pois a obrigação alimentar não é apenas entre os companheiros. O direito de prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em graus, uns em falta de outros (CC, art. 1696).

Assim como no casamento, nem sempre o fim de uma união estável se dá consensualmente. Pode acontecer que um dos conviventes não queira se ausentar da morada onde reside. Nesta situação, é possível o pedido de separação de corpos, a ser concedido pelo juiz o mais breve possível (CC, art. 1562).

Como a proteção das entidades familiares deita raízes na Carta Cidadã, infere-se que a legislação ordinária não poderá limitar o exercício da faculdade de constituir relação diversa daquela do matrimônio, o que implicaria incorrer num retrocesso, um retorno ao estado pré-constituente, que invalidaria o princípio do Direito Constitucional denominado de proibição do retrocesso social (DIAS, 2009, p. 68).

A propósito, Lênio Streck (2003, p. 97) pondera que “Nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituente”.

### **1.3. UNIÃO HOMOAFETIVA (FAMÍLIA HOMOAFETIVA)**

Expressões como homossexuais, homossexualidade, homossexualismo e homoafetividade não constavam dos léxicos das primeiras civilizações, o que não implica dizer que inexistiu em diversas culturas o relacionamento sexual entre pessoas do mesmo gênero.

Na Antiguidade, na Grécia e em Roma, a homossexualidade denominada de pederastia (prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem) fazia parte da estrutura social, inclusive no culto aos deuses. A homossexualidade restringia-se a determinados ambientes, como manifestação legítima da libido, verdadeiro privilégio dos bem-nascidos, não se constituindo numa degradação moral, num vício.

Maria Berenice Dias, identificando como depreciativas as denominações utilizadas para nominar as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, cunhou o termo homoafetividade, através do qual busca identificar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade. Essa palavra se instalou confortavelmente no vocabulário jurídico e na linguagem cotidiana.

Enquanto se tem o casamento classicamente estruturado no seio da religião, erigido com a finalidade da procriação e quiçá demasiadamente voltado para questões patrimoniais, modernamente, as relações permeadas por uma liberdade de escolha passam a ser construídas a partir de vínculos afetivos. Neste sentido, Rosana Fachin (2001, p. 4) esclarece que:

A função procriacional da família e seu papel econômico perdem terreno para dar lugar a uma comunhão de interesses e de vida, em que laços de afeto marcam a estabilidade da família.

Tem-se a família num novo contexto, pois “hoje, as relações de afeto caminham à frente” (CARBONERA, 1999, p. 492); a face da família mudou, exurgindo um modelo fundado nos pilares da repersonalização, da pluralidade, da afetividade e do eudemonismo (doutrina que considera ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana). A repersonalização da família consiste no fenômeno em que a afetividade é posta no centro das relações familiares.

Com efeito, todas as espécies de vínculo que tenham por base o afeto mostram-se merecedoras da tutela do Estado, porque na multiplicidade de relações afetivas avultam as relações heterossexuais e homossexuais. Paulo Netto Lôbo defende que:

Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão se refletiria nas pessoas que as integram, por opção ou por circunstância da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

Mesmo diante de inúmeras decisões judiciais favoráveis à equiparação da união homoafetiva à união estável, a tendência, ainda, é de emprestar juridicidade somente aos relacionamentos heterossexuais. Entretanto, não se pode arrolar a inexistência de legislação própria que contemple a união entre pessoas do mesmo sexo para inibir a busca por ou mesmo a tutela jurídica.

Tratando da lacuna da lei, Maria Helena Diniz (2004, p. 5) salienta que “o Direito não é lacunoso, mas há lacunas. Ou seja, como o ordenamento jurídico é aberto, as lacunas não são do direito, mas da lei, que é omissa em alguns casos”.

A inexistência de legislação pertinente abordando as uniões homoafetivas não pode inibir o acesso à justiça. Por conseguinte, não restou outra via senão a de invocar a Constituição Federal, que promoveu o alargamento do conceito de família ao acolher a existência de entidades familiares fora do instituto do casamento.

Cristiano Chaves de Farias (n/d, p. 1) leciona:

Embora a Carta Magna não tenha expressamente contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão sistêmica conduz, com tranqüilidade, a esta conclusão, especialmente quando considerados os princípios basilares da dignidade humana, da igualdade substancial, da não discriminação (inclusive por opção sexual) e do pluralismo familiar, consagrando diferentes modelos de entidade familiar.

Seguindo por esta mesma linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso<sup>1</sup> pontua:

Como houve a decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, não-extensão desse regime as uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos, desequiparação que é inconstitucional.

Alguns tribunais brasileiros utilizaram o argumento de que a procriação se constitui na finalidade do casamento e da união estável. Por conseguinte, caracterizaram a diversidade dos sexos como um elemento essencial à conceituação de união estável. Outrossim, afirmaram ser impossível a equiparação das uniões homossexuais às estáveis e que tal tratamento não estabeleceria uma violação do princípio da igualdade porque os casais homossexuais não se amoldam ao instituto da união estável nos moldes em que ela está legalmente e culturalmente definida.

Os defensores da causa homoafetiva salientaram que tais argumentos revelam-se fragilizados, posto que o Estado admite que casais estéreis se casem, e estes não poderiam atingir a finalidade do casamento: a perpetuação da espécie.

Favoráveis à concessão de direitos as uniões homoafetivas, antes mesmo da histórica decisão da Suprema Corte brasileira nos autos da ADI n.º 132 e da ADPF n.º 4.277, diversos tribunais pátrios haviam decidido favoravelmente à causa, considerando a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável. As decisões proferidas neste norte têm em seu bojo argumentos como: “Os homossexuais não são cidadãos de segunda categoria e que a opção sexual não diminui direitos ou a dignidade humana” (STJ – REsp. 238.715/RS); “A Constituição Brasileira possui um compromisso com a construção da cidadania, o que permite o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis” (TRF 4ª Região – AC 2000.71.00.009347-0/RS); mencionando o princípio da igualdade e a correlação desse princípio com outros preceitos constitucionais para justificar o tratamento igualitário entre as uniões homoafetivas e as uniões estáveis (TJMG – 17ª Câmara Cível – AC 2.0000.00.503767-2000(1)).

O reconhecimento das relações homoafetivas como união estável se expandiu para áreas além da civil e previdenciária, como se pode observar na ementa da decisão do Tribunal Superior Eleitoral transcrita a seguir:

**ACÓRDÃO nº 24.564, DE 01.10.2004 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL  
Nº 24.564/PA - RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES**

EMENTA: Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá Recurso a que se dá provimento.

Importante salientar que este julgado do TSE é o marco jurisprudencial a partir do qual se tem como assente que as uniões homoafetivas gerariam repercussão na esfera eleitoral por se caracterizarem como relação estável nos mesmos termos do casamento.

---

<sup>1</sup>BARROSO, Luiz Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <[www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2010.

Se de um lado as relações homoafetivas se submetem a restrições emanadas do Direito Eleitoral, por outro, essas relações devem se beneficiar de regras postas nos demais ramos do Direito, caso contrário, restará comprovado tratamento desigual, conferindo-se tratamento igualitário no concernente aos ônus e desigual no referente aos bônus.

O art. 226 da Constituição trouxe inovações ao reconhecer outras formas de entidades familiares além do casamento, como as famílias monoparentais e a união estável. Neste mesmo dispositivo foi consagrado o direito ao planejamento familiar, a possibilidade de dissolução do matrimônio e a igualdade entre os cônjuges.

Wilker Batista Cavalcanti (2008, p. n/d) relata que diversas relações familiares coexistem na sociedade, constituída por unidades de vivência, dentre estas: par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos; par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade; par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável); pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental); pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental) e união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais.

Acresce Cavalcanti (2008, p. n/d), que nas cognominadas unidades de vivência se encontram características comuns, que as estruturam como entidades familiares, tais como: afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida e ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

O grande número de divórcios formalizados – talvez mais representativas sejam as separações de fato – reflete esse quadro. Na contemporaneidade, o que passa a sustentar as relações é o afeto, fruto do exercício da liberdade de escolha de cada um. OLIVEIRA (2002, pp. 233 e 242) destaca que “a afetividade é uma das maiores características da família atual” e acrescenta que “a família só tem sentido enquanto unida pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade”.

Holanda (n/d, p. 14), tratando da natureza jurídica da união homoafetiva, pontifica:

A partir do momento que o afeto é a base das relações familiares, é necessário elastecer a especial proteção, por parte do Estado, a outras uniões. Cumpre, portanto, ressaltar que o afeto, elemento caracterizador das relações familiares, também está presente nas uniões homoafetivas, de modo que pode ser considerada uma entidade familiar, merecedora de proteção especial. Aliás, as uniões homoafetivas preenchem todos os requisitos exigidos para a configuração da união estável: relação contínua, duradoura, ostensiva e pautada no afeto.

O processo de despatrimonialização, aliado à repersonalização da família, objetiva resgatar “todos os valores imateriais que devem existir no seio da família” (OLIVEIRA, 2002, p. 248) e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Aqueles contrários à caracterização da relação homoafetiva como entidade familiar se sustentam na literalidade do § 3º, do art. 226 da Lei Maior, e defendem que, para a configuração da união estável, é imprescindível a diversidade de sexos, sem a qual se torna impossível a celebração do casamento e, por conseguinte, o reconhecimento da união estável.

Na lição de Streck (2003, p. 09):

O novo paradigma constitucional estabelecido pelo Estado Democrático de Direito caminha lado a lado com o novo paradigma hermenêutico, que abandona a noção de reprodução de sentido e avança em direção à reprodução de sentido e avança em direção à produção.

Referindo-se ao papel da nova hermenêutica na interpretação da Constituição, Bonavides (2002, p. 437) postula:

Não é a Constituição que deve ser reformada, sempre que mudam os fatos sociais, ao contrário, são os fatos sociais aliados à Nova Hermenêutica que devem mudar o sentido dos dispositivos constitucionais.

Nesta mesma linha de raciocínio, Welter (2003, p. 54) aduz:

As normas e os princípios constitucionais devem ser interpretados dentro de um contexto histórico, não podendo ignorar as transformações da sociedade, notadamente da relação entre pessoas do mesmo sexo, até porque a análise constitucional não é formada apenas pelo juiz, mas também pelos cidadãos e todos aqueles que participam da sociedade.

Ressalta-se, uma vez mais, que o afeto se constitui em elemento caracterizador da família e que a união homoafetiva é uma realidade presente na sociedade mundial e brasileira que necessita da tutela do Estado, recentemente conferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede da ADPF n.º 132, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, e a ADI n.º 4.277, relatada pela Ministra Ellen Gracie. Neste sentido, o excelso Pretório repeliu a interpretação literal do § 3º, do art. 226 da Carta Magna, a teor do inciso IV do artigo 3.º, prescindindo da diversidade de sexo para a caracterização da união estável e, bem assim, mitigando o aspecto procriacional, superado, a exemplo do que acontece com os idosos, certos portadores de necessidades especiais e os inférteis, pelas técnicas de reprodução assistida e pela adoção.

Com suporte nas alegações esposadas, com respaldo nas garantias constitucionais positivadas no ordenamento jurídico e nos princípios fundamentais, em particular o da dignidade humana, e tendo-se a nova hermenêutica jurídica como instrumento interpretativo, pode-se concluir acertada a decisão do STF ao reconhecer efeitos jurídicos à união homoafetiva, equiparada à estável.

As resistências enfrentadas ao reconhecimento em tela são mais de fundo social, decorrentes do preconceito arraigado na sociedade, sobretudo por influência religiosa, do que por questões jurídicas em si, grosseiramente enfeixadas pela liga do ativismo judicial e da usurpação de competência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O século XXI não comporta mais qualquer tipo de preconceito, seja de ordem racial, orientação sexual, ideologia política, filosófica, condição social etc. Exige-se da pessoa contemporânea um mínimo de civilidade, uma maturidade pós-moderna que permita a convivência com o diverso em suas diferentes dimensões.

Faz-se necessária uma consolidação do Estado como um ente laico, desvinculado da Igreja, não meramente no plano do formalismo legal, mas de fato.

A existência de relacionamentos homoafetivos duradouros com o mesmo perfil das uniões estáveis é uma realidade factível, presente em todos os níveis sociais. Esse panorama não se reveste de nenhuma novidade, porquanto se fez e se faz cotidiano da humanidade desde os períodos mais remotos da História.

A estrutura da instituição familiar se modernizou, o Direito de Família tornou-se das Famílias, não abrangendo apenas o casamento tutelado e constituído pelos sagrados laços do matrimônio, mas outras formas de constituição de entidade familiar, em consonância com os ditames constitucionais, estruturadas a partir do afeto e não mais da procriação, enfatizando-se a felicidade de cada pessoa.

As garantias constitucionais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, mormente aquelas remissivas aos princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade não mais admitem a restrição de direitos fundamentais fulcrada no preconceito nas suas diferentes feições. Não se deve mais admitir que, sob a égide de interesses religiosos deturpados ou míopes, se restrinja o exercício efetivo de direitos individuais fundamentais.

Que o Legislativo brasileiro atente para o seu papel constitucional de legislar, haja vista que o Judiciário conferiu às uniões homoafetivas repercussão jurídica.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. *Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Vade Mecum, São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Código Civil (2002). Institui o Código Civil*. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.278/1996 de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal*. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *CPC (1973). Institui o código de Processo Civil*. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAHALI, Francisco. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALCANTI, Wilker Batista. *União estável e entidade familiar: breves considerações*. Disponível em <[www.jurisway.org.br](http://www.jurisway.org.br)>. Acesso: em 23 nov. de 2010.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico – Volume III e IV*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. (coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. In: Rodrigo Pereira da Cunha. *Da união estável*. . 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 257-275.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Da união estável no Código Civil*. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *A família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 45-64.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Os alimentos nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição*. IBDFAM. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)>. Acesso em: 19 nov. 2010.

FACHIN, Rosana. *Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e perspectivas do direito de família contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HOLANDA, Caroline Sátiro. *A natureza jurídica da união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>> Acesso: em 20 nov. de 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Repensando o direito de família*. In: Silvana Maria Carbonera. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 485-512.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. VII.

RUZYK, Carlos Eduardo. *União Estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato*. *Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese*, n. 7, p. 5-18.

STRECK, Lênio Luiz. *Um balanço hermenêutico dos vinte anos da Constituição do Brasil: ainda o problema do positivismo jurídico. – prolegômeros em prefácio*. In: WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre filiações biológicas e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre filiações biológicas e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por email, digitados em espaço 1.5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT e em duas vias impressas. Uma das duas vias impressas deve vir sem informação que identifique a autoria. As versões impressas não serão devolvidas ao autor, que manterá seu texto em arquivo para as eventuais modificações sugeridas pelos pareceristas. Em folha à parte devem vir o título, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor.

As "Notas" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4cm, fonte 10 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo trabalho segundo o exemplo:...como diz Preti (1991: 43)...; referências após citação: (Preti 1991:43); no caso de paráfrase (cf.: Preti 1991:43). Nunca usar idem, ou idem, ibidem. Para ênfase usar itálico e não sublinhar.

"Tabelas", "gráficos", "desenhos", "quadros" e "árvores" devem ser encaminhados, também separadamente, em versão impressa, pronta para ser fotografada, em laser/ink jet ou tinta nanquim. Devem ser numerados e ter título. Apenas as iniciais do título devem estar em maiúsculas.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas e sem espaço entre as referências. O principal sobrenome de cada autor é seguido de vírgula e do nome e sobrenomes. O nome de outros autores, quando houver, ou dos organizadores da obra de onde for retirado o artigo, precedem o sobrenome. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em itálico. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. A data identificadora da obra deve vir entre pontos, após o nome do autor (outras datas relevantes no final da entrada). Mais de uma obra de um autor no mesmo ano devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data.

Tamanho do artigo: **12 a 15 páginas.**

**Endereço:**

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º

Piso; Manaíra Shopping;

Bairro: Manaíra;

Cidade: João Pessoa – PB

CEP: 58037-000

**Fone:** (0xx83) 2106 6175