



Revista
Ponte.com
Faculdade Sinergia

VOLUME 5 - NÚMERO 5 - JAN./JUN. – 2014

ISSN 1807.2712

EXPEDIENTE

Equipe Editorial

Editora da Revista

Profª Cristiana Rennó D'Oliveira Andrade

Comissão Editorial da Faculdade Sinergia

Profª Adriana Macarini

Profª Ana Paula Colzani

Prof. Elvis Roni Bucior

Profª Marinez Panceri Colzani

Profª Marlete dos Santos Dacoreggio
(Presidente)

Equipe Técnica

Revisora de Texto

Profª Nalba Lima de Souza

Profª Viviane Frainer

Bibliotecária

Elem Rose Damasceno Porciuncula

Suporte de Comunicação e Marketing

Fabio Bucior

Suporte Técnico

Ismael Carlos dos Santos

Catálogo na fonte elaborada pela Bibliotecária - Elem Rose Damasceno Porciuncula - CRB 14/1210

Revista Ponte.com Sinergia/ Sinergia Sistema de Ensino - v.1, n.1, jul./dez. (2004) - Navegantes: Faculdade Sinergia, 2004 - . v.

Edição revisada e atualizada - 2018

Semestral

ISSN 1807-2712

1. Responsabilidade (Direito). 2. Direitos humanos. 3. Proteção Ambiental. 4. Ciência política - Filosofia. 5. Estado. 6. Sigilo (Direito). 7. Interceptação telefônica. 8. Creches. 9. Direitos fundamentais. I. Sinergia Sistema de Ensino.

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental	346.0432
2. Ciência política	320
3. Direito penal	345.81
4. Direitos fundamentais	344.07

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA

Av. Prefeito Cirino Adolfo Cabral, 199, Bairro São Pedro, Navegantes-SC. CEP 88.370-053.

Fone: (47) 3342.9700

E-mail: revistaonline@sinergia.edu.br

PERIODICIDADE: Semestral

Ano 2014 – volume 5 – número 5 – jan./jun.



A INSTITUIÇÃO

O Sinergia Sistema de Ensino Ltda., mantenedora da Faculdade Sinergia (cursos de Administração, Direito e Pedagogia) e também do Colégio Sinergia, é autorizado pela Portaria de Recredenciamento n.º 1.424 de 10/10/2011, tem seus atos constituídos, registrados pelo CNPJ 04.220.662/0001-28 e está localizado na Av. Prof. Cirino Adolfo Cabral, 199 – Bairro São Pedro – Cx. Postal 53 – CEP: 88.370-053 – Navegantes – SC, Fone: (0xx47) 3347-9700 – Fax: (0xx47) 3342-9723.

Diretor Geral da Faculdade Sinergia
Prof. João Batista Matos

Vice-Diretor Geral da Faculdade Sinergia
João Marcos Matos

Revista Ponte.com

Faculdade Sinergia

Seção de Artigos

A Revista de produção científica da Faculdade Sinergia é intitulada Revista Ponte.com, com registro no IBICT – ISSN 1807-2712.

O conteúdo apresentado na referida seção é de inteira responsabilidade de seus autores.

EDITORIAL – QUINTA EDIÇÃO

Um dos objetivos fundamentais do Curso de Direito da Faculdade Sinergia é possibilitar a compreensão do Direito enquanto norma (a dogmática jurídica) e também do Direito enquanto decisão (a pragmática jurídica) articulada com as teorias sociais relevantes. Neste sentido, a quarta edição da Revista Ponte.com, da Faculdade Sinergia veio enaltecer este objetivo supra destacado e lançou a mesma sob a temática do Direito.

Neste sentido, gostaríamos de agradecer à Coordenadora do Curso, Professora Ana Paula Colzani, pelo seu entusiasmo e suporte na busca e seleção de artigos científicos para disseminação de conhecimento na área jurídica.

A seção de artigos conta com quatro artigos. O primeiro, destaca a transnacionalidade e a responsabilidade civil ambiental; o segundo, faz considerações sobre o estado brasileiro à luz da política clássica; o terceiro, a respeito do crime de interceptação telefônica ilegal e a quebra do segredo de justiça sob a ótica da lei nº 9.296/96 e o quarto, discute a respeito do direito à creche.

Consideramos a contribuição dos autores de grande relevância social e considerável contribuição científica. Neste sentido, é importantíssima a contribuição da comunidade externa para revigorar o olhar do conhecimento desta edição.

Por fim, é com grande regozijo que editamos esta revista, fazendo votos que a comunidade de nossa instituição e a academia em geral, continue a abrilhantar a socialização de conhecimento tendo em vista as expectativas de realização de discussão científica.

SUMÁRIO

TRANSNACIONALIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL - PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO UM DIREITO HUMANO TRANSFRONTEIRIÇO.....	7
CARPENA, Gislaine.....	7
NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do. ...	7
CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO BRASILEIRO À LUZ DA POLÍTICA CLÁSSICA.....	24
GHISLENI, Giancarlo Maturano.	24
O CRIME DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL E A QUEBRA DO SEGREDO DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DA LEI 9.296/96.....	33
CATARINA, Kaíque.....	33
REHDER, Guilherme Augusto Corrêa.	33
DIREITO À CRECHE.....	43
MENDES, Marioly Oze	43

TRANSNACIONALIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL - PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO UM DIREITO HUMANO TRANSFRONTEIRIÇO

CARPENA, Gislaine.¹
 NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do.²

Para seguir adiante, devemos reconhecer que, no meio de uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre, com um destino comum. Devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz. [...] . Leonardo Boff – A Carta da Terra.

RESUMO

Na atualidade, busca-se identificar inúmeros argumentos para justificar o fenômeno conhecido por transnacionalidade e as ideias ligadas ao tema, bem como, aproximá-lo de diversas questões de direitos humanos, incluindo-se as questões de proteção ambiental. A transnacionalidade surge como uma consequência da globalização, evidenciado pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado pelo sistema econômico globalizado, o qual articula o ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados. O meio ambiente é transfronteiriço porque uma possível melhora ou prejuízo ambiental vão, muitas vezes, para além do Estado, por isso, deve-se ter como realidade a necessidade de tratar a proteção ambiental como um direito humano transfronteiriço ou transnacional. Nessa seara, a responsabilidade por dano ao meio ambiente ainda é uma matéria que gera dúvidas e controvérsias e, por vezes, confusão, porque, em muitas situações, surge a interdisciplinaridade do Direito, que exige conhecimentos ameadados com outras áreas do Direito, como Administrativo, Constitucional, Urbanístico, Civil, Penal e outras; tanto quanto com outras áreas, como a Engenharia, Agronomia, por exemplo. Diante da constatação das necessidades da humanidade quanto aos direitos humanos, é necessário garantir-se às gerações atuais e futuras, o direito à proteção ambiental como meio de sustentabilidade e da ampliação da qualidade de vida.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Proteção Ambiental. Responsabilidade Civil. Responsabilidade Ambiental. Transfronteiriço. Transnacionalidade.

INTRODUÇÃO

A Transnacionalidade mostra-se inserida no contexto da globalização e liga-se

¹ Graduada em Direito | Mestre em Ciência Jurídica.

² Graduada em Ciências Contábeis, em Administração de Empresas e em Direito | Mestre em Ciência Jurídica | Professora da Faculdade Sinergia.

fortemente à concepção do transpasse estatal, porque enquanto globalização, remete à ideia de conjunto ou de globo, pela sintetização do mundo como único, a Transnacionalidade mostra referência ao Estado permeável e à ideia de Estado atual em declínio.

O cenário mundial atual mostra-se alterado porque se verifica a transfiguração do Direito Internacional ou inter-nações, para o Direito Transnacional ou trans-nações, onde a soberania absoluta dá espaço para a soberania relativa, impulsionando as relações territoriais para relações virtuais e, ainda, o aumento do trânsito entre fronteiras para um trânsito em espaço único mundial. Ainda, o comércio mundial revela-se como uma forte articulação que resultou na Transnacionalidade, porque o mundo capitalista fomentou diversas atividades plenamente globalizadas. Portanto, comércio e globalização estão plenamente entrelaçados em relação de causas e consequências recíprocas.

No início do Século XXI, vê-se a Sociedade com olhos voltados para uma “Nova Ordem Mundial” que deriva uma Sociedade mundial de riscos e, ainda, indeterminada, onde se verifica que os problemas antigos de ordem econômica, social e ambiental ainda permanecem nos dias atuais.

No mundo atual, globalizado ou mundializado e transnacional questiona-se o momento vivido, tido como ideal, e que deverá despertar a consciência de que a configuração da “Nova Ordem Mundial”, é o momento em que esta deverá desempenhar um papel importante diante dos problemas econômico, social e ambiental.

Mesmo que os problemas atuais apontados possam impulsionar uma tendência mundial, o Estado não consegue responder na mesma medida das necessidades da Sociedade, mas deverá garantir liberdade política e buscar a eliminação da miséria pela distribuição de riqueza, sem agressões ao meio ambiente.

Portanto, busca-se no presente trabalho, identificar a relação do fenômeno da Transnacionalidade com o Direito Ambiental, especificamente, na identificação da responsabilidade civil ambiental, como mecanismo da garantia de direitos humanos transfronteiriços direcionados para a proteção ambiental, como meio de sustentabilidade e de melhora da qualidade de vida.

Para a realização da presente pesquisa, o método utilizado na Fase de Investigação foi dedutivo³; na Fase de Tratamento dos Dados, foi o cartesiano⁴ e, no Relatório da Pesquisa, foi

³ Método Dedutivo: “[...] estabelecer uma formulação geral e, em seguida buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral [...]” (PASOLD, 2011, p. 86).

⁴ Método Cartesiano: “1. [...] nunca aceitar, por verdadeira, coisa nenhuma que não conhecesse como evidente; isto é, devia evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção; [...]. 2. [...] dividir cada uma das dificuldades que

empregado o método indutivo⁵; ainda, as técnicas utilizadas foram as do referente⁶, de categorias⁷ e de conceitos operacionais⁸; assim como, leitura dirigida, fichamento⁹ e consultas na rede mundial de computadores.

1 TRANSNACIONALIDADE E SEUS EFEITOS MUNDIAIS

Pela etimologia da palavra, transnacional sugere conexões e interações, não simplesmente comparações. Na definição de Seigel (apud Radical History Review, 2005, p.62-90), a Transnacionalidade “examina unidades que se derramam e vazam através de fronteiras nacionais, unidades maiores e menores do que o Estado-nação”.

Segundo argumenta Ong (apud RIBEIRO, 2000)

[...] trans denota movimentação através de espaço e através de fronteiras, bem como mudança na natureza de algo. Além de sugerir novas relações entre estados, transnacionalidade também alude ao transversal, o transacional, o translacional, e os aspectos transgressivos do comportamento e da imaginação contemporâneos que são incitados, habilitados e regulados pela lógica variável dos estados e do capitalismo.

A transnacionalidade “não é um fenômeno distinto da globalização ou mundialização, pois nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito Transnacional” (STELZER apud CRUZ; STELZER, 2011, p. 16 e 18). A Globalização possui natureza econômico-comercial, fortalecida pelo desenvolvimento tecnológico das comunicações e dos meios de transporte, enfraquecendo o Estado-nacional, com a desterritorialização¹⁰ das relações político-sociais.

Percebe-se pela trajetória histórica da humanidade, quando o Estado se transformou em social, segundo destaca Streck (2004, p. 94.), que o Estado de Direito acresce à juridicidade

examinasse em tantas quantas parcelas quantas pudesse ser e fossem exigidas para melhor compreendê-las; 3. [...] conduzi-las por ordem os meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo certa ordem entre os que se precedem naturalmente uns aos outros; 4. [...] sempre enumerações tão completas e revisões tão gerias, que ficasse certo de nada omitir” (PASOLD, 2011, p. 88).

⁵ Método Indutivo: “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (IBDEM, p. 86).

⁶ “Referente é a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto final desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (IBDEM, p. 54).

⁷ “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia” (IBDEM, p. 25).

⁸ “Conceito Operacional (=COP) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos” (IBDEM, p. 50).

⁹ “[...] ousado da Técnica do Fichamento como principal utilidade a de otimizar a leitura na Pesquisa Científica, o significa uma segura forma prática de reunir fisicamente e com fácil acesso (na área da informática, mais ainda) os elementos colhidos.” (sem negrito) (IBDEM, p. 108-109).

¹⁰ “[...] é uma das principais circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal e também não é o espaço que liga dois ou mais espaços estatais. [...]” (STELZER apud CRUZ; STELZER, 2011, p. 16 e 18).

liberal um “conteúdo social” associando ou ligando a limitação da atuação estatal às prestações ou serviços implementados pelo Estado, ou seja, a lei passa a ser instrumento de concreção do Estado, que deve ser veículo para promoção de determinadas atividades ou ações pretendidas pela ordem jurídica ou adaptadas à ordem já estabelecida.

Por conta da liberdade de mercado, o Estado perde o controle político, e que a tentativa, nesse sentido, enfrentaria imediata e furiosa punição dos mercados mundiais, segundo aponta Bauman (1999, p. 74-75):

Devido à total e inexorável disseminação das regras de livre mercado e, sobretudo, ao livre movimento do capital e das finanças, a ‘economia’ é progressivamente isentada do controle político; com efeito, o significado primordial do termo ‘economia’ é o de ‘área não política’. [...]. A corrida para criar novas e cada vez mais fracas as entidades territoriais ‘politicamente independentes’ não vai contra a natureza das tendências econômicas globalizantes; [...].

A Transnacionalidade pode ser compreendida como um “fenômeno reflexivo da globalização”, segundo aponta Stelzer (apud CRUZ; STELZER, 2011, p. 21), “insere-se no contexto da Globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal. [...]”; portanto, a Transnacionalidade está atrelada à ideia de “Estado permeável”, figura em declínio, com a transfiguração da soberania absoluta para a soberania relativa¹¹.

Cruz e Sirvent (apud CRUZ, 2011, p. 55), reforçam que “um ordenamento público de governança transnacional não é uma utopia nos moldes de outras propostas. [...]. A utopia dela derivada – uma ordem transnacional que ultrapasse o Estado Constitucional Moderno – é, igualmente formal. [...]”

Sérgio Aquino (apud PASOLD, 2010, p. 108) argumenta que o fenômeno da Transnacionalidade fará surgir novas posturas consolidando outras identificações culturais, promovendo e assegurando paz e vida qualitativa, não fundamentadas, apenas, em critérios econômicos.

Destaca-se o argumento de Cruz (apud CRUZ, 2011a, p. 21), o qual afirma que “[...] o grande desafio para o Século XXI será a construção de uma Sociedade Democrática transnacional, respeitadora das diferentes concepções humanas, baseada na paz, na preservação da vida, na justiça social e no acesso de todos ao bem-estar”.

Observe-se que, para se construir novos modos de vida e de governança que assegure o desenvolvimento e o interesse geral, deve-se politizar a Globalização, a serviço dos cidadãos

¹¹ “[...], a transnacionalização valoriza específicas características da globalização, gerada no âmbito desse processo, especialmente ligada no transpasse das fronteiras nacionais. [...]. Enquanto a soberania é a marca indelével do Direito Internacional, a fragilidade soberana (no âmbito público) ou seu desenvolvimento (no âmbito privado) viabiliza um cenário denominado transnacional” (STELZER apud CRUZ; STELZER, 2011, p. 22).

e estender os mecanismos de governança com base em novas formas democrática, baseada na responsabilidade dos cidadãos, sob pena de retrocesso, conforme entendimento de Edgar Morin (apud FERRER, 2012, p. 5)¹²:

No discurso dominante, muito típico de alguns interessados para consolidar uma certa interpretação do desenvolvimento sustentável, o que representa um número de opções são aparentemente inexorável. Ou nós desenvolvemos ou voltar para as cavernas. Mas isso não é assim, certamente será necessário, de uma vez, globalizar e desglobalizar, aumentar e diminuir, desenvolver e regredir, conservar e transformar.

Denota-se, portanto, que os fenômenos da Globalização e da Transnacionalidade ofertam a transformação econômica, social e ambiental e, igualmente, obrigam a se perguntar pelas questões de seus fundamentos e, se as instituições garantem seu exercício e seus limites, diante dos diferentes contextos sociais e econômicos decorrentes e diferentes ou transformados no transpassar dos Séculos XIX a XXI (CRUZ, 2009, p. 06.).

Assim, a proposta de Sociedade mundial impõe a ideia de “Sociedade não-territorial, não-integrada, não-exclusiva, o que não quer dizer que esta forma de diversidade social e da diferença cultural não possui ou conhece nenhum vínculo local”, eis que na vida social transnacional vê-se a possibilidade de aproximação social, nem sempre constatada a aproximação geográfica ou espacial e, igualmente, verifica-se a distância social, que nem sempre denota a existência de distância geográfica (BECK, 1999, p. 185).

Deve-se, também, observar que devem ser respeitados os contextos econômicos, sociais e ambientais, estes últimos garantidos por uma transformação mundial que visa garantir o equilíbrio entre o desenvolvimento e a sobrevivência do meio ambiente e do próprio homem, que será abordado em seguida.

2 DIMENSÃO ECONÔMICA, SOCIAL E AMBIENTAL NO MUNDO ATUAL

A humanidade “caminha de forma acelerada rumo à constituição de uma única Sociedade mundial”, resultado da dispersão das pessoas nos continentes, regiões ou Estados-nação, entretanto, movem-se entre estes mesmos espaços as culturas, tradições, modos de produção, formas políticas, religiões e códigos éticos. Por isso, há conflitos entre os povos e choques de civilizações, mas que devem ser verificadas garantias, por um consenso mínimo,

¹² “*Em el discurso dominante, muy propio de algunos sectores interesados en consolidar una determinada interpretación del desarrollo sostenible, lo que se nos planteason una serie de opciones, aparentemente inexorables. O nos desarrollamos o volvemos a las cavernas. Pero esto no es así, con toda seguridad va a resultar preciso, a la vez, globalizar y desglobalizar, crecer y decrecer, desarrollar e involucionar, conservar y transformar.*” (FERRER, 2012, p. 5).

para que essas civilizações possam conviver em paz e em solidariedade¹³, oportunizando-se assim a convergência de diversidades, eis que “a humanidade é parte de um vasto universo em evolução”, e a “Terra é o nosso lar”, segundo destaca Boff (2004, p. 9 e 117).

A solidariedade ou a solidariedade coletiva pode ser o princípio basilar para a compreensão da comunidade local e global acerca da necessidade de regular o direito que põe os interesses coletivos acima dos individuais ou parciais, conforme defende Ferrer (2012, p. 10)¹⁴:

A comunidade de destino e de juro que nos impele para a Sociedade global impõe o primado da solidariedade planetária em nossos relacionamentos, como já foi dito na Declaração do Rio e da solidariedade inexoravelmente exigem a imposição de regras, porque, como eu disse em outros momentos, o direito e o direito público, mais propriamente, nada mais é do que a que impõe a solidariedade coletiva acima dos interesses individuais ou parciais. Esse é o fundamento do direito de sustentabilidade (grifo nosso).

Os espaços públicos transnacionais mostram-se adequados para conjugação entre direitos humanos, sustentabilidade e o princípio da solidariedade, eis que emerge a necessidade da Sociedade caminhar para a construção de novos espaços, a partir da perspectiva de ampliação da esfera da influência da experiência das Sociedades democráticas para além das fronteiras nacionais em face de necessidades jurídicas, econômicas, sociais e ambientais que interessam a cada pessoa e ao mundo.

A “intensificação das relações sociais em escala mundial” definem a Globalização e a forma como os acontecimentos em diversas localidades passam a ser conhecidas por outras. Assim, a modificação ocorrida numa localidade vizinha, influencia localidades próximas (GIDDENS, 1991, p. 69).

Nesse cenário, o mercado mundial, mesmo operando a distância, interfere na vizinhança que, por vezes, a desconhece, resultando num “conjunto generalizado de mudanças atuando numa direção uniforme, mas consistente em tendências mutuamente opostas”, como a impossibilidade de competição dos produtos locais com produtos comercializados em escala

¹³ Aponta Ferrer que “O fundamento ético e também, de uma outra perspectiva, **o princípio jurídico que deve regular a articulação desse direito, é a solidariedade.** Em ambas as dimensões, a solidariedade é a pedra angular sobre a qual deve-se construir uma sociedade global que está chegando ao direito que deve ordenar”. (“*El fundamento ético y también, desde otra perspectiva, el principio jurídico que debe presidir la articulación de este derecho, es la solidaridad. En ambas dimensiones, la solidaridad es el pilar sobre el que construir la sociedad global que se acerca y el derecho que deberá ordenar la*”). (FERRER, 2012, p. 9, grifo nosso).

¹⁴ “*La comunidad de destino e intereses que nos impulsa hacia la sociedad global impone la preminencia de la solidaridad planetaria en nuestras relaciones, tal como ya se manifestaba en La Declaración de Río y esa solidaridad requerirá inexorablemente de reglas que la impongan, pues, como he dicho en otras ocasiones, el Derecho, el Derecho público más propiamente, no es otra cosa que aquél que impone la solidaridad colectiva por encima de los intereses parciales o individuales. Ese es el fundamento del derecho de la sostenibilidad.*” (FERRER, 2012, p. 10).

mundial e, resultando, igualmente, no empobrecimento dessa comunidade e nas suas consequências (GIDDENS, 1991, p. 70).

As lutas sociais e políticas nascidas no Século XX, segundo aponta Grau (2005, p. 5), marcou o desejo de se ver restringidos o acúmulo de riquezas que “terminou sob a ameaça de desestruturação do Estado do Bem-Estar, do achincalhamento dos direitos civis e da regressão à barbárie nas relações interestatais”.

Notadamente, pela Globalização, as finanças, o comércio e a indústria de informação globais se fortalecem com a fragmentação política dos Estados, porque todos têm interesses nos ‘Estados fracos’ – porque estes continuam sendo Estados e, de forma deliberada ou subconscientemente, esses interEstados, instituições supralocais, permitem o agir com consentimento do capital mundial; os Estados fracos são precisamente de interesse da Nova Ordem Mundial para sustentar e reproduzir a realização de negócios das empresas globais (BAUMAN, 1999, p. 75-76).

Na economia globalizada, os Estados nacionais somente podem melhorar sua capacidade competitiva internacional, segundo aponta Habermas (2001, p. 67-69), se houver autolimitação da atuação estatal, com base em duas teses: modificação da estrutura do sistema econômico mundial por força da Globalização; e limitação da atuação estatal dos Estados nacionais com menos protecionismo e mais voltada para a política econômica e para a demanda. Portanto, a Globalização da economia elimina os compromissos do Estado Social, porque inerente ao capitalismo.

No entendimento de Bauman (1999), a Globalização emancipa e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade, desnudando o território, no qual muitas pessoas continuam confinadas. Assim, para alguns, ela é sinônimo de liberdade e, para outros, prenuncia ou impõe a impossibilidade de mudar-se para outro lugar. Portanto, a mobilidade é a libertação em relação ao físico.

Entende Habermas (2001, p. 95-97) que a Globalização pesa sobre a coesão das comunidades nacionais, eis que os mercados globais impulsionam o consumo, a comunicação e o turismo em massa, assim como, a difusão mundial com encaminhamento a uma ‘pressão uniformizante de uma cultura mundial material’, decorrente de contatos interculturais e ligações multiétnicas, direcionando-se para uma tendência à individualização e desenvolvimento de ‘identidades cosmopolitas’.

A passagem lógica da distribuição de riqueza para a lógica da distribuição de riscos para a Sociedade ocorre na modernidade tardia e vem acompanhada da produção social de

riscos¹⁵, segundo explica Beck (2010, p. 23-24 e 26.), na medida em que estes se impõem, conduzidos por um histórico pensamento e ação que é relativizado ou recoberto por um outro, reforça o conceito de ‘Sociedade industrial’ ou de ‘classes’, logo, norteia e reforça a questão de como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma desigual e legitima o que se pode definir como Sociedade de risco, a qual se apoia fundamentalmente na ideia da solução de um problema similar, todavia, diferente, porque os riscos do desenvolvimento industrial são tão antigos quanto ele mesmo.

Na análise de Habermas (apud HABERMAS, 2004, p. 78-79), as Sociedades pós-industriais estão organizadas em dois andares, cada qual com “regras e modos de desenvolvimento” diferentes, sendo que essa passagem sublinha a “irreducibilidade de dois domínios cognitivos, o econômico e o social”. Assim, os domínios e o mundo da vida são “heterogêneos”, e o desafio é retrair os interesses particulares, eis que a “verdadeira ameaça” é o sistema que possa manter tendência a “colonizar o mundo da vida” e, se bem-sucedido, “as máquinas dogmática, econômica e burocrática desbancariam o potencial emancipador de racionalidade corporificado nas instituições democráticas”.

Portanto, o Século XXI já nasce com o compromisso com o desenvolvimento sustentável, como alerta Demajorovic (2003, p. 9-14.), em que as ações para esse fim devem considerar a complexidade com a relação com o meio ambiente, com premissas que consideram a eficiência econômica com justiça social e cuidados com a ecologia, bem como, com estratégias que viabilizam a economia e a ecologia, com redefinição da relação sociedade e natureza decorrentes de mudanças no processo civilizatório, formado com práticas educativas

¹⁵ Beck (2010, p. 25 e 27) explica e define risco em 5 teses: “[...] É certo que os riscos não são uma invenção moderna. [...]. Mas o desmatamento contemporâneo acontece globalmente – e na verdade como conseqüências sociais e políticas inteiramente diversas. [...]. (1) Riscos, da maneira como são produzidos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas – refiro-me, em primeira linha, à radioatividade, [...], também, às toxinas e poluentes presentes no ar, na água e nos alimentos e aos efeitos de curto e longo prazo deles decorrentes sobre plantas, animais e seres humanos –, diferenciam-se claramente das riquezas. [...]. (2) Com a distribuição e o incremento de riscos, surgem situações sociais de ameaça. [...] os ricos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles. [...]. (3) Ainda assim, a expansão e mercantilização dos riscos de modo algum rompem com a lógica capitalista de desenvolvimento, [...]. Riscos da modernização são big business. Eles são as necessidades insaciáveis que os economistas sempre procuram. [...]. (4) Riquezas podem ser possuídas, em relação aos riscos, porém, somos afetados, ao mesmo tempo, eles não são atribuídos em termos civilizatórios. [...]. Consequentemente, o potencial político da Sociedade de risco tem de ser desdobrar numa sociologia e numa teoria do surgimento da disseminação do conhecimento sobre os riscos. (5) Riscos socialmente reconhecidos, de maneira como emergem claramente, pela primeira vez, no exemplo das discussões em torno do desmatamento, contêm um peculiar ingrediente político explosivo: aquilo que até há pouco era tido apolítico torna-se político – o combate às “causas” no próprio processo de industrialização. [...]. Emerge na Sociedade de risco, em pequenos e em grandes saltos – em alarmes de níveis intoleráveis de poluição, em caso de acidentes tóxicos, etc. –, o potencial político das catástrofes. [...]” (grifo nosso).

com sentimento de ‘corresponsabilização’ e valores éticos¹⁶ para garantir-se a construção de uma Sociedade sustentável, sem se perder de sua cultura e sua forma de organização, mas, com preocupação nas suas limitações ecológicas diante da crescente internacionalização da questão ambiental e seus reflexos na Sociedade, que se avaliará em seguida.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A Responsabilidade Civil ambiental possui característica de caráter reparatório, objetivando a recomposição do *status quo* do meio ambiente danificado, se esta for possível, ou indenização pelo dano provocado, que deve ser apurada em processo judicial de natureza civil, de competência do Poder Judiciário.

Entende-se que a interdisciplinaridade¹⁷ ou multidisciplinaridade¹⁸ são fatores que geram dificuldades de chegar-se à responsabilidade por dano ambiental; e, para diferenciar a responsabilidade civil da responsabilidade penal ou administrativa por danos ambientais, por vezes, gera também confusão, porque há visível separação entre as esferas legislativas nas quais são definidas a responsabilização por dano ao meio ambiente. Portanto, cada um dos três âmbitos de responsabilidade tem características próprias, é regido por normas específicas, portanto são independentes entre si, resultando em sanções próprias.

Observe-se, assim, que a sanção aplicável ao dano ambiental pode ser de moral, com aplicação de advertência; patrimonial, com aplicação de multa ou a indenização decorrente da responsabilidade civil; ou ainda, a limitação da liberdade.

¹⁶ “O Ethos, traduzido em cuidado, cooperação, corresponsabilidade, compaixão e reverência, salvará, ainda uma vez, a humanidade, a vida e a Terra. [...] Três problemas suscitam a urgência de uma ética mundial: a crise social, a crise do sistema de trabalho e a crise ecológica, todas de dimensões planetárias” (BOFF, 2004, p. 10 e 12).

¹⁷ **Interdisciplinaridade: Perspectiva de articulação interativa entre as diversas disciplinas no sentido de enriquecê-las através de relações dialógicas entre os métodos e conteúdos que as constituem.** A interdisciplinaridade parte da ideia de que a especialização sem limites das disciplinas científicas culminou numa fragmentação crescente do conhecimento. Dessa forma, pela interdisciplinaridade há um movimento constante que inclui a integração entre as disciplinas, mas a ultrapassa - o grupo é mais que a simples soma de seus membros. Supõe troca de experiências e reciprocidade entre disciplinas e áreas do conhecimento (Educa Brasil, 2013, grifo nosso).

¹⁸ **Multidisciplinaridade: Conjunto de disciplinas a serem trabalhadas simultaneamente, sem fazer aparecer as relações que possam existir entre elas, destinando-se a um sistema de um só nível e de objetivos únicos, sem nenhuma cooperação.** A multidisciplinaridade corresponde à estrutura tradicional de currículo nas escolas, o qual encontra-se fragmentado em várias disciplinas. De acordo com o conceito de multidisciplinaridade, recorre-se a informações de várias matérias para estudar um determinado elemento, sem a preocupação de interligar as disciplinas entre si. Assim, cada matéria contribuiu com informações próprias do seu campo de conhecimento, sem considerar que existe uma integração entre elas. Essa forma de relacionamento entre as disciplinas é considerada pouco eficaz para a transferência de conhecimentos, já que impede uma relação entre os vários conhecimentos (Educa Brasil, 2013, grifo nosso).

A responsabilidade administrativa fundamenta-se na capacidade que têm as pessoas jurídicas de direito público de impor condutas aos administrados. Esse poder administrativo é inerente à Administração de todas as entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – e nos limites das respectivas competências institucionais.

A responsabilidade criminal emana do cometimento de crime ou contravenção, ficando o infrator sujeito à pena de perda da liberdade ou pena pecuniária; logo, há dois tipos de infração penal: o crime e contravenção.

Já a responsabilidade civil impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta ou atividade. Pode ser contratual, quando se fundamenta num contrato ou extracontratual, quando decorre de exigência legal ou responsabilidade legal, ou mesmo, de ato ilícito que define a responsabilidade por risco.

3.1 PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO UM DIREITO HUMANO TRANSFRONTEIRIÇO

Atualmente, a maior busca da humanidade é a efetivação dos direitos humanos, representado pela relação entre o direito à vida em ambiente ecologicamente equilibrado e do direito ao desenvolvimento, conforme nos relata Schwenck (s/d, p. 01):

Pode-se afirmar que a relação se centra em dois aspectos: em um primeiro momento, a proteção do meio ambiente como forma de se conseguir o cumprimento dos direitos humanos, vez que o entorno ambiental, se lesado, contribui diretamente para a infração de direitos reconhecidos internacionalmente, como o direito à vida, à saúde, ao bem-estar, ao desenvolvimento sustentado. E, em um segundo momento, os direitos ambientais dependem do exercício dos direitos humanos para se efetivarem. Através do direito à informação, à liberdade de expressão, à tutela judicial, à participação política no Estado em que vive, enfim, no exercício da cidadania, poder-se-á reivindicar direitos relativos ao meio ambiente.

Na linha evolutiva da proteção jurídica ambiental, em nível internacional, a afirmação de um direito humano ao meio ambiente se fez presente nas Declarações de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (1992)¹⁹, também nas Convenções de Montego Bay (1982), de diversidade biológica (1992), dentre outras. A confirmação desse direito fundamental ao meio ambiente exige mecanismos capazes de garantir a efetivação de tal direito, assim as normas também deverão apontar os instrumentos necessários para consolidação de tal direito. Na análise de Silva (2013, n.p.):

Esses mecanismos, aliás, vinculam-se às obrigações – negativas e positivas – que pesam sobre os Estados, no sentido de “favorecer o progresso social e instaurar melhores condições de vida”, nos termos da Declaração Universal dos Direitos do

¹⁹ De 3 de junho a 14 de junho de 1992, foi realizada na cidade do Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), e, popularmente, como Rio 92.

Homem (1948). Nesse sentido, o direito ao ambiente, como todo direito humano, deve ser afirmado progressivamente, diante do que poderíamos chamar de “ética” ou de “cidadania ambiental”.

Trindade (1993) aborda a questão da necessidade de um tratamento sistematizado e associado aos temas da proteção ambiental e humana, expondo que:

Embora tenham os domínios da proteção do ser humano e da proteção ambiental sido tratados até o presente separadamente, é necessário buscar maior aproximação entre eles, porquanto correspondem aos principais desafios de nosso tempo, a afetarem em última análise os rumos e destinos do gênero humano (TRINDADE, 1993, p. 23).

O direito à vida está intrinsecamente ligado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo ambos direitos fundamentais que devem ser garantidos pelos Estados. Assim, os Estados assumem obrigações a fim de assegurar a efetivação de tais direitos fundamentais. O direito fundamental à vida reflete a indivisibilidade e a inter-relação de todos os direitos humanos, expressando o direito de cada indivíduo e também o direito de todas as pessoas ou todos os povos. Trindade (1993, p. 75) ressalta “a salvaguarda do direito à vida de todas as pessoas, assim como das coletividades humanas, com especial atenção às exigências da sobrevivência dos grupos vulneráveis, como os pobres e desamparados [...]”.

Um dos instrumentos para se contextualizar os meios de proteção ambiental advém da noção de prevenção e precaução, princípios estes adotados em âmbito internacional. O princípio da prevenção, em similitude com o princípio da precaução, tem por objetivo impedir a ocorrência do dano ambiental através da adoção de medidas preventivas.

Padilha (2010, p. 253) estabelece uma diferença entre precaução e prevenção:

Seguindo o sentido exato das palavras, prevenção é antecipar-se, chegar antes, é antecipação do tempo com intuito conhecido. Por sua vez, precaução significa precaver-se, tomar cuidados antecipados com o desconhecido, agir com cautela evitando efeitos indesejáveis.

Pode-se afirmar que precaução tem um sentido mais restritivo do que a prevenção, ou melhor, aquela está contida nesta. Canotilho e Leite (2010, p. 73), argumentam que “o princípio da prevenção implica então a adoção de medidas previamente à ocorrência de um dano concreto, cujas causas são bem conhecidas, com o fim de evitar a verificação desses danos ou, pelo menos, de minorar significativamente os seus efeitos”.

O princípio da prevenção do dano ambiental transfronteiriço, de acordo com Ruiz (2000, p. 248), constitui uma obrigação juridicamente exigível, suscetível de gerar responsabilidade em caso de violação. Entretanto, o autor reconhece que a sua generalidade torna difícil sua exigência em casos concretos, pois falta clareza sobre "a definição de dano

ambiental, a determinação de padrão de diligência aplicável, a delimitação das consequências da violação cometida e a extensão de sua eventual reparação".

A proteção ambiental também deve ser analisada junto ao contexto da globalização, uma vez que os recursos naturais pertencem a toda a humanidade, extrapolando qualquer limite territorial ou a soberania de cada país. A solidariedade, conforme já abordado no presente artigo, desperta a necessidade de regular interesses coletivos, antes e acima, dos interesses individuais e/ou parciais, trazendo a possibilidade de garantir a sobrevivência das diversas e futuras gerações de todas as nações.

A propósito, a Declaração do Rio-92 traz a ideia de solidariedade mundial, sendo que a solidariedade atrelada à ideia de sustentabilidade quebra o paradigma da individualidade porque o bem jurídico ambiental é coletivo e não pode ser ofendido como um bem jurídico individual. O meio ambiente até pode se recuperar de um dano ou atentado ambiental, mas não autoriza por isso, que todos busquem de forma contínua a degradação do meio ambiente, porque a vida de todos será afetada de forma imediata e com reflexos ao longo do tempo que afetam gerações atuais e futuras.

Segundo Trindade (1993, p. 50), a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio-92, veio confirmar essa tendência progressiva de internacionalização rumo à globalização, da proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, podendo ser comprovada através da “emergência de obrigações *erga omnes* e os consequentes declínio e fim da reciprocidade”. A reciprocidade existente no campo dos direitos humanos é substituída pela noção de garantia coletiva e ordem pública. O Princípio 1º da Declaração da Rio-92 menciona que “Todos os seres humanos têm o direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”.

Conclui-se, por isso, que a conscientização da necessidade do desenvolvimento sustentável em termos globais depende da participação de todos os povos e de todos os países. Somente assim, será possível a proteção ambiental e, conseqüentemente, a proteção do direito fundamental à vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade, segundo apontado por Boff (2004), cresce e amplia seu espaço de ocupação que vai para além do Estado-nação e leva consigo sua cultura, sua religião, seu modo de vida e de produção, assim como, sua concepção ética.

Nesse movimento, cada povo busca manter seus princípios e modos de ser, resultando em conflitos decorrentes de choques de civilizações; logo, para garantir-se um bem viver, é necessário um consenso mínimo, para que se possa ter paz e solidariedade entre os povos e para que se possa obter convergência das diversidades, porque nesse cenário de evolução, não há outra opção, já que a Terra é o nosso lar e se caminha de “forma acelerada rumo à constituição de uma única Sociedade mundial” (BOFF, 2004, p. 9).

O mundo nasce a cada dia num processo de evolução, movimento esse, que implica em evoluções, regressos e crises, sejam de ordem econômica, cultural, tecnológica, social, jurídico e ambiental, dentre outros.

Percebe-se que no transpassar dos Séculos XIX a XXI, o mundo evoluiu com tamanha velocidade que os fatos atropelam o próprio tempo, fatos esses, atrelados à evolução tecnológica e humana. Todavia, os fatores econômicos que impulsionaram a evolução, deixaram marcas no meio ambiente e na mesma medida impuseram riscos sociais e ambientais à humanidade.

Na modernidade, os direitos humanos nascem como direitos fundamentais, mas como um direito nacional interno, e a universalidade desses direitos, mesmo anterior a estes, diversamente, a internacionalização dos direitos humanos é mais recente, nascido após a Segunda Guerra Mundial, decorrente do desejo de não ter-se mais guerras de iguais proporções.

Na chegada do século atual, vê-se que este vem acompanhado de produção social e de riscos ambientais, conduzidos por um histórico pensamento do conceito de “Sociedade industrial’ ou de “classes”, reforçado pela distribuição de riquezas de forma desigual e legítima, o que se define como Sociedade de riscos decorrentes do desenvolvimento industrial.

Como premissa inicial, deve-se ter consciência de que os fatos locais interferem no mundo global, fenômeno denominado de Globalização. Por conseguinte, a Transnacionalidade nasce com o propósito de regular e harmonizar as relações mundiais e locais, nas questões econômica, social, política, cultural, jurídica e ambiental.

Confirma-se que na atualidade, surge a necessidade de conscientização da humanidade para o desenvolvimento sustentável em termos globais, e essa perspectiva de desenvolvimento e sustentabilidade depende da participação de todos os povos, de todos os países, pois só assim será possível concretizar-se a proteção ambiental e, conseqüentemente, políticas e ações em prol da proteção do direito humano e fundamental da vida.

Notadamente, a transformação das Sociedades humanas tem-se caracterizado essencialmente por uma evolução tecnológica e alterações socioeconômicas, não tendo sido acompanhadas por uma mudança correlata dos processos, de raciocínio que fundamentam e

condicionam a ação humana, de maneira específica neste trabalho, as instituições da Ciência Jurídica, porque ideias muito antigas continuam a acompanhar-nos.

Atualmente, é perceptível que o mundo está mais complexo, ao mesmo tempo também, que as nossas ações e a compreensão destas evoluções exigem uma adaptação do pensamento em nível Transnacional.

Assim, o Século XXI se inicia com a perspectiva de crise e se confirma uma crise mundial atual ora vivida e, por isso, surge a necessidade de transformação do Estado Democrático de Direito, diante da ausência de respostas do Estado às necessidades da Sociedade. Logo, este Século já nasce com o compromisso de construção de uma Sociedade democrática e sustentável, com valores éticos e garantia dos direitos humanos. Para isso, é necessária a preocupação com a questão ambiental como uma proposta inicial de harmonização do mundo globalizado e transnacional.

Compreendido isto, destaca-se que, para que ocorra a justiça social tão almejada, requer-se medidas de Governança Transnacional e compreendê-la como uma Instituição ‘intra-muros’, isto é, no contexto além do Estado. Para tanto, deve-se entender as fases por ela passada: antes da criação do Estado, com o Estado, no Estado de Direito e no Estado de Direito Constitucional, observando qual a sua influência e sua definição em cada momento e de acordo com as necessidades da humanidade.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. Estado de direito e Estado constitucional: qual o dever de sua função social contemporânea diante da globalização econômica? In: PASOLD, Cesar Luiz. **Primeiros ensaios de teoria e da constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: *Globalization: The human consequences*.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Paz e Terra, 2010. Título original: *Risikogesellschaft: auf dem weg in eine andere moderne*.

_____. Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: *Was ist globalisierung? Irrtümer des globalismus: antworten auf globalisierung*.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio. Repensar a democracia. **Revista jurídica FURB**. Blumenau, v. 13, n. 25, jan/jun. 2009a.

_____. Repensar a democracia. In: CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí, 2011.

_____. SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno. In: _____. _____. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí, 2011.

_____. Soberania e globalização: antagonismo e consequências. In: _____. _____. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí, 2011.

DEMAJOROVIC, Jaques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa**. São Paulo: Editora Senac, 2003.

EDUCA BRASIL. Disponível em:

<<http://www.educabrasil.com.br/eb/dic/dicionario.asp?id=327>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

ERIKSEN, Thomas Hylland. "Introduction". In: ERIKSEN, Thomas Hylland (Org.) **Globalisation: Studies in Anthropology**. London: Pluto, 2003.

FERRER, Gabriel Real. Transnacionalidade, sustentabilidade e transformações do direito. Título original: Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. **Seminário de Engenharia Transnacional e Sustentabilidade** (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI, em 24 e 25 de setembro de 2012.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Novos direitos fundamentais e demandas transnacionais. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza-CE, nos dias 09, 10, 11 e 12 de julho de 2010.

GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. Título Original: The consequences of modernity.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Reconstruindo o Terrorismo. In: HABERMAS, Jürgen. **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida/ Giovanna Borradori**. Tradução Roberto Muggiatti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. Título Original: Philosophy in a time of terror (dialogues with Jürgen Habermas e Jacques Derrida).

_____. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução Márcio Seligmann-Silva, São Paulo: Littera Mundi, 2001. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: Die postnational konstellation: politische essays.

LYON, David. **Pós-modernidade**. Tradução Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 1998. Título original: Postmodernity.

MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg - a formação do homem tipográfico**. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1967.

MEAD, Walter Russel. **Poder, terror, paz e guerra: os Estados Unidos e o mundo contemporâneo sob ameaças**. Tradução Bárbara Duarte. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. Título original: Power, terror, peaceandwar: America's grand strategy in a world at risk.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

MÜLLER, Frederich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ONG, Aiwah. **Flexible citizenship: The cultural logics of transnationality**. Durham: University of North Carolina, 1999. Gustavo Lins Ribeiro oferece uma definição semelhante da perspectiva de um antropólogo. In: RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**. In: Gustavo Lins Ribeiro. **Cultura e política no mundo contemporâneo**. Brasília: Editora UNB, 2000.

_____. **Flexible Citizenship: The Cultural Logics of Transnationality**. Durham: University of North Carolina, 1999.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RUIZ, José Juste. **Los principios fundamentales del derecho internacional ambiental**. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) **Dimensão internacional do Direito**. São Paulo: LTr, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental: na Dimensão Internacional e Comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHWENCK, Terezinha. **Direitos Humanos Ambientais**. Disponível em: <<http://www.fadipa.br/pdf/schwenck.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

SEIGEL, Micol. **Beyond Compare: Comparative Method after the Transnational Turn**. In: **Radical History Review**, nº 91, Winter, 2005.

SILVA, José Antonio Tietzmann. **A Consagração do Direito ao Meio Ambiente enquanto jus cogens Internacional, a partir do caso "fray bentos" (cij, 20.04.2010)**. Não paginado. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:oTfds8ZmHpQJ>>.

professor.ucg.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13760/material/Tietzmann%2520-%2520Wien%2520-%2520Site%2520Docente.docx+SILVA,+Jos%C3%A9 +Antonio +Tietzmann.+A+Consagra%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+ao+Meio+Ambiente&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESguwQfOobatoRfdTjeDDBBo25HjfXGPU-jg4IBcwBhSLh6PYHA5TAYh8rkXPfb-VIACQi-h_naitgQMX7RpZHqNaHwACkhPhPb6eKaML-wpFc7YK0XUtMAoqOCd9w0N92IHsdW&sig=AHIEtbTWQowJOqmFMg_vd3KKTi34TJdA5g>. Acesso em: 15 mar. 2013.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO BRASILEIRO À LUZ DA POLÍTICA CLÁSSICA

GHISLENI, Giancarlo Maturano²⁰.

RESUMO

O presente trabalho científico teve como objetivo geral contribuir com a disseminação de conhecimento científico e demonstrar a complexidade do Estado contemporâneo e o posicionamento da filosofia política quanto ao assunto ao tratar de um estado ideal. Para tanto, foi utilizado o método de pesquisa indutiva, a partir de premissas que induzem a conclusão de que os Estados, ao estenderem suas atividades, podem assumir o papel de inoperantes e ineficazes, mediante a premissa de que os estados, para serem bem geridos devem ser reduzidos, levando-os a uma menor complexidade. Os resultados desta discussão apontam que o porte é um dos grandes percalços enfrentado pelos estados, pois a extensão de seus governos pode levá-los fatalmente à ruína.

Palavras-chave: Filosofia. Política. Estado.

INTRODUÇÃO

O objetivo desse artigo é demonstrar a complexidade do Estado contemporâneo e o posicionamento da filosofia política quanto ao assunto ao tratar de um estado ideal. O método utilizado é o indutivo, a partir de premissas que induzem a conclusão de que os Estados, ao estenderem suas atividades, podem tornar-se inoperantes e ineficazes, exatamente na contramão daquilo que a filosofia política já alertava, ou seja, que os estados para serem bem administrados devem ser pequenos, o que os levam a ser menos complexos.

1 DO ESTADO DE NATUREZA E O ESTADO CIVIL

Rousseau já advertia a respeito de que a verdadeira liberdade não é aquela do estado de natureza, mas aquela que é fruto da convivência no seio social e depois materializada pela existência de um estado que a assegure. Por isso, o homem vive mais livre em estado civil e até prefira o estado civil ao estado de natureza. Há sobre o estado de natureza, vários pontos de vista, como veremos.

²⁰ Graduado em Ciências jurídicas e sociais | Especialista em Direito Constitucional.

Hobbes (1651) dá os primeiros passos inaugurando o contratualismo. Ao tratar do estado de natureza, o autor o vê como um momento pré-contrato onde o homem não encontra qualquer limite artificial a sua vontade, podendo qualquer homem ceder a suas paixões negativas porque não há ou houve um limite artificial (Estado) que lhe impeça de dar vazão a suas paixões. Conclui assim que a inexistência de limitação artificial pode acarretar um estado de guerra constante entre aqueles que se predispõem a viver no estado de natureza.

Para Hobbes (1651), o estado de natureza é, portanto, uma situação de ‘não-estado’, uma situação que precede a criação do Estado. Uma das consequências desse estado de natureza é

[...] que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o meu e o teu; só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo. É pois esta é a miserável condição em que o homem realmente se encontra, por obra da simples natureza. Embora com uma possibilidade de escapar a ela, que em parte reside nas paixões, e em parte em sua razão (HOBBS, 1651, p. 47).

Rousseau (2003), no Manuscrito de Genebra, uma primeira versão do Contrato Social, não chega às mesmas conclusões que o autor inglês, pois afirma que o homem em seu estado de natureza era dotado de paz e inocência originária (ou ignorância originária) e que a convivência em sociedade o deturpou. Para concluir seu pensamento nesse sentido, o autor justifica a existência de duas liberdades: a natural, a de um estado de natureza, e a civil, fruto da convivência do homem em sociedade:

Essa passagem do estado da natureza para o estado social produz no homem uma mudança notável, ao substituir no seu comportamento o instinto pela Justiça, ao dar às suas ações um significado moral que antes não tinham. Só então, quando a voz do dever toma o lugar do impulso físico, e o direito substitui o apetite, o homem, que até então só levava em conta a si mesmo, descobre que está obrigado a agir segundo outros princípios, e a consultar a razão antes de obedecer às suas inclinações pessoais. Mas, embora nesse estado não tenha algumas das vantagens proporcionadas pela natureza, ele se beneficia de outras mais importantes, exercita e desenvolve suas faculdades, amplia suas idéias, enobrece seus sentimentos e eleva toda a sua alma a um ponto tal que, se o abuso da sua nova condição não o degrada a uma situação inferior à de antes, deveriaabençoar o momento feliz que dela o afastou para sempre, transformando-o de um animal estúpido e limitado em um ser inteligente - em um homem.

Convém reduzir essa avaliação a termos facilmente comparáveis. O que o homem perde com o contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que lhe é necessário; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que tem. Para que não nos equivoquemos nessa avaliação, é preciso distinguir perfeitamente a liberdade natural, que só encontra limite na força do indivíduo, da liberdade civil limitada pela vontade geral; e a posse, ou o direito do primeiro ocupante, que só depende da força, da propriedade que se baseia em um título jurídico (ROUSSEAU, 2003, p. 5).

Pontua o autor nessa passagem que, a partir da passagem do estado natural ao estado civil, o homem ganha a liberdade civil, abrindo mão da liberdade natural, aquela limitada pela

volunté générale.

Melhor explicitando o pensamento de Rousseau (2005, p. 165) quanto ao estado natural, ele afirma que em tal estado, os homens são felizes porque vivem em isolamento e no estado de autarquia²¹, não tendo outras necessidades que as dos animais.

Pinzani (2009, p. 120), ao trabalhar o tema de estado originário em Rousseau, afirma que “no estado originário o homem não nutre sentimentos hostis para com os outros (contrariamente ao estado de natureza hobbesiano), mas nem por isso ele é bom num sentido positivo, ele não ama os outros que lhe são, antes, indiferentes”.

Ainda, o mesmo autor afirma que é necessário melhores reflexões sobre o fato de alguns autores considerarem que Rousseau entenda o estado originário como um estado onde o homem é bom, desprovido de qualquer maldade. Ao contrário, afirma o autor que o homem é

[...] dominado pelo amor de si mesmo que não deve ser confundido com o amor próprio. O primeiro é de um sentimento natural que leva todo animal a velar pela própria conservação e que no homem dirigido pela razão e modificado pela piedade produz a humanidade e a virtude. O segundo é um sentimento nascido na sociedade e é a causa de inúmeros males [...] (PINZANI, 2009, p. 120).

Por sua vez, Locke (1998), ao tratar do estado de natureza considera que o homem nesse estado vive em estado de plena liberdade, num estado de igualdade para com os demais, sendo que todos, com o uso da razão, não devem lesar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nos seus bens.

No Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos, Locke (2001, p. 83), adverte que o estado de natureza seria

[...] um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade. Um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano.

O autor, contudo, faz uma diferenciação entre o estado de liberdade e o estado de permissividade, mencionando que o estado de natureza é afeito ao primeiro, mas não ao segundo, porque o referido estado de natureza seria regido por um direito natural imposto a

²¹ A palavra autarquia tem origem no grego, através da fusão das palavras *autos* (reflexivo) e *arkhon* (o que comanda). Assim, seu significado seria o que comanda a si mesmo, o autossuficiente como é utilizado também na linguagem econômica.

todos pela razão, considerando que todos os homens são criaturas iguais e que esse motivo não permite a um que lese a outra em sua vida, saúde, liberdade e bens:

Entretanto, ainda que se tratasse de um “estado de liberdade”, este não é um “estado de permissividade”: o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém. Dotados de faculdades similares, dividindo tudo em uma única comunidade da natureza, não se pode conceber que exista entre nós uma “hierarquia” que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros, da mesma maneira que as ordens inferiores da criação são destinadas a servir de instrumento às nossas (LOCKE, 2001, p. 84).

Contudo, esse estado de natureza não se caracteriza como um estado de arbítrio onde poderia haver castigos ao seu igual, já que os homens vivem nesse estado em igualdade. Nesse sentido, o próprio governo civil seria o adequado para esses inconvenientes do estado de natureza onde os homens seriam os juízes de seus semelhantes (LOCKE, 2001).

Por sua vez, Kant (2010) fala sobre um estado de natureza em suas obras, não suscitando dúvida sobre seu real posicionamento a respeito do comportamento humano em estado de natureza. Aliás, sobre o assunto, em uma passagem da Paz Perpetua, o autor parece ser ‘hobbesiano’ quando fala sobre o estado de natureza do homem comparado aos Estados de natureza (não regulado) dos próprios Estados. Kant (2010, p. 66) adverte que, ainda que se

[...] possa duvidar de uma certa maldade enraizada na natureza humana de homens que vivem conjuntamente em um Estado, e, no lugar dela, poderia ser aduzida, com alguma verossimilhança, a falta de cultura ainda não suficientemente avançada (a selvageria) como causa das manifestações de seu modo de pensar contrárias à lei, no entanto ela se mostra inteiramente descoberta e incontroversa na relação exterior dos estados um com os outros.

Em outra passagem, na Metafísica dos Costumes, Kant questiona sobre o fato de que seria a experiência e, portanto, o conhecimento empírico, que demonstraria se o homem, em estado natural, é dotado de maldade, pois isso seria um juízo *a priori* (juízo que não acrescenta elemento a definição do sujeito). Ao mesmo tempo, o autor também afirma que só a experiência de um estado de coerção pública é que retira o direito de cada um fazer sua própria justiça de acordo com o que entende por justiça:

Não é decerto a experiência que nos ensina que, até que apareça uma legislação exterior dotada de poder, os homens tem como máxima violência e que, pela sua maldade, se combatem entre si; não é portanto um facto aquilo que torna necessária a coerção legal pública, mas, por muito que queira imaginar-se os homens como bons e

amantes do Direito, esta está sim ínsita a priori na ideia racional de um tal estado (do estado não-jurídico), que até que seja edificado um estado legal público, os homens, povos e Estados isolados não podem nunca estar seguros face a violência de uns contra os outros, e isto por causa do direito de cada um fazer o que lhe parece justo e bom, sem para tal depender da opinião de outro; portanto, a primeira coisa que cada um é obrigado a decidir, se quer renunciar a todos os conceitos de Direito, é o princípio: é necessário sair do estado de natureza em que cada um age como lhe dá na cabeça, e unir-se a todos os demais (com quem não se consegue evitar entrar em interação) para submeter a uma coerção externa legislada publicamente, portanto, entrar em um estado em que a cada um se determine por lei e se lhe atribua por meio de um poder suficiente (que não seja o seu próprio, mas um exterior) o que se deve ser reconhecido como seu, quer dizer, que deve entrar, antes de mais, num estado civil (KANT, 2011, p. 176-177).

A ideia de cada um desses autores deixa claro a existência de um estado de natureza e sua transposição para o Estado civil, um estado onde as pessoas passam a conviver sob uma limitação da liberdade do estado natural. O surgimento do Estado se dá posteriormente, quando se confere a um terceiro imparcial o poder sobre as pessoas que resolvem viver em sociedade civil, sob liberdades e deveres. Nesse momento, é que temos literalmente o nascimento do Estado em sua forma clássica, pois o período anterior, embora não se despreze opinião contrária, parecia-nos não passar de um contrato de defesa mútua entre privados (feudalismo).

2 O ESTADO BRASILEIRO

Quando o homem sai do estado de natureza e entra para o estado civil, transferindo posteriormente parte de seus direitos a um terceiro imparcial que dita as regras do direito e da moral e criando o Estado, a filosofia se vê, às vezes, com a tentativa de demonstrar como eles deveriam ser. Cada um dos autores tratados acima inclinam-se a um determinado ponto de vista a respeito do assunto.

Kant (2011), a despeito de seu universalismo, afirma que numa República²² as inclinações humanas de viver a liberdade do estado natural não inclinam a uma convivência duradoura. Sendo assim, a sociedade civil nascerá da própria incapacidade de viver nesse estado selvagem para um estado de coerção, por uma lei moral.

Já Rousseau (2008) vai apontar que essa coerção deve ser feita mediante um governo e que este deve ser forte para constranger aqueles que não desejarem obedecer à vontade geral. O autor afirma que, para um governo ser forte, ele deve ser obrigatoriamente pequeno, pois é dessa premissa que faz com que o governo tenha unanimidade de intenções e rapidez de ação.

²² Kant é tido como um representante do platonismo em razão de sua tentativa de moldar um modelo ideal de estado e esse modelo é denominado república. Nela os cidadãos são detentores de três propriedades: liberdade legal (autonomia do indivíduo para procurar seu modelo de felicidade), igualdade civil (perante a lei, compatível com a desigualdade econômica) e independência civil (condição para ser plenamente um cidadão).

Interessante a forma com que o autor constrói tal pensamento:

Entretanto, como acontecimentos mil podem vir a mudar as relações de um povo, não apenas diferentes governos são passíveis de serem bons para diversos povos, como também para o mesmo povo em diferentes épocas.

A fim de dar uma idéia das diversas relações capazes de imperar entre esses dois extremos, tomarei para exemplo a quantidade do povo, como uma relação mais fácil de exprimir.

Suponhamos seja o Estado composto de dez mil cidadãos. O soberano não deve ser considerado senão coletivamente e em corpo. Cada partícula; porém, na qualidade de vassalo, é considerado como indivíduo. Assim, o soberano está para o vassalo na proporção de dez mil para um, isto é, cada membro do Estado possui a décima milésima parte da autoridade soberana, embora esteja todo inteiro a ela submetido. Seja o povo constituído de cem mil homens, o estado dos vassallos não muda, e cada qual suporta igualmente todo o império das leis, ao passo que o seu sufrágio, reduzido a um centésimo-milésimo, é dez vezes menos influente na sua relação. Então, como o vassalo permanece sempre um, aumenta a relação do soberano em razão do número dos cidadãos; de onde se segue que quanto mais o Estado cresce, mais diminui a liberdade.

Quando eu digo que a relação aumenta, entendo que se afasta da igualdade. De maneira que quanto maior é a relação, no conceito dos geômetras, menos relação existe no conceito comum; no primeiro caso, a relação, considerada consoante a quantidade, é medida pelo expoente; e no segundo, considerada conforme a identidade, é avaliada pela similitude.

Ora, quanto menos as vontades particulares se relacionam com a vontade geral, isto é, os costumes, as leis, tanto mais deve aumentar a força repressiva. Portanto, para ser bom, deve o governo ser relativamente mais forte à medida que o povo seja mais numeroso (ROUSSEAU, 2008, p. 82).

Em outra passagem, o autor afirma ainda mais categoricamente, quando menciona a relação entre magistrados e governo e súditos e soberanos: “quanto mais o Estado se amplia mais o governo deve restringir-se, da mesma maneira que o número de chefes diminui em razão do aumento da população” (ROUSSEAU, 2008, p. 89).

3 O ESTADO BRASILEIRO FRENTE AO PENSAMENTO CLÁSSICO

Como se nota, aquilo que contemporaneamente tem sido adotado cotidianamente como remédio para os Estados, a exemplo do Estado brasileiro, tem sido exatamente seu veneno. Não há dúvidas de que os estados constitucionais têm cada vez mais ampliado sua área de atuação, incumbindo-se de mais e mais atribuições. No mais das vezes, é exatamente isso que tem feito com que haja crises ligadas ao capital, a exemplo do que ocorrera em 2008, na Europa e nos Estados Unidos.

A propósito sobre a crise de capital, é interessante um levantamento narrado por Ferguson (2013). O autor, quando inaugura um capítulo em sua obra sobre a economia Darwinista, aduz haver inúmeros autores que associam as instituições à economia. Para esses autores, como Bagehot, a economia só sobrevive se houver uma evolução da ‘espécie’ capaz

de fazer com que, a cada crise, essa evolução traga ao sistema econômico antídotos para combater o vírus implementado na espécie.

Para Ferguson (2013, p. 43), “como os animais selvagens do Serengeti, os indivíduos [...] estão [...] em [...] constante [...] competição por recursos finitos. A seleção natural opera, e assim toda a inovação (ou mutação, nos termos da natureza) florescerá ou perecerá dependendo do quanto se adapta ao ambiente”. O autor ainda aponta que o Estado, nos moldes atuais, é uma instituição que precisa ser reinventada por não mais se adaptar aos ‘novos ambientes’.

Os Estados, segundo o autor, precisam se tornar cada vez mais efetivos e menos complexos para se adaptarem ao mundo moderno e globalizado, pois as velhas soluções não são mais compatíveis com os novos modelos. O Excesso de burocracias, legislações e órgãos, a ampliação da atuação do estado em áreas que deveriam ser de única exploração privada, são alguns dos males que o autor aponta.

O excesso de regulamentação que toma conta dos sistemas do Estado brasileiro – essencialmente do sistema jurídico-tributário - e que se apresenta como a cura para enfrentar novos tempos de globalização do capital, pode ser exatamente o contrário, tornando o estado obsoleto, excessivamente burocrático como o é, levando-o à falência por impropriedade de suas técnicas de adaptação aos novos tempos, conforme prevê a teoria darwinista das instituições.

Philip K. Howard, advogado e escritor americano e líder da reforma legal nos Estados Unidos, afirmou categoricamente, que se precisava de uma ‘limpeza de primavera’ para eliminar a legislação obsoleta e da inclusão rotineira de ‘cláusulas de caducidade’ dentro das normas americanas. Todavia, isso não me parece ser algo estritamente ligado aos Estados Unidos da América, como veremos.

Note-se que o sistema jurídico brasileiro em muito se assemelha. O recente livro lançado em 2013, pelo advogado brasileiro Vinícios Leônico, como forma de protesto, reuniu tão somente as normas de direito tributário constando a existência anual de mais de 12 mil normas nos três planos federativos brasileiros (União, Estado, Distrito Federal e Municípios).

Em obra de outubro de 2013, coordenada por Amaral (2013), uma contagem das normas no Brasil chegou-se ao número de 4,7 milhões de normas. Somente na área tributária foram mais de 309 mil normas, tendo ocorrido mais de 15 reformas tributárias no estado brasileiro entre a constituição de 1988 e o ano de 2013.

É por isso que entendemos terem sido esquecidos alguns breves apontamentos sobre autores clássicos da literatura política, como Rousseau, que afirmam que a estrutura estatal do

Estado deve ter crescimento inversamente proporcional ao tamanho do povo. Alguns Estados na atualidade, com a ampliação de sua estrutura, muitas vezes na ânsia de promover igualdade, como é o caso dos subdesenvolvidos, nos quais os direitos sociais são uma bandeira hasteada, podem tornar-se insustentáveis e obsoletos.

Um dado por fim que reflete exatamente o que defendemos nesse artigo é que o governo brasileiro em 2013, para manter sua estrutura, gastou o triplo daquilo que previa para investimentos no país somente para manter a máquina pública em 2013. Indubitavelmente, são dados que, se não nos fazem tomarmos conclusões precipitadas, ao menos nos deixa em sinal de alerta.

CONCLUSÕES

Os clássicos da política que construíram o contratualismo deixaram-nos heranças que até hoje consideramos importantes não só no campo da política. Discussão sobre o início e as diferentes concepções do estado de natureza, a formação da sociedade civil e a formação do próprio estado e qual e como seria o modelo ideal sempre eram temas recorrentes em suas obras. A partir de instigante indagação, vimos que alguns autores clássicos da política trazem-nos respostas que nos colocam em reflexão sobre alguns pontos dos Estados atuais e que não pareciam ser aqueles que os clássicos políticos tratavam como ideal. Dentre as questões está o tamanho do Estado que na atualidade, proporcionalmente a sua territorialidade, aumenta também a sua complexidade em normas e instituições que se verticalizam para o controle uma das outras. A ampliação do estado com seus tentáculos, atingindo setores que até então geriam-se bem por sua própria conta, entendemos que acaba por torná-lo a longo prazo insustentável. Tal ponto pode ser hoje um dos grandes percalços enfrentado pelos estados, pois a extensão de seus governos podem levá-los fatalmente à ruína.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gilberto Luiz do; OLENIKE, José Eloi; AMARAL, Letícia Mary Fernandes do. **Quantidade de Normas adotadas no Brasil: 25 anos de Constituição Federal de 1988.** Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), 2013.

BAGEHOT, Walter. **Lombard street: A Description of the Money Market.** Londres, 1986.

FERGUSON, Niall. **A Grande Degeneração: A decadência do mundo Ocidental.** Tradução Janaína Marcoantonio. São Paulo: Planeta, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclisiástico e civil**. Paris, 1651.

KANT, I. et al. **À Paz Perpétua: um projeto para hoje**. Org. e trad. J. Guinsburg. São Paulo: Elos 55, 2004.

KANT, Immanuel. **A Paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2010.

_____. **A metafísica dos Costumes**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2011.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre Governo**. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. _____. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

O GLOBO. Máquina custa o triplo do que governo investe. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/maquina-custa-triplo-do-que-governo-investe-8437165>>. Acesso em: 2014.

PINZANI, Alessandro. **Filosofia Política II**. Florianópolis: UAB, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Sobre o Contrato Social (primeira versão) ou Ensaio sobre a Forma da República conhecido como Manuscrito de Genebra, In: **Rousseau e as Relações Internacionais**. Tradução Sérgio Bath. Brasília/São Paulo, Ed. da UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2003.

_____. **Do Contrato Social**. 2. ed. São Paulo: Ed. Escala, 2008.

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VL. Advocacia Empresarial Vinicios Leoncio. Disponível em: <<http://www.viniciosleoncio.com.br/noticia10.php>>. Acesso em: 2014.

O CRIME DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL E A QUEBRA DO SEGREDO DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DA LEI 9.296/96

CATARINA, Kaíque.²³
REHDER, Guilherme Augusto Corrêa.²⁴

RESUMO

O presente artigo científico objetiva analisar a evolução do envolvimento constitucional para com a interceptação telefônica, bem como das condutas ilícitas incriminadoras vigentes no ordenamento jurídico pátrio, envolvendo a interceptação ilegal e a quebra do segredo de justiça. A averiguação será realizada com a utilização do método indutivo e o procedimento será baseado na doutrina, legislação e jurisprudência nacional. Observou-se, como resultado desta pesquisa, que o Estado detém o *jus puniendi* e é legítimo para proceder tais intromissões, ainda que na forma da lei. Entretanto, é o responsável pelas condutas de seus agentes públicos, considerando as eventuais condutas ilícitas e sua devida e merecida punição.

Palavras-chave: Sigilo das comunicações. Interceptação telefônica ilícita. Quebra do segredo de justiça. Conduta neocriminalizada.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo o sigilo das comunicações, sua excepcional quebra através da interceptação telefônica legítima, consoante a Lei 9.296/96, bem como da neocriminalização das condutas ilícitas presentes no Código Penal Brasileiro e na Lei de Interceptação Telefônica.

Inicialmente, traz uma breve abordagem histórica da evolução do instrumento estatal interceptação telefônica e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para com a quebra do sigilo das comunicações.

Ainda, caminha entre os aspectos gerais do princípio constitucional do sigilo das comunicações e da interceptação telefônica, sob a égide da Lei 9.296/96.

Por fim, analisam-se as diretrizes contidas nos diplomas penais brasileiros, quais sejam o Código Penal e a Lei 9.296/96, no que tange às condutas ilícitas envolvendo a utilização de interceptação telefônica ilegal e a quebra do segredo de justiça.

²³ Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

²⁴ Graduado em Direito | Especialista em Ciências Criminais | Professor da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

1 BREVE HISTÓRICO CONSTITUCIONAL E A EVOLUÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A Carta Maior brasileira, datada de 05 de maio de 1988, é fruto de uma resposta pela ânsia do povo brasileiro no que tange à democracia, uma vez considerada a repressão ideológica vivida no período do Regime Militar (1964-1985). Neste sentido, Moraes e Casagrande (2010) dissertam que “influenciados pelo clamor popular e pela sede de democracia, houve por bem os constituintes dedicar em todo um capítulo aos direitos e deveres individuais e coletivos, inserindo entre estes o direito ao sigilo das comunicações”.

A Constituição de 1967/69, anterior ao texto constitucional vigente, assegurava o sigilo das comunicações de maneira aparentemente absoluta, com exceção nas condições de estado de sítio e de estado ou medidas de emergência, vigendo, naquele tempo pretérito, o Código Brasileiro de Telecomunicações, sob a Lei 4.117/62, que em seu art. 57 admitia a devida violação das comunicações, nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que autorizada pela autoridade judiciária competente. Uma vez autorizado, afastava o crime de violação de comunicações telegráfica, radioelétrica ou telefônica, com fulcro no art. 151 do Código Penal.

Portanto, o Código Brasileiro de Telecomunicações, juntamente com os demais diplomas vigentes, os quais traziam a exceção ao sigilo da correspondência e das comunicações, foram questionadas pela doutrina atuante, uma vez que as normas constitucionais então vigentes eram interpretadas como regras absolutas.

Neste diapasão, assim corroboram Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 213):

[...] as exceções legais não poderiam configurar aniquilação do princípio constitucional, devendo ser balizadas pelas regras atinentes à matéria: excepcionalidade da autorização judicial, em face da ocorrência de crimes particularmente graves, observância dos requisitos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, motivação da ordem judicial, etc.

Por derradeiro, sobreveio a Constituição Federal de 1988 no escopo de superar a polêmica estabelecida no texto constitucional anterior. Entretanto, a renovada previsão legal não se fez estanque, assim destaca Moraes e Casagrande (2010, p. 4):

O legislador primário, no inciso XII do art. 5º da Carta Magna, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo das comunicações, não o fez de maneira absoluta, prevendo, no bojo da disposição em que previu o direito em questão, uma exceção condicionada à apreciação judicial e aos fins de investigação criminal ou instrução processual penal, cuja disciplina legal foi designada à legislação infraconstitucional.

Com aproximados sete anos da presença da lacuna existente entre a Lei Maior e legislação específica, houve, portanto, a regulamentação do inciso constitucional

supramencionado com a entrada em vigor da Lei 9.296/96, Lei da Interceptação Telefônica.

Sendo assim, a sociedade brasileira encontra-se, a partir do ano de 1996, dotada de legislação específica regulamentadora do inciso XII do art. 5º da Carta Maior.

2 ASPECTOS DO SIGILO À COMUNICAÇÃO

É sabido que os direitos fundamentais, mais especificamente os direitos e garantias individuais, são elementos basilares esculpidos na Carta Maior, os quais traduzem a efetividade da vigência do Estado Democrático de Direito.

Moraes (2006) assim preleciona, ante a particular observância dos direitos e garantias individuais e coletivas:

Os direitos e garantias individuais e coletivas não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (MORAES, 2006, p. 27).

Neste contraste, exclamam Moraes e Casagrande (2010, p. 13):

Todavia, em que pese tratar-se de direito fundamental, destinado à proteção da própria integridade moral do indivíduo, a fruição do direito a intimidade não é absoluta. Como toda liberdade individual, o exercício deste direito está condicionado à realização da convivência social ideal, não podendo servir como carapaça protetora de práticas ilícitas. Como todo direito individual previsto e garantido na Constituição Federal, o direito à intimidade encontra-se relativizado em prol de um interesse maior, que é o interesse social.

Na presente seara surge o instrumento estatal da Interceptação Telefônica, caracterizado de medida excepcional e cautelar, uma vez que a intromissão à liberdade individual é, *a priori*, ofensa aos direitos fundamentais.

Não obstante, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004) corroboram com as exigências esculpidas na Lei de Interceptação Telefônica, dissertando que “cabe examinar, à luz da Constituição de 1988, as hipóteses em que as interceptações telefônicas podem ser admitidas, transformando-se em lícitas e escapando à proibição do inc. LVI do art. 5º²⁵”.

Assim, a interceptação telefônica é resultante da efetiva necessidade de equipar e preparar a sociedade com meios que possibilitem um combate à altura do crime organizado

²⁵ CRFB/88 - 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: [...].

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

atual e sua contenção operacional, diante da vasta evolução tecnológica, mormente de comunicação.

Bechara (2004, n.p.) elucida com propriedade o devido tratamento para com o crime organizado, frente a sua devastadora perturbação e insegurança social:

Os crimes praticados por associações criminosas geram grau de perturbação acentuado e diferenciado da criminalidade comum. Essa percepção faz com que se exija não somente uma punição mais rigorosa dos criminosos, mas principalmente a adoção do tratamento processual especial e particularizado. Tais diferenças evidenciam-se pela presunção de maior necessidade de determinados instrumentos como a prisão cautelar, a interceptação telefônica, a busca domiciliar, a quebra do sigilo bancário e fiscal, o sequestro de bens e, ainda, a gravação ambiental e a infiltração de agentes na forma da Lei Federal n. 9.034/95. Em todas essas hipóteses, verifica-se maior restrição as liberdades individuais, justificada pela imperatividade de se tutelar o interesse coletivo, cuja gravidade, medida pelo comportamento social gerado, exige maior rigor por parte do Estado.

Por derradeiro, o doutrinador Greco Filho (2005, p. 24) justifica seu posicionamento alegando que “os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada”.

3 ASPECTOS GERAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Vislumbra-se que os meios de captação de sons e imagens, uma vez sua infindável utilidade no cotidiano social, há algum tempo figuram como uma mister ferramenta a serviço da Justiça Criminal.

Nesta orla, bem descreveu Gomes (2013, p. 13):

Converteram-se em imprescindíveis meios de prova, especialmente em relação às infrações cometidas por grupos criminosos estruturados, que os meios tradicionais de provas (v.g., testemunhal) não conseguem mais desvendar. Ao lado da tecnologia criminosa fez-se necessária a tecnologia dos órgãos estatais, que necessitam de uma paridade de armas para uma eficiente e efetiva repressão à criminalidade.

Tão logo estes meios de prova começaram a figurar como instrumentos estatais no combate ao crime, tornou-se imperiosa a específica regulamentação deste uso tecnológico nas investigações e processos criminais.

Ademais, em se tratando do vácuo jurídico havido entre o inc. XII do art. 5º da CRFB/88, sendo norma constitucional não autoaplicável, e a ocorrência de casos fáticos, ainda que na ausência de legislação específica, requisitavam à Suprema Corte o aval do maior órgão fiscal da lei que, por conseguinte, ensejavam em reiteradas decisões, as quais de maneira garantista e fiel à vontade do legislador constituinte, julgavam muitas delas ilícitas. Senão

vejamos a manifestação do Superior Tribunal de Justiça em se tratando de Recurso Especial, “[...] a escuta telefônica realizada antes da Lei 9.296/1996, ainda que calcada em ordem judicial, não estava juridicamente amparada, acarretando prova obtida por meio ilícito.” (STJ, REsp 225.450/RJ, rel. Min. Felix Fischer, DJU 08.03.2000, p. 145).

Diante da celeuma vivida neste período de ausência de lei especial e a efetiva atuação das cortes superiores, gizou Gomes (2013, p. 22) que, “após alguns anos de vácuo normativo, o Poder Político, finalmente, regulamentou o tema, por meio da presente Lei 9.296/96, e o fez respeitando, em grande parte, o ‘conteúdo essencial’ do direito fundamental ao sigilo das comunicações”.

Cumpriu-se, diante da criação de legislação infraconstitucional supramencionada, um dos requisitos exigidos pela CRFB/88 para a utilização do instrumento *in casu*, encerrando, portanto, a insegurança jurídica que pairava até então.

A referida legislação infraconstitucional ora analisada traz consigo, em seu artigo primeiro, a expressão interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza²⁶, sob a ótica *lato sensu*, uma vez considerando as inúmeras modalidades de interceptação existentes. Neste passo, o doutrinador Luiz Flávio Gomes reconhece seis espécies de interceptação telefônica, ainda que algumas delas não se subsumem pela presente lei, em sendo:

- a) Interceptação telefônica (ou interceptação em sentido estrito): consiste na captação da comunicação telefônica por um terceiro, **sem o conhecimento** de nenhum dos comunicadores. Essa é a interceptação em sentido estrito (ou seja, um terceiro intervém na comunicação alheia, sem o conhecimento dos comunicadores);
- b) Escuta telefônica: é a captação da comunicação telefônica por terceiro, **com o conhecimento** de um dos comunicadores e desconhecimento do outro. Na escuta, como se vê, um dos comunicadores tem ciência da intromissão alheia na comunicação;
- c) Gravação telefônica ou gravação clandestina: é a gravação da comunicação telefônica por um dos comunicadores, ou seja, trata-se de uma **gravação da própria comunicação**. Normalmente é feita sem o conhecimento do outro comunicador, daí falar-se em gravação clandestina;
- d) Interceptação ambiental: é a captação de uma comunicação no **próprio ambiente** dela, **por um terceiro, sem conhecimento** dos comunicadores;
- e) Escuta ambiental: é a captação de uma comunicação, no **ambiente dela**, feita **por terceiro, com o consentimento** de um dos comunicadores;
- f) Gravação ambiental: é a captação **no ambiente da comunicação feita por um dos comunicadores** (ex.: gravador, câmeras ocultas, etc.). Também denominada gravação clandestina (GOMES, 2013, p. 24, grifo meu).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça também conceituou as modalidades de

²⁶ Lei 9.296/96 – “Art. 1º: A interceptação de comunicações telefônicas, **de qualquer natureza**, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”. (grifo meu).

interceptação, escuta e gravação telefônica ao julgar um Habeas Corpus, através do Ministro Jorge Mussi, em suma:

A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. A escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro (STJ, HC 161.052/SP, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03.12.2012).

Entretanto, é imprescindível cooptar que apenas alguns daqueles que figuram o termo interceptação telefônica são objetos e, por conseguinte, abarcados pela LIT, ainda que costumeiramente utilizados de modo errôneo como sinônimos.

Sobreleva notar, assim, a análise do doutrinador Luiz Flávio Gomes, o qual distingue com maturidade a real distância entre as espécies de interceptação telefônica:

Em nosso entender, são objetos da Lei 9.296/1996 apenas a *interceptação em sentido estrito* e a *escuta telefônica*. É que nessas duas hipóteses há *comunicação telefônica* e um *terceiro interceptador*. As demais situações estão fora do regime jurídico instituído pela Lei 9.296/1996. Na gravação telefônica não há o *terceiro interceptador* (a captação da conversa é realizada pelo próprio interlocutor, embora sem o conhecimento do outro). Já na interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental não há *comunicação telefônica* (tão somente conversa ambiente) (GOMES, 2013, p. 25).

Diante deste conceito não se pode olvidar a real distinção entre ambas, permanecendo a interceptação *strictu sensu* e a escuta telefônica, subsumidas pela LIT, de um lado, com a gravação telefônica e as demais modalidades supramencionadas, de outro.

O doutrinador Greco Filho (2005) porta-se de maneira incisiva, quando na sua conceituação do gênero comunicação telefônica, ao qual desta se procede a referida interceptação, objeto desta pesquisa:

Comunicação telefônica não se confunde com comunicação por meio de linha telefônica. Telefone é o aparelho de comunicação de voz, de modo que os outros instrumentos que se utilizam da linha telefônica somente por esta razão não podem ser a ele equiparados. Aliás, se a Constituição quisesse essa extensão teria usado a expressão ‘comunicação por rede telefônica’ ou mesmo ‘por linha telefônica’. Não se aplica, pois, a autorização constitucional de interceptação as comunicações de fac-símile, de comunicação de dados, etc. (GRECO FILHO, 2005, p. 12).

Por fim, com a concepção do instituto jurídico, que alimenta a quebra do sigilo das comunicações, garantido na CRFB/88, e suas nuances de aplicabilidade e ocorrência, tem-se a capacidade cognitiva e hermenêutica para enfrentar a LIT, a letra pura e vigente da Lei 9.296/96 – Lei da Interceptação Telefônica.

4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL E A QUEBRA DO SEGREDO DE JUSTIÇA

É sabido que a Lei 9.296/96 veio para coroar a procedimental execução das interceptações telefônicas, além de outras não objeto desta pesquisa, exercendo papel fundamental na produção de provas penais e balizando a atuação estatal dos órgãos investigativos, devendo, assim, observar que, nos tempos pretéritos da Lei de Interceptação Telefônica, a qual trouxe significativas inovações com a neocriminalização de conduta ilícita em se tratando de interceptação telefônica, vigia o Código Penal Brasileiro, datado de 1940, e o Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962.

Cabette (2011, p. 152) pontua a evolução histórica da criminalização da interceptação telefônica ilegal:

Esse sigilo constitucionalmente tutelado no art. 5º, XII, da Constituição Federal, carecia de proteção específica na legislação penal. Na realidade, o ato de violar o sigilo das comunicações ou realizar uma interceptação era atípico. O Código Penal Brasileiro, de 7 de dezembro de 1940, não previu o crime de interceptações telefônicas. A lei penal punia tão somente quem divulgasse indevidamente, transmitisse a outrem ou utilizasse abusivamente a conversação telefônica entre pessoas.

Ainda menciona Cabette (2011, p. 153):

Com o advento da Lei 9.296/96, o tratamento da matéria foi muito mais amplo. O Código Penal só mencionava “comunicação telefônica”, já a lei faz referência às “comunicações telefônicas, de informática e telemática”, mostrando-se muito mais abrangente e atual. Além disso, o Código Penal só incriminava a “divulgação, transmissão ou utilização”, enquanto a lei se antecipa na figura criminosa onde a própria realização da interceptação, independente do uso que lhe seja dado, já é crime. Prevê ainda a nova modalidade na “quebra do segredo de justiça”.

Urge destacar a norma inovadora da Lei de Interceptações Telefônicas, em seu art. 10, *in verbis*: Art. 10º Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: Reclusão, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa.

Gomes (2013) vai a fundo, revelando a importância da liberdade individual no mundo globalizado e informatizado dos dias atuais:

Justifica plenamente a tutela penal conferida pelo art. 10 à liberdade de comunicação, porque, no mundo atual, informatizado e globalizado, com tecnologia altamente sofisticada, a vida privada está cada vez mais exposta à devassa e à publicidade. Cabe também considerar a importância da privacidade hodiernamente, posto que já não é encarada de forma negativa como uma parcela da propriedade (*privacy-property*), tampouco como o direito de estar só (*tobeetalone*), senão em sua dimensão positiva, como pressuposto para o desenvolvimento de muitos outros direitos, tais como: direito de greve, direito de associação, liberdade sexual etc. (é a *privacy-dignity*). A privacidade, agora, é um valor positivo, é um novo *habeas* (*habeas mentem* –

liberdade de pensar e expressar o pensamento de forma sigilosa) (GOMES, 2013, p. 191).

“O crime de interceptação de comunicações telefônicas consiste em captar, tomar conhecimento ou ter contato direto com as comunicações de terceiros, sendo também prevista a “quebra do segredo” que é imposto de pronto no art. 1º da lei” (CABETTE, 2011, p. 153).

Quanto ao tipo penal objetivo que tipifica o artigo *sub examine*, classifica Nucci (2012, p. 385):

Há duas condutas criminosas: A) **realizar** (efetuar, concretizar) **interceptação** (intromissão em comunicação alheia, com o fito da colheita de informes registrados ou não). Os objetos da interceptação são a comunicação telefônica (conversa mantida por telefone), comunicação telemática (conversa mantida pelo computador, fazendo uso de outros meios, formando um conjunto, como ocorre com o *modem*) e comunicação de informática (conversa mantida de computador, como ocorre em *sites* específicos para a comunicação, desvinculando-se o mecanismo de transmissão de dados da linha telefônica); B) **quebrar** (violar, romper) é a segunda conduta, cujo objeto é **o segredo de justiça** (situação sigilosa concernente à Justiça, entendido o termo no sentido amplo, ou seja, investigação ou processo). As duas partes ligam-se à inexistência de autorização judicial ou a propósitos não permitidos em lei. Torna-se, pois, atípica a conduta daquele que a realiza em decorrência da ordem judiciária competente e a concretiza com o objetivo de investigar um crime ou instruir um processo penal (grifo meu).

Gomes (2013, p. 194) exemplifica o conceito acima, numerando hipóteses: “se alguém se vale de uma autorização judicial para alcançar objetivos não previstos em lei (objetivos distintos, como espionagem industrial, infidelidade matrimonial) estará incorrendo em ‘desvio de finalidade’, e isso configura crime”.

Quanto à terceira conduta incriminadora, qual seja da violação de segredo, Cabette (2011, p. 159) descreve:

Esse segredo vem previsto desde o art. 1º da lei, constituindo-se garantia de eficácia da prova e, concomitantemente, de proteção à intimidade e à privacidade. Para que haja quebra do segredo, necessariamente, deve tratar-se de uma interceptação legal, onde o agente revela sua realização ou o conteúdo daquilo que foi captado. Trata-se de crime próprio, pois somente aqueles que têm contato com as gravações poderão cometê-lo. Não se trata, porém, de crime funcional. Tanto funcionários públicos (art. 327 do CP) como o Juiz, o Promotor, a autoridade policial, escreventes, escrivães de polícia, investigadores etc., podem cometê-lo, como outros indivíduos que tenham participação na diligência e não sejam funcionários públicos (ex.: assistente de acusação, empregados da concessionária de serviços de telecomunicações etc.).

Sendo crime especial, afasta a incidência dos arts. 154 e 325 do Código Penal, não admitindo concurso de crimes com tais figuras (CABETTE, 2011, p. 159).

Justificando a conjectura do diploma legal, Gomes (2013, p. 195) infere:

Dois bens jurídicos são tutelados com esse crime: no primeiro momento, o direito à segurança (o Estado, quando presentes todos os requisitos legais, para reprimir alguns delitos, conta com o direito de interceptar comunicações telefônicas ou telemáticas alheias com o fim de obter prova; e quando é determinada essa interceptação, ela se

realiza sob o segredo de justiça, em razão do risco de não alcançá-la caso haja publicidade); num segundo momento, o direito ao sigilo das comunicações (além da honra, do bom nome, imagem etc.) de todos (investigado e terceiros) que se envolvem nas comunicações interceptadas. A violação (quebra) do segredo de justiça, no primeiro momento, frustraria a obtenção de uma prova; no segundo, configura ofensa à liberdade de comunicação alheia. Nem uma coisa nem outra se deseja. Daí a criminalização.

A obrigação de guardar segredo, destarte, deriva do cargo, da função ou da profissão: é em razão destes que o sujeito toma ciência ou participa da interceptação telefônica (GOMES, 2013, p. 196).

E a partir do seu contato com qualquer momento da interceptação ou com seu resultado, surge, *ex vi legis*, o dever de segredo, imposto pelo art. 1º e 8º da Lei 9.296/96 (GOMES, 2013, p. 196).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se, ao longo da presente pesquisa, que é preocupação latente, tanto nos corpos legislativos quanto no judiciário, a inafastabilidade dos princípios corolários do Estado Democrático de Direito, mormente aqueles relativos à dignidade da pessoa humana, tal qual o sigilo à comunicação.

Ainda, com o fortalecimento das inovações tecnológicas oriundas da evolução gradativa que o mundo vem sofrendo, a postura mantenedora da justiça e da paz social são condutas visíveis por parte dos membros componentes do Estado, principalmente no que tange ao *jus perseguendi*, que excepcionalmente adentra na seara privada do cidadão para flagrar e buscar o infrator do contrato social.

Resultante de tal ação, a criação de norma balizadora denominada Lei 9.296/96, Lei das Interceptações Telefônicas, surgiu como um marco no acervo jurídico vigente, norteando os procedimentos e circunstâncias legitimadoras da quebra do sigilo das comunicações, princípio constitucional analisado.

Considerando, assim, a utilização do instrumento estatal denominado interceptação telefônica, percebe-se que a prática investigativa, muitas vezes, é engolfada pelos ditames legais, obviamente na sede de justiça e da paz social, contrapondo-se ao sistema jurídico atual.

Por conseguinte, diante de tais ações contrárias às leis brasileiras, atuam-se as normas incriminadoras, mormente as examinadas do art. 151 do Código Penal e o art. 10 da Lei 9.296/96.

Outrossim, percebeu-se o dever do Estado em manter a ordem pública através de seus organismos de segurança pública, bem como preocupar-se em punir os efetivos excessos, considerando os princípios basilares da Constituição Federal e o ferimento e intromissão da vida privada.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime organizado e interceptação telefônica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 187, 9 jan. 2004. Não paginado. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4692>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

BRASIL. lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 set. 1996. Seção 1, p. 13757.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação Telefônica**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996 / Luiz Flávio Gomes, Silvio Maciel**. – 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **As nulidades do processo penal**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

MORAES, Ivan José de; CASAGRANDE, Elaine Glaci Fumagalli Errador. Da Legalidade da Interceptação como Meio de Prova. **Revista eletrônica Direito, Justiça e Cidadania**, vol. 1, nº 1, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. ver., reform. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

DIREITO À CRECHE

MENDES, Marioly Oze.²⁷

RESUMO

Em face de ser um direito social, a educação é um direito indisponível a qual visa o pleno desenvolvimento da pessoa (mínimo existencial), devendo o Município propiciar, com absoluta prioridade, os meios de acesso à educação infantil, em especial a oferta de vagas nas creches às crianças de zero a cinco anos de idade. Os Municípios têm enfrentado diversas e constantes ações judiciais para a efetividade deste direito fundamental de 2ª geração, que lamentavelmente não tem conseguido atender à demanda.

Palavras-chave: Educação infantil. Direito fundamental e social. Serviço público adequado.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal destaca que os representantes do povo brasileiro instituíram um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos²⁸.

A Lei Maior rege que a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência²⁹, incumbindo ao Poder Público a prestação de serviços públicos, além da obrigação de manter serviço adequado³⁰. Serviço público pode ser conceituado como sendo “toda atividade material que a lei atribui ao Estado [União, Unidades da Federação e Municípios] com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas” (DI PIETRO, 2012, p. 99).

A nossa Constituição Cidadã, ao destacar que a educação é um dos direitos sociais (2ª geração)³¹, enfatiza que 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 trabalho³², ao

²⁷ Graduado em Direito e em Administração Legislativa | Mestre em Gestão de Políticas Públicas: Instituições, Cultura e Sustentabilidade | Professor da Faculdade Sinergia.

²⁸ Preâmbulo, CF.

²⁹ Art. 37, *caput*, CF.

³⁰ Art. 175, II e IV, CF.

³¹ Art. 6º, CF.

³² Art. 205, CF.

qual se ressalta ser a educação um direito fundamental e indisponível dos indivíduos, sendo dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício, sendo que a omissão da Administração Pública importa afronta à Constituição Federal³³.

É proeminente enfatizar que a educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até cinco anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade³⁴.

Acredito que nos municípios estão as soluções necessárias e a esperança do futuro, sendo fundamental que a educação seja discutida séria e desapassionadamente, e que os envolvidos na questão sejam ouvidos. O debate sobre educação é de suma relevância e de responsabilidade de todos que acreditam ser a educação o principal caminho para o exercício pleno da cidadania, pois a realidade exige uma tomada de posição emergente, coerente e criativa de gestores públicos conscientes.

1 LEGISLAÇÕES

A Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, destaca que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade³⁵, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária³⁶.

A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa e preparo para o exercício da cidadania³⁷, sendo que é de competência do Estado (gênero) proporcionar os meios de acesso à educação³⁸.

Um dos deveres do Estado para que a educação seja efetivamente garantida é a obrigação do Município com a educação infantil, em disponibilizar vagas em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade³⁹, sendo que ao tratar dos direitos sociais, a Constituição Federal ressalta que são direitos dos trabalhadores, dentre outros, a assistência

³³ STF - AI 658.491-AgR - 20/3/12.

³⁴ Art. 29, LDB (incluído pela Lei nº 12.796/13).

³⁵ Art. 227, *caput*, CF.

³⁶ Art. 4º, *caput*, ECA.

³⁷ Art. 53, *caput*, ECA.

³⁸ Art. 23, V, CF.

³⁹ Art. 208, IV e V, CF.

gratuita aos seus filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas⁴⁰.

A Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (LDB), disciplina que o dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de educação infantil gratuita às crianças de até cinco anos de idade⁴¹, sendo que o ensino será ministrado com base nos princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais e a garantia de padrão de qualidade⁴².

O Plano Nacional de Educação (2014-2024)⁴³ e o Plano Estadual de Educação (2015-2024)⁴⁴ destacam em sua Meta 1 a necessidade de “**ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, cinquenta por cento das crianças de até três anos até o final da vigência deste PNE**” (grifo meu).

Ao enfatizar sobre as estratégias para a plena eficácia da Meta 1, o Plano Nacional de Educação (2014, p. 49) descreve que o Poder Público deve:

Realizar, periodicamente, em regime de colaboração, **levantamento da demanda por creche para a população de até três anos**, como forma de **planejar a oferta e verificar o atendimento da demanda manifesta**⁴⁵; Estabelecer, no primeiro ano de vigência do PNE, normas, procedimentos e prazos para definição de mecanismos de **consulta pública da demanda das famílias por creches**⁴⁶; Articular a **oferta de matrículas gratuitas em creches certificadas como entidades beneficentes de assistência social** na área de educação com a expansão da oferta na rede escolar pública⁴⁷; O **Município, com a colaboração da União e do Estado-membro**, realizará e publicará, a cada ano, **levantamento da demanda manifesta por educação infantil em creches**, como forma de planejar e verificar o atendimento⁴⁸; Estimular o acesso à **educação infantil em tempo integral, para todas as crianças de zero a cinco anos**, conforme estabelecido nas **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil**⁴⁹ (grifo meu).

É relevante a declaração da coordenadora do Plano Estadual de Educação, Elza Moretto, ao destacar que ‘Infelizmente, **Estado [SC] e Municípios não têm espaço físico ou orçamento para atender todas as crianças em creches**. Por isso, a nossa meta, que se iguala

⁴⁰ Art. 7º, XXV, CF.

⁴¹ Art. 4º, II, LDB (incluído pela Lei nº 12.796/13).

⁴² Art. 3º, I, VI e IX, LDB.

⁴³ Lei nº 13.005/14, PNE.

⁴⁴ PEE/SC (versão preliminar).

⁴⁵ Meta 1, Estratégia 1.3, Lei nº 13.005/14, PNE.

⁴⁶ Meta 1, Estratégia 1.4, Lei nº 13.005/14, PNE.

⁴⁷ Meta 1, Estratégia 1.7, Lei nº 13.005/14, PNE.

⁴⁸ Meta 1, Estratégia 1.16, Lei nº 13.005/14, PNE.

⁴⁹ Meta 1, Estratégia 1.17, Lei nº 13.005/14, PNE.

à nacional, é atender pelo menos cinquenta por cento das crianças até 2024⁵⁰ (PEE/2015-2024) (grifo meu).

2 CONSELHO TUTELAR E MINISTÉRIO PÚBLICO

A Lei nº 8.069/90, em seu artigo 131, destaca que o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo (não jurisdicional) encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, sendo suas atribuições, dentre outras, encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente e representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no artigo 220, § 3º, II, da Constituição Federal⁵¹.

É relevante destacar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem se manifestado de que é “**Constitucional - Representação do Conselho Tutelar para garantia de vaga em creche para criança - Direito à educação infantil - Obrigação do Município**”⁵² (grifo meu).

Face ter sido citado, é salutar enfatizar que são funções institucionais do Ministério Público, dentre outras, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁵³, competindo-lhe promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no artigo 220, § 3º, II, Constituição Federal⁵⁴, conforme julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao se manifestar de que:

O Ministério Público é legitimado para ajuizar ação civil pública, visando à proteção de interesse individual homogêneo indisponível das crianças que não dispõem de vaga em creche e pré-escola, nos termos dos arts. 127 e 129, III, da CF e 201, V, VIII e 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁵⁵ (grifo meu).

3 PODER EXECUTIVO - RESERVA DO POSSÍVEL

Sendo a educação um direito social e fundamental, porquanto a nossa Lei Maior lhe

⁵⁰ Diário Catarinense, 3/9/14, p. 23.

⁵¹ Art. 136, V e X, ECA.

⁵² TJSC - ACP 2012.016547-5 - Florianópolis (SC).

⁵³ Arts. 127, *caput* e 128, II, CF.

⁵⁴ Art. 201, V, ECA.

⁵⁵ TJSC - ACP 2008.059696-9 - Coronel Freitas (SC).

confere o *status* de direito público subjetivo, a sua inobservância pela Administração Pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário, sem configurar ofensa ao princípio da separação, independência e harmonia dos poderes⁵⁶.

O Poder Judiciário, desde que provocado, não pode eximir-se de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito⁵⁷, especialmente quando o Município deixa de cumprir as determinações constitucionais de proporcionar às crianças entre zero e cinco anos de idade o direito individual indisponível à educação.

A Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, destaca que são direitos básicos do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral e que os órgãos são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos⁵⁸.

A Lei nº 8.987/95 é objetiva ao determinar que “serviço adequado é o que satisfaz às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação⁵⁹”.

O Município deverá aplicar anualmente, vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino⁶⁰, devendo atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil⁶¹, sendo que se incumbirá de oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, permitida à atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas, plenamente, às necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino⁶².

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso ao ensino obrigatório e gratuito, ao qual é direito público subjetivo (pretensão individual), sendo que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente⁶³.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem decidido que:

O Judiciário pode e deve interferir em políticas públicas deficitárias, notadamente no tocante ao direito à educação ora postulado, de que a reserva do possível é inaplicável na hipótese vertente e de que o Município é, com efeito,

⁵⁶ Art. 2º, CF.

⁵⁷ Art. 5º, XXXV, CF.

⁵⁸ Arts.6º, Xe 22, CDC.

⁵⁹ Art. 6º, § 1º. CF

⁶⁰ Art. 212, *caput*, CF.

⁶¹ Art. 211,§ 2º, CF.

⁶² Art. 11, V, LDB (incluído pela Lei nº 11.700/08).

⁶³ Art. 208, §§ 1º e 2º, CF.

diretamente responsável pela disponibilização de vagas em creche para crianças de zero a seis anos de idade⁶⁴ (grifo meu).

O Supremo Tribunal Federal tem assentado que é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, sendo que os direitos fundamentais caracterizados por inalienabilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade, não podem ser reduzidos ou obstaculizados por questões de ordem financeira do Poder Público. A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil, objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas, conforme jurisprudência assentada:

A cláusula da **reserva do possível** - que não pode ser invocada, pelo **Poder Público**, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de **políticas públicas** definidas na própria **Constituição Federal** - encontra insuperável limitação na **garantia constitucional do mínimo existencial**, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da **essencial dignidade da pessoa humana**. [...]. A noção de ‘**mínimo existencial**’, que resulta, por implicitude, de determinados **preceitos constitucionais** (art. 1º, III, e art. 3º, III, CF), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de **garantir condições adequadas de existência digna**, [...], as **prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos**, tais como [...], o **direito à educação** [...]. **Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana**, de 1948 (art. XXV)⁶⁵ (grifo meu).

4 PODER JUDICIÁRIO – JURISPRUDÊNCIAS

Os Municípios da Associação dos Municípios da Foz do Rio Itajaí (AMFRI) têm enfrentado grande desafio no sistema educacional infantil, conforme se verifica nas diversas ações judiciais para vagas nas creches públicas (centros de educação infantil).

O Judiciário determinou que o Município de Itajaí deve efetuar matrícula em creche pública por período integral das crianças, em face de que “Reveste-se de **absoluta prioridade**, consoante precedentes deste Sodalício, o **direito à educação infantil, cabendo ao Poder Judiciário intervir para instar o gestor público a dar-lhe efetividade** [beneficiários recebendo os efeitos positivos da política pública]⁶⁶” (grifo meu).

⁶⁴ TJSC - ACP2012.072951-6 - Porto Belo (SC).

⁶⁵ STF - ARE 639.33-AgR - 23/8/11.

⁶⁶ TJSC - ACP 2011.043782-3 - Itajaí (SC).

Em ação judicial, envolvendo o Município de Balneário Camboriú, o Judiciário sentenciou que “**é direito das crianças de zero a cinco anos de idade à vaga em creche e/ou pré-escola, cabendo ao Município, garantir a integridade e o gozo desse direito indisponível**”⁶⁷ (grifo meu). A Comissão de Educação da Câmara de Vereadores, após levantamento *in loco* nos núcleos infantis, destacou em seu relatório que “**as creches do Município de Balneário Camboriú são praticamente depósitos de crianças** e cumprem pouco o papel que deveriam na educação da primeira infância”⁶⁸ (grifo meu).

Uma liminar concedida pela Justiça determina que o Município de Camboriú “**acabe em cento e vinte dias com a fila de espera por vagas em creches e pré-escolas**”, sendo que o Ministério Público apurou que “**há mais de 1,2 mil crianças aguardando matrícula na rede pública de educação infantil**”. A decisão judicial destaca que “**as vagas sejam oferecidas gratuitamente em instituições próprias ou conveniadas**, até que se construam creches aptas a atender toda a demanda”, além de que “**o Município deverá apresentar em noventa dias um projeto de construção de novas unidades em número suficiente para atender toda a demanda existente e mais uma reserva de vinte por cento**”⁶⁹ (grifo meu).

Tendo por objetivo levantar os dados referentes às demandas escolares para que o Poder Público Municipal possa otimizar o fluxo de demanda e oferta de vagas na Rede Pública de Ensino e garantir a prestação continuada desse serviço público e garantir a idoneidade e transparência no processo de solicitação de vaga e efetivação de matrículas, o Município de Camboriú criou o ‘Programa Fila Única’, destacando que “**o Poder Executivo deverá encaminhar, semanalmente, para o Poder Legislativo e mensalmente, para o Ministério Público, cópia atualizada da lista dos pleiteantes atendidos e cadastrados**”⁷⁰ (grifo meu).

Nos termos de decisão do Judiciário, cabe ao Município de Porto Belo matricular nas creches as crianças que aguardam na “fila de espera”, em face de que:

O direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, **colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia**, [...], mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da **dignidade humana**⁷¹ (grifo meu).

Em face de decisão judicial, após ação civil pública proposta pelo Ministério Público, o Município de Bombinhas deverá promover a abertura de todas as creches e pré-escolas da

⁶⁷ TJSC - MS 2009.004750-0 - Balneário Camboriú (SC).

⁶⁸ Jornal Página 3, Ano XXIII, Nº 1191.

⁶⁹ Jornal O Sol Diário, 8/7/2014, Ano 2, Nº 605, p. 2.

⁷⁰ Lei nº 2.536/13 e Decreto nº 1.845/14 - Camboriú (SC).

⁷¹ TJSC - ACP 2011.043782-3 - Porto Belo (SC).

rede municipal para que atenda a todas as crianças de até cinco anos de idade, durante todos os meses do ano (sem direito a recessos ou programa de colônia de férias) considerando que “a **falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo ao atendimento de crianças nas creches locais**, sobretudo quando a **educação constitui valor crucial a ser protegido pelo Estado**”⁷² (grifo meu).

Conforme determinação judicial, o Município de Itapema deverá “**providenciar vagas em creche da rede municipal ou através de convênios com creches privadas** a fim de atender a todas as duzentas e nove crianças”, conforme consta na ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público⁷³ (grifo meu).

O Município de Balneário Piçarras deverá providenciar vagas em creche, conforme sentença judicial, onde se destaca que:

Se o direito à assistência e à proteção integral da criança [...], é um direito fundamental previsto na Constituição Federal, e por isso o Poder Público é obrigado a implementar esse direito mediante políticas públicas concretas, não há dúvida de que o inadimplemento dessa obrigação qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. Destarte, a supressão ou limitação ao exercício de direito fundamental [...], deve ser corrigida pelo Poder Judiciário, especialmente quando do outro lado da balança pende o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que não podem esperar. Tratando-se de garantia constitucional, longe de aventar⁷⁴ (grifo meu).

É posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que:

Em interpretação conjunta dos arts. 4º e 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e arts. 7º, XXV, 102, com a Constituição Federal, em especial seu art. 208, IV, [...], verifica-se que o **direito das crianças de zero a cinco anos de idade à vaga em creche e/ou pré-escola encontra embasamento legal. Por conseguinte, cabe aos entes públicos, como o Município, e seus organismos, a execução de programas que garantam a integridade e o gozo desse direito indisponível**⁷⁵ (grifo meu).

É de extrema relevância realçar que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, devendo obrigatoriamente ser concretizado por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte (sendo que o Município incumbir-se-á de assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal⁷⁶), alimentação e assistência à saúde⁷⁷, inclusive, assegurando-lhe o acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência⁷⁸, em face da

⁷² TJSC - ACP 2012.072951-6 - Bombinhas (SC).

⁷³ TJSC - AgI2012.009804-0 - Balneário Piçarras (SC).

⁷⁴ TJSC - ACP 125.11.002464-1 - Itapema (SC).

⁷⁵ TJSC - MS 2009.004750-0 - Balneário Camboriú (SC).

⁷⁶ Art. 11, VI, LDB (incluído pela Lei nº 11.700/08).

⁷⁷ Art. 208, VII, CF.

⁷⁸ Art. 53, V, ECA.

garantia legal de vaga na escola pública de educação infantil mais próxima da residência da criança a partir do dia em que completar quatro anos de idade⁷⁹.

CONCLUSÃO

Trata-se de ‘conclusão inicial’ que nos persuadiu sobre a suma relevância de examinar mais detalhadamente sobre essa temática, que ressaltamos ser imperativa a continuidade do debate para um maior aprofundamento dos tópicos apresentados, sem a pretensão de encerrar o assunto proposto, em face de ser complexo e desafiador.

Apesar de saber que “a atividade de pesquisa tem uma finalidade de reunir informações necessárias para encontrar respostas para uma pergunta e chegar a uma solução de um problema”, acredito que distante de ter-se esgotado, requer que continuemos a debatê-lo para que obtenhamos uma resposta objetiva e concreta para o questionamento: falta recurso (humano, financeiro e/ou material) ou planejamento administrativo (estratégia) para que o Município cumpra com a obrigação legal, envolvendo o direito de vaga em creche na Rede Pública Municipal de crianças de zero a cinco anos de idade? (BOOT; COLOMBO; WILLIAM, 2008).

REFERÊNCIAS

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **Cómo convertirse en un hábil investigador**. Barcelona: Gedisa, 2008.

BRASIL. Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB nº 9394/1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Brasília: DF, 1996.

_____. Lei de Concessões - Lei 8987/95. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Brasília: DF, 1995.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

⁷⁹ Art. 4º, X, LDB (incluído pela Lei nº 11.700/08).

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

_____. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. **Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-14/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2012.

SANTA CATARINA. Lei nº 16.794, de 14 de dezembro de 2015. **Aprova o Plano Estadual de Educação (PEE) para o decênio 2015-2024 e estabelece outras providências.** Florianópolis, 2015.