

REVISTA

DIREITO SEM FRONTEIRAS

VOLUME 2 - NÚMERO 4 - 2018

PUBLICAÇÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA
Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE
Campus de Foz do Iguaçu

Editor

Júlio César Garcia

Revisão dos Textos em Língua Inglesa

Tabatha Ferreira Ribeiro

Revisão dos Textos em Língua Portuguesa

Laura Anahi Carvalho Sosa Recalde

Apoio Administrativo

Daiana Carolina Becker

Apoio Editorial e Diagramação

Yao Zheng Wang

Divulgação

Geisiele do Nascimento Andrade

Ficha Catalográfica

Miriam Fenner R. Lucas – Bibliotecária – CRB/9:268

Capa

Mariane Ruiz



Catálogo na Publicação (CIP) - Sistema de Bibliotecas - UNIOESTE

R454 Revista Direito Sem Fronteiras. / Curso de Graduação em Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Oeste do Paraná. – v.2, n.4 (2018). – Foz do Iguaçu: Unioeste, 2018.

Semestral.

ISSN 2527-1555

Disponível em: e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras

1. Direito – Periódicos. 2. Sustentabilidade – Periódicos.
3. Administração pública – Periódicos. I. Curso de Graduação em Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

CDD 20. ed.– 340.5
CDU - 34(05)

Endereço

Av. Tarquínio Joslin dos Santos, 1300 - Lot. Universitário das Américas
85870-650 – Foz do Iguaçu - PR, Brasil
Fone: (45) 3576-8100 Fax: (45) 3575-2733
Foz.revistadireito@unioeste.br
www.foz.unioeste.br/ccsa



Reitor
Paulo Sergio Wolff

Vice-Reitor
Moacir Piffer

Diretor Geral do Campus
Fernando José Martins

**Diretor do
CCSA**
Antonio Carlos Nantes

**Coordenadora do
Curso de Graduação**
Lissandra Aguirre

Conselho Editorial

Bruno Periolo Odahara - Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná/UFPR.
ITAIPU. Brasil.

Denise Lucena Cavalcante - Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa/
ULISBOA - Portugal. Professora na Universidade Federal do Ceará – **UFCE** Brasil.

João Emílio Correa da Silva de Mendonça. **ITAIPU**. Brasil.

João Ricardo Catarino - Doutorado em Ciências Sociais na especialidade de
Administração Pública pela Universidade de Lisboa/ULISBOA – Portugal. Professor na
Universidade de Lisboa – **ULISBOA**. Portugal.

Joel de Lima. **ITAIPU**. Brasil

José Rubens Morato Leite - Pós- Doutor pela Universidad Alicante/Espanha e Pós-Doutor
pelo Centre of Environmental Law, Macquarie University Sidney/Austrália. Professor na
Universidade Federal de Santa Catarina – **UFSC**. Brasil.

Juarez Freitas – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC.
Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – **UFRS**. Brasil.

Maria Cláudia S. Antunes de Souza - Doutora e Mestre em “Derecho Ambiental y de la
Sostenibilidad” pela Universidade de Alicante/Espanha. Professora na Universidade do
Vale do Itajaí – **UNIVALI**. Brasil.

Massimo Monteduro – Pós-Doutor em Direito da Economia e Mercado na UNISALENTO
- Universidade de Salento. Professor na Universidade de Salento – **UNISALENTO**. Itália.

Sérgio Antônio Silva Guerra - Pós-Doutor em Direito pela Yale Law School/Estados
Unidos. Professor na Fundação Getúlio Vargas – **FGV**. Brasil.

Conselho Avaliador

Agostinho Oli Koppe Pereira

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2002). Pós-doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1986). Especialista em Metodologia do Ensino e da Pesquisa Jurídica pela Universidade de Caxias do Sul (1984). Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (1978). Atualmente é professor titular da Universidade de Caxias do Sul, atuando nos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Consumidor, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito, Direito do Consumidor, Teoria Geral do Direito, Direito Ambiental e Novos Direitos. É coordenador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica, vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas e Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Pesquisador radicado no Brasil.

Bruno Gasparini

Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pelo MADE-UFPR (2014). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2005). Especialista em Gestão Ambiental pela Universidade Estadual de Maringá (2002). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001). Professor de cursos de capacitação, graduação e especialização. Palestrante sobre temas relacionados ao Direito Ambiental. Coordenador do Curso de Direito do Instituto Superior do Litoral do Paraná, Paranaguá -PR. Pesquisador radicado no Brasil.

Carlos Alberto Lunelli

Possui Doutorado em Direito e Mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Atualmente é professor titular da Universidade de Caxias do Sul, no Mestrado em Direito, ministrando a disciplina Tutela Jurisdicional do Ambiente. No Curso de Direito, ministra a disciplina de Direito Processual Civil. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Processual Civil, Direito Ambiental, Processo Constitucional e Políticas Públicas. Pesquisador radicado no Brasil.

Daniel Braga Lourenço

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Guanambi (UniFG). Professor de Biomedicina e de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e de Direito Ambiental do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor convidado do FGV Law Program (FGV) e da Pós Graduação em Direito Ambiental Brasileiro da PUCRio. Coordenador do Laboratório

de Ética Ambiental/UFRJ-UFF e da Pós-Graduação em Direito dos Animais das Faculdades Integradas Helio Alonso - FACHA. É autor da obra “Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas” (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, 566p.). Possui diversos artigos publicados relacionados ao Direito Ambiental, Ética Ambiental, Bioética, e Direito dos Animais. Pesquisador radicado no Brasil.

Denise Rissato

Graduação em Ciências Econômicas pela Faculdade de Ciências Sociais Arnaldo Busato (1993), Mestre em Economia Aplicada pela Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz Usp (2001). Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ (2011-2015). Professora Adjunta da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus de Foz do Iguaçu. Participante do Grupo THESE - Grupo Projetos Integrados de Pesquisas sobre Trabalho, História, Educação e Saúde UERJ-UFF-EPSJV/Fiocruz. Pesquisadora do GPESTE - Grupo de Pesquisa Estado, Sociedade, Trabalho e Educação. Pesquisadora radicado no Brasil.

Denise Schmitt Siqueira Garcia

Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Mestre em Derecho Ambiental y Sostenibilidad pela Universidade de Alicante na Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil, Graduada em Direito. Atualmente é professora do Programa de Pós graduação stricto sensu em Ciência Jurídica, de pós graduação lato sensu e da graduação. Coordenadora de pós graduação lato sensu em Direito Processual Civil da Universidade do Vale do Itajaí. Membro associada do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro efetivo do Instituto de Advogados de Santa Catarina. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogada. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito ambiental, direito civil e direito processual civil. Pesquisadora radcada no Brasil.

Fábio Aristimunho Vargas

Doutor em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo - PROLAM/ USP (2015). Mestre em Direito Internacional pela USP (2006). Bacharel em Direito pela USP (2000). Especialista em Direito Internacional Privado pela Universidad de Salamanca (2002), em Estudos Bascos pela Universidad del País Vasco (2008) e em Literatura Latino-Americana pela Universidade Federal da Integração Latino-Americana (2012). Tem experiência profissional como professor, em cursos de Direito e de Relações Internacionais, das disciplinas Direito Internacional Público, Ciência Política, Integração Regional e Direitos Humanos. Tem experiência profissional como advogado, em temas como regime jurídico do estrangeiro, aquisição de nacionalidade e Direito de Fronteira. É escritor, tradutor e pesquisador de literaturas ibero-americanas, tendo militado por sua difusão e intercâmbio. Foi tradutor-residente na Universitat Autònoma de Barcelona com bolsa do Institut Ramon Llull (2009). Pesquisador radicado no Brasil.

Jayme Benvenuto Lima Júnior

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1983), graduação em Jornalismo pela Universidade Católica de Pernambuco (1993), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999), doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2005) e Pós-doutorado em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Notre Dame (EUA, 2011). Atualmente é professor Adjunto III da Universidade Federal da Integração Latino-Americana, em cooperação técnica na Universidade Federal de Pernambuco (2017-2020) no Departamento de Ciência Política. Integra o corpo docente permanente do programa de pós-graduação stricto sensu interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco. Foi o primeiro catedrático da Cátedra UNESCO/UNICAP Dom Helder Camara de Direitos Humanos. Tem experiência na área de Relações Internacionais e Integração, atuando principalmente nos seguintes temas: democracia na América Latina; proteção internacional dos direitos humanos; direitos econômicos, sociais e culturais; e violência urbana. Pesquisador radicado no Brasil.

Lourival José de Oliveira

Curso de Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1988), Graduação em História pela Universidade Estadual de Londrina (1989), Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994) e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999). Atualmente é professor permanente do Programa de Doutorado/mestrado em Direito da Universidade de Marília; membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Marília; professor associado da Universidade Estadual de Londrina no Curso de Graduação em Direito; professor de diversos Cursos de Especialização em Direito; participa como membro de grupos de pesquisa, com ênfase em Direito das Relações Sociais, atuando principalmente nos seguintes temas: meio ambiente do trabalho; proteção ao trabalho, globalização e mercado de trabalho; relações de trabalho, cidadania e democracia; desenvolvimento econômico e social; novas relações empresariais e a ordem econômica e desenvolvimento econômico e social. Membro do Comitê em Ética e Pesquisa envolvendo Seres Humanos da Universidade Estadual de Londrina; autor de várias obras jurídicas e artigos científicos; advogado em Londrina. Pesquisador radicado no Brasil.

Maria Nazareth da Penha Vasques Mota

Doutora em Ciências Sociais - Política - na PUC de SP, 2011. Mestrado em Ciências Penais, 2002 - Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1986), graduação em Administração de Empresas pela Universidade Cândido Mendes (1973), Pós graduação em Gerência e Organização pela Universidade Estácio de Sá, Recursos Humanos para Saúde, pela Escola Nacional de Saúde Pública, Direito Público pela FGV- ISAE-AM, Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas. Atualmente é

professora do curso de Direito do CIESA. Professora Doutora do Mestrado em Direito Ambiental da UEA. Compõe o corpo docente do Mestrado em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da UEA. É Promotora de Justiça do Estado do Amazonas aposentada. Pesquisadora radicada no Brasil.

Rodne de Oliveira Lima

Licenciado em Ciências Sociais (UEL-1990) e Bacharel em Direito (UEL-2010). Especialista em Direito do Estado (UEL-2013), Mestre em Sociologia (IFCH/UNICAMP-1997), Doutor em Sociologia (FFLCH/USP-2003) e Mestrando em Direito (FD/USP). Atualmente é Professor Adjunto da Universidade Federal da Integração Latino-Americana, admitido em concurso público para as áreas de Direito Sanitário e Bioética. Tem experiência na área de Sociologia, com ênfase em Desenvolvimento Rural e em Políticas Sociais, e na área do Direito, como advogado e docente, com ênfase em Direito Público, Direito Sanitário e Direitos Humanos. Pesquisador radicado no Brasil.

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2013). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2007). Especialização em Administração pela Universidade Independente de Lisboa em convênio com a Universidade do Estado de Santa Catarina - UDESC (2005) e Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2003). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) - Mestrado - da Faculdade Meridional - IMED. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Ética, Cidadania e Sustentabilidade no Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional - IMED. Tem experiência na área de Direito, com ênfase nos seguintes temas: Ética, Direitos Humanos, Sustentabilidade, Política Jurídica, Filosofia, Direito na Pós-Modernidade. Pesquisador radicado no Brasil.

Thiago Rodrigues Pereira

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis - UCP; Doutor em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá - UNESA/RJ; Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ; Professor Adjunto do Programa de Pós-graduação em Direito - PPGD da Universidade Católica de Petrópolis - UCP; Professor Adjunto do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro - UNILASALLE-RJ; Professor do Master of Science in Legal Studies da AMBRA College; Professor convidado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Pesquisador radicado no Brasil.

APRESENTAÇÃO

Este é o número 4, primeiro do segundo volume da Revista Direito Sem Fronteiras e que apresenta nove novos artigos. No período compreendido a partir do último número a Revista Direito Sem Fronteiras recebeu mais de trinta artigos originais, que passaram por criterioso e rigoroso processo editorial. Este cenário demonstra o gradativo reconhecimento deste novo e importante espaço de publicação acadêmica pela comunidade jurídica no Brasil e exterior.

Neste quarto número a Revista Direito Sem Fronteiras se destaca pela discussão interdisciplinar e ampliada das relações entre a sustentabilidade e o Direito. No primeiro artigo convidado, os autores Juarez Freitas e Julio Cesar Garcia abordam a evolução conceitual do princípio jurídico da sustentabilidade, perpassando diferentes momentos históricos, em especial a partir dos primórdios do conceito de desenvolvimento sustentável, até os mais recentes debates sobre o tema. A diferenciação das dimensões possíveis da sustentabilidade serve de norte e fio condutor lógico para a compreensão sistemática dos demais artigos deste número, que transitam pelas dimensões ambiental, econômica, social e jurídica.

O segundo texto de autoria de Denise Schmitt Siqueira Garcia, Heloise Siqueira Garcia e Kassy Gerei dos Santos, enfoca a Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento de efetividade de políticas públicas pela atuação dos Tribunais de Contas Estaduais. Trata-se de uma abordagem bastante original e atual, na medida em que discute a problemática da verificação dos efeitos e resultados dos investimentos públicos, em especial na área ambiental.

Os autores Flávio Quinaud Pedron e João Carneiro Duarte Neto trazem no terceiro artigo uma análise sobre as transformações dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal frente à positivação do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988. Inicia-se neste ponto a abordagem social sobre a sustentabilidade no Brasil, com destaque ao direito à saúde a partir da jurisprudência da mais alta corte brasileira.

Prosseguindo na análise da relação entre sustentabilidade e sociedade, os artigos quatro e cinco abordam o tema da função social da empresa. A autora Carla de Abreu Medeiros discute no quarto texto a função social da empresa, a responsabilidade social e a sustentabilidade a partir de um enfoque jurídico sobre a tríade social que integra as sociedades empresariais. Já a autora Regina Célia de Carvalho Martins Correio avalia o papel da função social da empresa como preceito para o desenvolvimento sustentável.

O sexto artigo, ainda na abordagem social do Direito, de autoria de Ana Paula Baptista Marques, Helen Pelisson da Cruz e Amanda Vanzella, discute as dificuldades de acesso do segurado da Previdência Social na nova plataforma digital do “Meu

INSS”, abrindo uma importante reflexão acerca dos impactos que os recursos e meios de efetiva participação do cidadão no exercício de seus direitos sociais podem ter para a efetiva realização destes direitos.

Os dois últimos artigos da doutrina nacional abordam questões atuais do processo civil. O artigo sétimo de autoria de Paulo Trindade dos Santos analisa a efetivação e a proteção dos direitos humanos e fundamentais através da interação texto e contexto: a passagem da jurisdição ao Processo Civil. Trata-se de uma análise crítica sobre os desafios hermenêuticos e práticos para a consecução e realização dos ditames do acesso à justiça. Já o artigo oitavo, de autoria de Isadora Minotto Gomes Schwertner apresenta os diversos aspectos que circundam o dever de colaboração das partes com o processo, ou o denominado processo civil cooperativo, resultado em grande parte das inovações mais recentes do Código de Processo Civil e da compreensão sobre a importância da interação sadia entre as partes nos processos judiciais.

Mais uma vez a seção da doutrina internacional conta com texto de colegas juristas pesquisadores de Portugal, com o artigo de Joaquim Coca Caeiro sobre a regulação econômica, uma pesquisa que parte da análise do contexto do ingresso de Portugal na União Europeia, de modo defender a importância num sistema liberalizante da economia, das entidades administrativas independentes.

Júlio César Garcia
Editor

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
SUMÁRIO	11
I. DOCTRINA NACIONAL	
1. EVOLUÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE	13
CONCEPTUAL EVOLUTION OF THE PRINCIPLE OF SUSTAINABILITY	
<i>Juarez Freitas; Júlio César Garcia</i>	
2. A AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS	27
THE STRATEGICAL ENVIRONMENTAL EVALUATION AS AN INSTRUMENT OF EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES BY THE ACTION OF THE STATES' COURT OF ACCOUNTS	
<i>Denise Schmitt Siqueira Garcia; Heloise Siqueira Garcia; Kassy Gerei dos Santos</i>	
3. A TRANSFORMAÇÕES DOS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À POSITIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	43
THE TRANSFORMATIONS OF THE FEDERAL COURT OF JUSTICE'S UNDERSTANDING REGARDING THE POSITIVATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988	
<i>Flávio Quinaud Pedron; João Carneiro Duarte Neto</i>	
4. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, RESPONSABILIDADE SOCIAL E SUSTENTABILIDADE: UM ENFOQUE JURÍDICO SOBRE A TRÍADE SOCIAL QUE INTEGRA AS SOCIEDADES EMPRESARIAIS	57
SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY, SOCIAL RESPONSIBILITY AND SUSTAINABILITY: A JURIDICAL APPROACH ON THE SOCIAL TRIAD THAT INTEGRATES BUSINESS SOCIETIES	
<i>Carla de Abreu Medeiros</i>	

5. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO PRECEITO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 69
THE SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY AS A PRECEPT FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Regina Célia Martins

6. A NOVA PLATAFORMA DIGITAL DO “MEU INSS” E AS DIFICULDADES DE ACESSO DO SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL 85
THE NEW DIGITAL PLATFORM OF “MY INSS” AND THE ACCESS DIFFICULTIES OF THE SOCIAL SECURITY INSURED

Ana Paula Baptista Marques, Helen Pelisson da Cruz, Amanda Vanzella

7. A EFETIVAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA INTERAÇÃO TEXTO E CONTEXTO: A PASSAGEM DA JURISDIÇÃO AO PROCESSO CIVIL 95
THE EFFECTIVENESS AND PROTECTION OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH TEXT AND CONTEXT INTERACTION: TRANSITION FROM JURISDICTION TO CIVIL PROCEDURE

Paulo Trindade dos Santos, Vinícius Almada Mozetic, Gabriela Samrsla Möller

8. O DEVER DE COLABORAÇÃO DAS PARTES COM O PROCESSO: O PROCESSO CIVIL COOPERATIVO 117
THE DUTY OF COLLABORATION OF THE PARTIES WITH THE CASE: THE COOPERATIVE CIVIL PROCEDURE

Isadora Minotto Gomes Schwertner

II. DOUTRINA INTERNACIONAL

1. A REGULAÇÃO ECONÔMICA 139
ECONOMIC REGULATION

Joaquim Croca Caeiro

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES 157

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOUTRINA NACIONAL

1

EVOLUÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE
CONCEPTUAL EVOLUTION OF THE PRINCIPLE OF SUSTAINABILITY

Juarez Freitas¹
Júlio César Garcia²

1 Professor da Faculdade de Direito e da Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Presidente do Conselho Científico do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Autor radicado no Brasil. E-mail: juarezfreitas@uol.com.br.

2 Professor do Curso de Direito da UNIOESTE, Campus de Foz do Iguaçu-PR, Doutor em Direito pela UFPR, integrante do GEDAIS – Grupo de Estudos em Direito Ambiental, Internacional e Sustentabilidade. Autor radicado no Brasil. E-mail: julio.garcia@unioeste.br.

Como citar este artigo:

FREITAS, Juarez; GARCIA, Júlio César. **Evolução conceitual do princípio da sustentabilidade**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018; v. 2 (4): 13-26.

RESUMO

Atualmente a sustentabilidade voltou a ganhar importância em estudos de diferentes áreas do conhecimento. Reconhecida por alguns como um conceito antigo e por outros como um conceito contemporâneo e marcado pelas ressignificações notadamente econômicas, a sustentabilidade exige uma análise atualizada do Direito especialmente para compreensão de seu reconhecimento como princípio jurídico. No presente estudo, procura-se uma revisão bibliográfica que permita a reconstrução de alguns conceitos importantes já apresentados sobre o tema, com o objetivo de conduzir, a partir de metodologia dedutiva, a formulação do conceito mais atual e pertinente do princípio da sustentabilidade. Sustenta-se a hipótese de ter este princípio fundamento constitucional no direito brasileiro, e que sua leitura mais apropriada é a que o associa a noção forte da sustentabilidade ecológica.

Palavras-chave: Direito e Sustentabilidade. Direito Constitucional Brasileiro.

ABSTRACT

Nowadays sustainability has started to receive attention again from different areas of knowledge. Recognized by some researchers as an old concept and by others as a contemporary concept marked by different interpretations, specially from economics, sustainability demands a juridical update for its comprehension as a principle of law. This study applies bibliographic review as a way to rebuild some of the most important concepts already presented for this topic, with the main goal of conducting from a deductive methodological approach to an updated concept for the sustainability principle. The main argument is that the sustainability principle has a constitutional foundation on Brazilian law, and that it is better understood as what is called a strong ecological sustainability concept.

Keywords: Law and Sustainability. Brazilian Constitutional Law.

INTRODUÇÃO

A preservação dinâmica da natureza pelo ser humano - ele próprio também natural - é responsabilidade circular e dialética da qual derivam grandes desafios para o redesenho funcional do Direito. Afinal de contas, indaga-se: é possível construir uma ordem jurídico-política, na qual a humanidade possa conviver harmonicamente com os demais seres que habitam o planeta Terra? Será viável a continuidade das condições essenciais para a sobrevivência digna da espécie humana, haja vista os padrões de exploração desenfreada, consumo conspícuo e descarte irrefletido de resíduos?

Como se sabe, há relatos históricos de períodos de intensa convivência fundada na sustentabilidade ecológica (BOSELNANN, 2015, p. 29), bem como de sistemas marcados por mitos e lendas, (HESPANHA, 2010, p. 244), os quais, apesar disso, guardavam uma relação equilibrada com o ambiente, calcada na crença primária em forças sobrenaturais.

Claro que a identificação das forças vivas da natureza não estava descolada da exploração de recursos naturais, mas, até por limitações tecnológicas e populacionais, a escala interventiva humana era diminuta e, por assim dizer, suportável. Dessa maneira, por longo período, manteve-se equilíbrio físico entre a sociedade humana e o ambiente natural (BOSELNANN, 2015, p. 29). Verdade que num crescendo de exploração temerária, com exemplos gritantes de irresponsabilidade pós-consumo, ao longo da história.

Hoje, percebe-se que, embora primitivamente, diversas gerações humanas viveram nas Américas, África, Oriente Médio e Ásia, numa tradição de relativa harmonia que não separava a esfera humana do natural (BOSELNANN, 2015, p. 29).³

Os primeiros esboços conceituais da sustentabilidade surgiram há mais de 600 anos, quando a Europa continental sofreu grave crise ecológica decorrente do desenvolvimento agrícola e da utilização da madeira que levou ao desmatamento quase completo (HUGHES; ABEL; apud BOSELNANN, 2015, p. 31). A tais acontecimentos, a resposta jurídica se deu em torno do sistema de uso da terra conhecido como “allmende” ou “commons,” que perdurou como instrumento eficaz até 1800 (BOSELNANN, 2015, p. 33-35).

Pois bem: o presente contexto de graves patologias ambientais, mercê de intervenções antrópicas, tem a ver precisamente com o progressivo colapso das coisas comuns. Quadro que reivindica a reconstrução, com máxima sofisticação possível, de modelos que garantam o futuro minimamente estável, incluyente e justo, para gerações presentes e futuras (não apenas de seres humanos).

O desafio fulcral reside na própria compreensão do sentido da sustentabilidade, eis que a pré-compreensão equivocada pode acarretar desvios de toda ordem. Neste estudo serão apresentados os principais aspectos formadores do conceito jurídico da sustentabilidade, até alcançar o posicionamento apropriado.

1. A INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO TRADICIONAL DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A conceituação jurídica de sustentabilidade certamente tem de contemplar a manifesta inconciliabilidade do equilíbrio ecológico com a noção de progresso material a qualquer preço, centro de gravidade de modelos econômicos clássicos, como se a prosperidade mefistofélica fosse meio e fim da realização humana.

A história aponta para ocorrências catastróficas em que o modelo desenvolvimentista mal calibrado e voluntarista, indiferente aos custos diretos e indiretos (externalidades negativas), ultrapassou os limites éticos e naturais e provocou consequências devastadoras para a preservação do equilíbrio ecológico,

³ O reconhecimento de episódios ou exemplos de modelos sociais relativamente sustentáveis no passado não ignora que sobejam relatos do potencial destrutivo e insustentável de agrupamentos ou civilizações humanas antigas. Vide, por exemplo, a abordagem de Jared M. Diamond (1994, p. 39) que apresenta claros indícios de colapsos ecológicos de civilizações antigas: “Given this widespread belief in a Golden Age, some recent discoveries by archaeologists and paleontologists have come as a shock. It’s now clear that preindustrial societies have been exterminating species, destroying habitats, and undermining their own existence for thousands of years. Some of the best-documented examples involve Polynesians and American Indians, the very peoples most often cited as exemplars of environmentalism”. Com raciocínio similar aponta-se o texto de Jared Diamond, N. P. Ashmole e P. E. Purves sobre “The Present, Past and Future of Human-Caused Extinctions” (1989).

encarado como conjunto de condições necessárias a manutenção da vida em todas as suas formas (ESTEVA, 2010).

Com efeito, práticas de extrativismo irracional utilizam recursos naturais em taxas que inviabilizam a recomposição dos ciclos naturais, conduzindo a danos ambientais severos, perda crônica da biodiversidade, mudanças climáticas inegáveis e exaustão de ecossistemas. Não por acaso, milhões de pessoas perecem, a cada ano, em autêntico genocídio patrocinado pela poluição, em suas várias modalidades. É essa marcha insana que merecidamente passou a ser questionada com ênfase maior a partir da década de 60 do século passado, quando renomados cientistas fundaram o Clube de Roma e por meio de inúmeros eventos e publicações⁴ passaram a realçar a emergência sistêmica da crise ambiental, não mais em ocorrências isoladas e localizadas, mas em âmbito planetário (SACHS, 2010, p. 26).

A primeira Convenção sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada pela ONU, em 1972, na cidade de Estocolmo, teve como principal objetivo debater sobre os rumos e os limites do crescimento econômico. Isto porque o paradigma, ainda dominante, implicava forte desconsideração de aspectos éticos e ecológicos, com evidente incapacidade de pensar sobre efeitos adversos de longo prazo.

No período da reconstrução material do pós-guerra, o Direito ocidental, com nuances e peculiaridades regionais, foi convocado a estabelecer formalmente bens fundamentais a serem protegidos, bem como a impor limites a práticas cruéis. De certa maneira, os sistemas jurídicos mostraram-se predispostos a incorporar, ao menos no discurso oficial, preocupações com outro tipo de desenvolvimento. Nada obstante, a busca míope de resultados econômicos imediatos impediu a reconstrução do arcabouço capaz de induzir o desenvolvimento duradouro e ecologicamente responsável.

De Estocolmo em 1972 à segunda Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada pela Organização das Nações Unidas no Rio de Janeiro, o conceito de desenvolvimento experimenta inúmeras críticas e transformações (ESTEVA, 2010). O conceito mais difundido de desenvolvimento sustentável brotou no período preparatório da segunda conferência, quando a Comissão Brundtland designada pela Organização das Nações Unidas publicou o relatório *Nosso Futuro Comum*. A chave conceitual estava em que o desenvolvimento sustentável precisaria inserir a preservação das condições de vida e do atendimento das necessidades não apenas das atuais, mas das futuras gerações⁵. Trata-se, ainda hoje, de significativo progresso. Nessa fórmula, já se consegue embrionariamente realçar o caráter intergeracional do desenvolvimento, cerne da noção de sustentabilidade. Nela aparecem, em termos intertemporais, as bases para um conceito mais completo, que transcenda a ideia de mera satisfação das necessidades.

Como alerta Michael Redclif (2005, p. 35), a simplicidade da noção de desenvolvimento sustentável é, sob certo aspecto, enganosa pois permanecem obscuras complexidades e contradições subjacentes. Dentre as dificuldades, destaca-se o uso da expressão “necessidades”, que se refere à realidade mutante. As necessidades das gerações futuras, às voltas com a inteligência artificial e a conectividade, dificilmente serão as mesmas das atuais gerações. Por igual, não atende às diferentes percepções e

4 Destaque para Meadows, 1978.

5 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991.

prioridades associadas às necessidades por diferentes culturas. Em apertada síntese, o recurso à satisfação de necessidades é útil, mas insuficiente.

Verdade que, ainda na década de 80 do século passado, no âmbito da Assembleia da Organização das Nações Unidas foi aprovada a Convenção do Direito ao Desenvolvimento, que ratificou o escopo do desenvolvimento para muito além de aspectos materiais. Conforme este acordo internacional, o desenvolvimento passa a ser compreendido como:

[...] um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes (ONU, 1986).

Ao mesmo tempo, muitas são as críticas, às vezes exageradas, contra a possibilidade de associar os termos desenvolvimento e sustentabilidade⁶ – a ponto de o desenvolvimento sustentável ser considerado oxímoro por Harlon Daly (Apud REDCLIF, 2005, p. 34). A despeito de tudo, observa-se, desde a década de 90 do século passado, a tentativa de inúmeros países e organizações internacionais de consolidar a noção do desenvolvimento sustentável como prática obrigatória e transversal para cidadãos, empresas e governos. A tensão continua. Para muitos, o desenvolvimento sustentável se converteu numa condição inexorável para todas as instituições e relações sociais, caracterizando uma megatendência inclusive para o mundo dos negócios (LUBIN; ESTY, 2010, p. 2). Em contrapartida, para outros seria mera roupagem nova para a mesma lógica antiga do desenvolvimento ou para sua continuidade (ESTEVA, 2010, p. 72),⁷ pois, na prática, permaneceria servindo aos interesses desenvolvimentistas de setores plutocráticos, em detrimento dos desfavorecidos.

Os dois polos da contenda trabalham com o mesmo pano de fundo: a satisfação de necessidades. Ora, nem o otimismo excessivo, nem o negacionismo acrítico atinam para a noção mais rica de bem-estar, material e imaterial. Quer dizer, o conceito do Relatório Brundtland é bom, mas precisa ser aperfeiçoado para favorecer o desenvolvimento ecologicamente duradouro, em todas as dimensões. O erro, portanto, consiste em centrar a sustentabilidade exclusivamente na satisfação de necessidades materiais. O bem-estar exige mais. Não há, no ponto, como negar o acerto de Amartya Sen (2009, p. 282), ao acentuar que o foco na “qualidade de vida”

6 Um exemplo é Isabel Cristina Moura Carvalho (1990), para quem o adjetivo sustentável remete àquilo que está em perfeito equilíbrio, que se conserva sem desgaste e se mantém no tempo. Quando aplicado ao desenvolvimento, transfere essas qualidades a um modo de organizar a vida social, criando a (falsa) expectativa de uma “sociedade sustentável”, em perfeita harmonia com a natureza, sem conflitos ou tensões sociais que perturbem ou ponham em risco a sua reprodução.

7 O próprio Relatório Brundtland indica que a nova temática busca garantir o desenvolvimento, e não necessariamente ou exatamente colocar como centro das preocupações a qualidade de vida ou formas alternativas de desenvolvimento: “No passado nos preocupamos com o impacto do crescimento econômico sobre o meio ambiente; somos agora forçados, a nos preocupar com o impacto do estresse ecológico - degradação do solo, tratamento da água, atmosfera e florestas - sobre nossos projetos econômicos”. (CMMAD, 1991, p. 05). Também digna de nota a crítica de Arturo Escobar: La visión ecodesarrollista expresada en la corriente principal del desarrollo sostenible reproduce los principales aspectos del economicismo y el desarrollismo. Los discursos no se remplazan entre si completamente sino que se construyen uno sobre otro como capas que solo pueden separarse en parte. El discurso del desarrollo clásico: necesidades básicas, población, recursos, tecnología, cooperación institucional, seguridad alimentaria e industrialismo, son términos que aparecen en el informe Brundtland, pero reconfigurados e reconstruidos”. (ESCOBAR, 1996, p. 368).

ajuda o entendimento dos gargalos ambientais contemporâneos, ainda mais porque o “meio ambiente não é apenas preservação passiva, mas também de busca ativa”. Ademais, a lógica social e distributiva vigente faz com que as pessoas definam as necessidades de maneiras que efetivamente excluem outras pessoas de atenderem às suas, o que, como observa Michael Redclif (2005, p. 38):

Mais importante do que isto, entretanto, o processo por meio do qual nós aumentamos as nossas escolhas, e diminuimos as escolhas dos outros, é em grande parte invisível para as pessoas em suas rotinas diárias, em que pese a compreensão deste processo ser um ponto central para nossa habilidade de se comportar de maneira mais “sustentável”.⁸

Tornar este processo visível é o primeiro passo para a substituição por meios mais sábios e prudentiais de tomada de decisão e que, aos moldes de justiça distributiva (RAWLS, 2008) ou mediante o uso da ética do discurso (HABERMAS, 1997) ou outro meio, permitam a formação de consensos sobre o novo modelo de sociedade sustentável. Entretanto, nada disso funciona, sem abolir o abstracionismo reducionista que esquece de ofertar resposta sistêmica às incontornáveis questões de nosso tempo.

O desiderato é construir o futuro comum de bem-estar, global e local, responsabilidade de todos, num terreno que sirva para implantar política de consenso capaz de dissolver, sem sufocar, diferentes visões e interesses de países, povos e classes sociais que formam o campo conflitivo do desenvolvimento sustentável (LEFF, 2001).

Certamente, é plausível utilizar o argumento de que outro tipo de desenvolvimento é premente:

O Relatório Brundtland desta forma acaba por sugerir mais crescimento, porém não mais como nos velhos tempos do desenvolvimento, para alcançar a felicidade do maior número, mas para conter o desastre ambiental para as futuras gerações. Agiganta-se a ameaça à sobrevivência do planeta. Será que já existiu melhor pretexto para interferência? (SACHS, 2010, p.122).

Ou seja, o Relatório Brundtland foi e é importante, mas cumpre dar novos passos (FREITAS, 2016, p. 48). Na sociedade de risco disseminado é imprescindível que o conceito de sustentabilidade incorpore a multidimensionalidade (jurídico-política, ética, ambiental, social e econômica), de sorte a funcionar como princípio direta e imediatamente aplicável, em sentido forte. Demanda o cumprimento dos imperativos da responsabilidade cooperativa e partilhada pelo ciclo de vida dos produtos e serviços, uma vez que o progresso material não pode sonegar o imaterial. Exige a pronunciada reconceituação do Estado de Direito que inclua titularidade das gerações futuras e assegure o reconhecimento do valor intrínseco da “natureza.” Assim concebida, a sustentabilidade vai além da satisfação de necessidades. Ela é que adjetiva, condiciona e infunde características ao desenvolvimento, não o contrário (FREITAS, 2016, p.57).

2. O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE

Ressurgido no cenário mundial nos últimos tempos, com vigor, a sustentabilidade é conceito que requer esclarecimentos adicionais que permitam blindar,

⁸ Tradução livre de: Most important, however, the process through which we enlarge our choices, and reduce those of others, is largely invisible to people in their daily lives, although understanding this process is central to our ability to behave more “sustainably”.

o mais possível, o seu significado de interpretações equivocadas. É nesse aspecto que Klaus Bosselmann (2015, p. 25) faz um expressivo alerta: quando um termo passa a exigir complementos e qualificações há forte sinal de que o seu emprego ou significado pode estar comprometido ou prejudicado. Como quer que seja, existem várias acepções complementares úteis, que a tornam a sustentabilidade condicionante do desenvolvimento, não dele dependente.⁹

O certo é que o conceito de sustentabilidade, quando adequadamente formulado, ostenta notável capacidade de expressar conteúdo riquíssimo, irrenunciável para a delimitação de critérios habilitados a produzir cenário juridicamente reorientado para a qualidade de vida, como preceituam os Arts. 225 e 170, VI, da Constituição Federal. De fato, mais do que apego ao termo, intenta-se proclamar a relevância da defesa do sentido promissor do conceito de sustentabilidade, com o acréscimo da expressão “ecológica,” visando a atribuir-lhe caráter mais elucidativo.

A propósito, tendo vista as diferentes abordagens apresentadas em textos internacionais, Klaus Bosselmann (2015, p. 34-64) identifica duas versões mais comuns da sustentabilidade, a noção forte e a fraca, a partir de contribuição do economista Wilfred Beckerman, cuja distinção não é apenas gradual, mas de fundo.

Pela noção fraca, refere-se a discussão iniciada desde 1972 e que culminou na definição da comissão Brundtland que defende a harmonização entre aspectos econômicos, sociais e ambientais aparentemente em pé de igualdade. Tal abordagem é considerada fraca na medida em que mantém o ser humano como centro inflacionado de preocupações e eleva a condições semelhantes problemas assaz distintos, em especial ao versar sobre limites econômicos e sociais, de um lado, e limites ecológicos, de outro.

O ressurgimento das concepções que idolatram os mercados (ignorando falhas graves, tais como as assimetrias de informação, o abuso do poder dominante e as externalidades não internalizadas), fez com que, como salienta Michael Redclif (2005, p. 39), as políticas ambientais restassem presas à noção fraca da sustentabilidade.

A bem dizer, a culpa não é tanto do conceito, mas da sua interpretação. Seja como for, cumpre reconhecer que o risco do desvirtuamento é real, sobretudo pela nota de satisfação antropocêntrica de necessidades materiais. Aliás, o relatório apresentado pela Comissão de Avaliação do Desempenho do Progresso Econômico e Social¹⁰, realizado a pedido do governo francês, diferencia os sentidos fraco e forte da sustentabilidade, aferidos com métricas distintas:

A abordagem “fraca” da sustentabilidade considera que um bom desempenho em algumas dimensões pode compensar a baixa performance em outras. Isto permite

9 Alguns precursores, com suas respectivas obras, foram importantes para a afirmação da noção de sustentabilidade. Destacam-se Rachel Carson, *A primavera silenciosa* (1962); Paul Ehrlich, *The population bomb* (1970); MIT/Clube de Roma, *Os limites do crescimento* (1972); I Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Estocolmo, 1978); Ignacy Sachs e Maurice Strong, com a noção de ecodesenvolvimento (1974-1975); União Internacional pela Conservação da natureza (UICN), 1980; Fundação Hammarskold, Suécia, *Um outro desenvolvimento* (1976); Relatório Brundtland, *Nosso futuro comum* (1987); e a II Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e o Meio Ambiente (Eco-92).

10 Esta comissão, também conhecida como “Comissão Stiglitz-Sen-Fitoussi” em virtude do nome de seus líderes, é uma comissão de pesquisa criada pelo governo francês em 2008 com o objetivo de examinar como o bem-estar e o progresso social de uma nação poderiam ser mensurados, sem se basear apenas no índice unidirecional do produto interno bruto. Para maiores informações vide o site oficial da comissão: <<http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/en/index.htm>>, acesso em: 10/03/2013.

uma avaliação global da sustentabilidade utilizando índices mono-dimensionais. A abordagem “forte” sustenta que a sustentabilidade exige a manutenção diferenciada da quantidade ou qualidade de vários itens ambientais diferentes. Seguir este entendimento exige grandes conjuntos de dados estatísticos separados, cada um pertencente a um subdomínio específico da sustentabilidade global.¹¹ (STIGLITZ, SEN e FITOUSSI, 2010, p. 63). (grifos dos autores).

Em outro dizer, a abordagem forte é aquela que considera a sustentabilidade ecológica, isto é, que prescreve a vida dentro de limites dos sistemas ecológicos, limites que a economia e a sociedade devem necessariamente respeitar e atender, sob pena de colapso. Essa visão não é contrária ao desenvolvimento, porém trata de assegurar que este seja duradouro e inclusivo. Não é oposta à Economia, mas lança o desafio de subordinar a eficiência à eficácia dos objetivos fundamentais do Estado Constitucional.

O posicionamento fraco só é altamente sedutor para aqueles que tendem a focar numa falsa contraposição entre seres humanos e natureza, como se não integrássemos o processo natural. Com efeito, não está errado assinalar, como faz Boaventura de Souza Santos (2001, p. 42), que a crise ambiental é, de certo modo, consequência do fenômeno que denomina “transnacionalização da pobreza, da miséria e da fome”, sendo a degradação ambiental um dos principais problemas na relação social mundial. Contudo, o enfoque é ecologicamente insuficiente: indispensável aduzir que o modelo antinatural de bem-estar está na gênese mais profunda dos problemas sociais. É necessário, pois, reelaborar o conceito de Estado de Direito para que dê guarida à natureza¹². Tudo isso supõe acepção da sustentabilidade, em sentido forte, concebida como princípio fundamental que gera novas obrigações e determina, antes de mais nada, a salvaguarda do direito ao futuro para todos (FREITAS, 2016, p. 57).

Eminente pensador que defende, à primeira vista, noção fraca da sustentabilidade é, a despeito dos méritos inegáveis da sua obra, Ignacy Sachs (2002, p. 71-72), para quem:

- a sustentabilidade social vem na frente por se destacar como a própria finalidade do desenvolvimento, sem contar com a probabilidade de que um colapso social ocorra antes da catástrofe ambiental; - um corolário: a sustentabilidade cultural; - a sustentabilidade do meio ambiente vem em decorrência; - outro corolário: distribuição territorial equilibrada de assentamentos humanos e atividades; - a sustentabilidade econômica aparece como uma necessidade, mas em hipótese alguma é condição prévia para as anteriores, um vez que um transtorno econômico traz consigo o transtorno social, que por seu lado, obstruiu a sustentabilidade ambiental; - o mesmo pode ser dito quanto à falta de governabilidade política, e por esta razão é soberana a importância da sustentabilidade política na pilotagem do processo de reconciliação do desenvolvimento com a diversidade biológica; - novamente um corolário se introduz: a sustentabilidade do sistema internacional para manter a paz - as guerras modernas são não apenas genocidas, mas também ecocidas -, e para o estabelecimento de um

11 Tradução livre de: The “weak” approach to sustainability considers that good performance in some dimensions can compensate for low performance in others. This allows a global assessment of sustainability using mono-dimensional indices. The “strong” approach argues that sustainability requires separately maintaining the quantity or quality of many different environmental items. Following this up therefore requires large sets of separate statistics, each pertaining to one particular subdomain of global sustainability.

12 Vide Rule of Law for Nature. Christina Voight (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

sistema de administração para o patrimônio comum da humanidade.

O ponto é que, nos anos 80 do século passado, quando a discussão sobre a sustentabilidade alcançou maior relevo nas esferas da política e da economia, a concepção majoritária estava atada à ideia de satisfazer necessidades (ainda que não exclusivamente) humanas. Por influência da Economia Neoclássica almejava-se traduzir as escolhas ambientais em termos de preferências de mercado, com alinhamento à ortodoxia “neoliberal”. Como corolário dessa tendência, houve o aumento da atenção para medições e indicadores quantitativos, buscando-se meios práticos pelos quais a sustentabilidade pudesse ser incorporada ao planejamento convencional (REDCLIF, 2005, p. 39).

No mesmo quadrante, a maior parte das discussões sobre a sustentabilidade como processo político foram lideradas por outras disciplinas, sem vez para uma visão ecológica mais fecunda. Essa perspectiva fraca provocou tímido enfrentamento da crise ambiental em sua raiz. Com efeito, a noção débil de sustentabilidade não conseguiu demonstrar os vínculos entre o ambiente, a biologia, a justiça social e a governança. Ao contrário, tais vínculos foram se tornando vagos e movediços nos discursos sobre o desenvolvimento sustentável e as relações estruturais entre o poder, a consciência e o meio ambiente resultaram postas entre parênteses.

A abordagem fraca da sustentabilidade não serviu de anteparo contra o império dos fósseis. Quer dizer, a adoção desse conceito mantém sérias distorções, no campo das prioridades, inclusive pela inércia crítica diante de leis e decisões públicas que flagrantemente incentivam a destruição (inconstitucional) do equilíbrio ecológico.

Felizmente, no entanto, cresce a noção da sustentabilidade forte. Hoje já se reconhece, cada vez mais, que a sustentabilidade é valor constitucional supremo, desdobrado em princípio ético-jurídico vinculante e objetivo fundamental da República, a partir do caráter pluridimensional que recomenda o abandono do modelo tradicional de desenvolvimento (FREITAS, 2016, p. 116). Sustentabilidade é, sem dúvida, valor supremo, acolhida a leitura da Carta endereçada à produção da homeostase biológica e social de longa duração.

Como pondera Klaus Bosselmann (2015, p. 78), para que a sustentabilidade seja reconhecida nesta qualidade normativa, ou seja, com natureza jurídica principiológica, deve ser entendida como dever de proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos da Terra. Em outras palavras, precisa ser assimilada como reflexo de norma fundamental (o respeito à integridade ecológica), que culmina com a exigência de uma ação (proteger e restaurar) e, então, passa a ter efeito legal (BOSELLEMAN, 2015, p. 78).

Assim, o Estado Sustentável, no século de mudanças climáticas e alastrada poluição letal, tem que operar modelo conceitual que viabilize, em concreto, a economia de baixo carbono e a responsabilidade efetiva pelas presentes e futuras gerações. Por certo, não pode permanecer o Estado patrimonialista, avesso ao planejamento intertemporal e à gestão de riscos. O novo modelo só cobra sentido se introjetar o princípio constitucional da sustentabilidade, em sentido forte, em todo tecido do sistema jurídico-político. (FREITAS, 2016, p. 275-318).

Com a aplicação do conceito, nesses moldes, a formulação e a interpretação do Direito mudam axiologicamente. Várias pré-compreensões são alteradas ou

abandonadas. Por essa razão, o novo paradigma é considerado “valorista” por autores como Ricardo Luis Lorenzetti (2010, p. 32):

A existência de um valor permite assinalar uma finalidade para a ação desorientada e pode fornecer um instrumento para apreciar o conteúdo apropriado ou desacertado das ações. Por exemplo, tanto o desenvolvimento como o consumo são ações que tradicionalmente não tinham orientações admissíveis, mas com o ambientalismo adquiriram uma característica que lhes dá essa orientação: ambos devem ser sustentáveis.

É também por esse motivo que Klaus Bosselmann (2015, p. 77) advoga a determinação de núcleo normativo fundante do chamado desenvolvimento sustentável como pressuposto para o seu reconhecimento como princípio jurídico. E assevera:

A clareza só pode vir a definir a essência de “sustentável” em relação ao objeto. A essência não é a “sustentabilidade econômica”, tampouco a “sustentabilidade social” e o “tudo sustentável”, mas sim a “sustentabilidade ecológica”. Esta não é a mesma essência que os objetivos econômicos e sociais tratam como menos importantes. Ambos são partes integrantes do conceito de desenvolvimento sustentável, mas não são partes integrantes do princípio da sustentabilidade. Transformar as três formas de sustentabilidade em princípio seria tarefa impossível sem desistir de seu significado essencial. (BOSELLEMAN, 2015, 0. 77).

Na realidade, não são propriamente formas sobrepostas, mas dimensões múltiplas de uma só sustentabilidade. O Art. 225 da Constituição Federal brasileira, ao referir-se expressamente ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, abraça o caráter forte do conceito de sustentabilidade no Direito brasileiro.

Logo, a sustentabilidade empresta sopro de vida ao texto constitucional brasileiro, em linha com a Agenda 2030, da ONU, a qual, em boa hora, arrolou os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Com base nesses pressupostos, é possível assimilar o conceito de sustentabilidade (FREITAS, 2016, p. 52), prescrevendo às demais dimensões o respeito e a preservação dinâmica da dimensão ecológica, holisticamente compreendida:

É o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Cabe novamente evocar a lição de Klaus Bosselmann (2015, p. 77), de que “o princípio da sustentabilidade tem existido por séculos sem nenhum outro objeto a não ser a base de recursos naturais. Enquanto esse objeto pode ter sido ampliado [...] o princípio da sustentabilidade nunca mudou”. De fato, o tripé clássico da sustentabilidade (ambiental, social e econômico) pode, sem os acréscimos propostos, resvalar para uma configuração estritamente “reificada”, dado que se concentra no objeto (seja o ambiente em si, o homem visto em sua dimensão coletiva ou a exploração econômica do ambiente pelo homem).

Contudo, ao adicionar as dimensões jurídica, política e ética, o conceito de sustentabilidade insere-se no horizonte conceitual que leva em conta a relação

dialética e circular do homem com o todo. Trata-se de relação intersubjetiva que ultrapassa a simples correlação ontológica, biológica ou ecológica do homem e os recursos naturais.

À luz do conceito forte, cria-se o ponto de inflexão, recepcionando a natureza como parte integrante do Estado de Direito. O giro é de elevada monta: “o desenvolvimento é sustentável quando tende a preservar a integridade e a manutenção dos sistemas ecológicos, é insustentável se tende a fazer o contrário” (BOSELTMANN, 2015, p. 78).

Com base nessa argumentação, considera-se altamente aconselhável qualificar o princípio da sustentabilidade, para fins de esclarecimento da posição adotada, como princípio da sustentabilidade ecológica. Ainda que a opção se revele algo redundante sob o ponto de vista técnico, facilita sobremaneira a compreensão do princípio em tela.

Inegavelmente, a sustentabilidade, em sentido forte, pressupõe deixar de lado uma série de concepções antiquadas. A maior novidade radica no advento de sindicabilidade de longo espectro, quando o jurista supera a miopia e veste as lentes intertemporais. Desse modo, em lugar da gestão enredada nas paixões governativas e do imediatismo fragmentário (às vezes, explorador da oneomania), desponta o Direito integrado das políticas do Estado Sustentável, apto a reconhecer, numa revisão crítica das teorias clássicas sobre os direitos subjetivos, a titularidade de direitos fundamentais de gerações futuras e a praticar justa ponderação de custos e benefícios, diretos e indiretos, que levem precipuamente em consideração o equilíbrio ecológico na formulação e na implementação dos programas constitucionais. (FREITAS, 2016, p. 277-278). Eis nova funcionalidade cogente que pressupõe, a par da intangível dignidade humana, proteger e tutelar o valor intrínseco dos seres conscientes (mais do que simplesmente dotados de sensibilidade). Implica, em última análise, (a) promover a releitura da responsabilidade do Estado e da sociedade para fazer frente aos reclamos da gestão sustentável; (b) acentuar o nexos causal entre a inércia inconstitucional e os eventos danosos, não se admitindo omissão danosa, ao se introduzir teste rigoroso de sustentabilidade das abstenções (FREITAS, 2016, p. 296); (c) valorizar os princípios da prevenção e da precaução para que incidam em todas as províncias do sistema jurídico (FREITAS, 2016, p. 298-306) e (d) adotar máximas hermenêuticas voltadas à concretização do princípio da sustentabilidade, de sorte que a interpretação somente sacrifique o mínimo para preservar o máximo, vedadas ações e omissões causadoras de prejuízos às presentes e futuras gerações.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assinale-se, por derradeiro, que a adoção do conceito forte de sustentabilidade enseja abandonar, definitivamente, o modelo do crescimento pelo crescimento econômico, a qualquer custo, incompatível com os objetivos fundamentais da República brasileira e da Agenda 2030 da ONU.

A sustentabilidade, nos moldes propostos, é princípio constitucional vinculante que incide em todas as províncias do sistema jurídico, a serviço deliberado da homeostase, entendida como capacidade biológica e institucional de promover o multifacetado reequilíbrio propício ao bem-estar duradouro.

Assimilada corretamente, a sustentabilidade não se confunde com qualquer instrumento de marketing. Aprimora em tons inéditos, o modo de enxergar e de syndicar as políticas públicas. Mobiliza o pensamento prospectivo de longo prazo. Não admite a dimensão ambiental como refém do mercado e de suas falhas. Exige o desenvolvimento realmente integrado que supõe reduzir o impacto das atividades poluentes, sem negligenciar a adaptação da biosfera. Assume que não podem prosseguir as emissões tóxicas lesivas, com ruinosos efeitos cumulativos. Incorpora a preferência pela prevenção e pela precaução. Suscita inovador modo de conceber o Direito e, assim, interpretação jurídica consentânea com o Estado Sustentável. Determina a revisão das titularidades (admitidos, desde logo, direitos de gerações futuras). Imprime eficácia intergeracional aos direitos fundamentais de todas as dimensões.

Como se observa, a sustentabilidade não é uma causa transitória, mas pauta permanente de transformações de monta: novo estilo de trabalho, segurança energética, redesenho regulatório, reconstituição da matriz de transportes, contratações que respeitem a função de equilíbrio ecológico e responsabilidade pós-consumo, uso racional das propriedades, assim por diante.

Importa destacar, em última análise, que o princípio da sustentabilidade ecológica, em sentido forte, representa grande oportunidade para promover o desenvolvimento limpo, em todos os sentidos, com o correspondente novo ciclo de produção e de consumo, conforme lógica cooperativa e solidária, sábia e prudente. Numa palavra: sustentável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: RT, 2015.

CARSON, Rachel. **Silent spring**. Boston: Houghton Mifflin Company, 2002.

CARVALHO, Isabel Cristina Moura. **Ecologia: um campo estratégico**. In Revista de Cultura Vozes, n. 2, 1990, p. 234-241.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DIAMOND, Jared, ASHMOLE, N. P.; PURVES, P. E.; **The Present, Past and Future of Human-Caused Extinctions**, 1989.

DIAMOND, Jared. M.; ASHMOLE, N. P.; PURVES, P. E.; **The Present, Past and Future of Human-Caused Extinctions**. In Philosophical Transactions of the Royal Society, Biological Sciences. n. 325. 6/11/1989. Disponível em: <<http://rspb.royalsocietypublishing.org/content/325/1228/469.short>>, acesso em: 17/05/2014.

DIAMOND, Jared. M.; **Ecological Collapses of Ancient Civilizations: The**

Golden Age That Never Was. In Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences, v. 47, n. 5. (fev. 1994), pp. 37-59. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3824451>, acesso em: 27/12/2015.

ESCOBAR, Arturo. **La Invencion del Tercer Mundo: Construcción y Deconstrucción del Desarrollo.** Santa Fé de Bogotá: Editorial Norma, 1996.

ESTEVA, Gustavo. **Development.** In SACHS, Wolfgang. (Ed.). The development dictionary: A Guide to Knowledge as Power. London & New York: Zed Books, 2010.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro.** 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia.** v. 1. São Paulo: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HESPANHA, António Manuel. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade.** Curitiba: Juruá, 2010.

LEFF, Enrique. **La insuportable levedad de la globalización de la naturaleza y las estratégias fatales de la sustentabilidad.** In Revista Venezoelana de Economía y Ciencias Sociais, v. 7, n. 1, 2001, p. 149-160.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental.** Trad. Fábio Costa Morosini; Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUBIN, David A; ESTY, Daniel C. **The sustainability imperative.** In Harvard business review. v. 88, n. 5, p. 42-50, 2010.

MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L. RANDERS, Jorgen; BEHRENSIII, Willian W. **Limites do Crescimento: um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre dilema da humanidade.** 2. ed. Trad. Inês M. F. Litto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** 3. ed. São Paulo: Martins Editora, 2008.

REDCLIFT, Michael. **Sustainable development (1987--2005): an oxymoron comes of age.** In Sustainable development, v. 13, n. 4, p. 212-227, 2005.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável.** In STROH, Paulo Yone (org.); Trad. José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro, RJ: Garamond, 2002.

SACHS, Ignacy. **Enviroment.** In SACHS, Wolfgang. (Ed.). The development

dictionary: A Guide to Knowledge as Power. London & New York: Zed Books, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo, SP: Cortez, 2001.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

STIGLITZ, Joseph E, SEN, Amartya, FITOUSSI, Jean-Paul; **Report by the commission on the measurement of economic performance and social progress**. Paris: Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, 2010. Disponível em: <http://www.insee.fr/fr/publications-et-services/doss-iers_web/stiglitz/doc-commission/RAPPORT_anglais.pdf>, acesso em: 14/05/2015.

VOIGHT, Christina Voight (ed.). **Rule of Law for Nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Artigo convidado, recebido em: 22/05/2018

REVISTA

DIREITO SEM FRONTEIRAS

I. DOCTRINA NACIONAL

2

**A AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA COMO INSTRUMENTO
DE EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA ATUAÇÃO DOS
TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS**

**THE STRATEGICAL ENVIRONMENTAL EVALUATION AS AN
INSTRUMENT OF EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES BY THE
ACTION OF THE STATES' COURT OF ACCOUNTS**

Denise Schmitt Siqueira Garcia¹

Heloise Siqueira Garcia²

Kassy Gerei dos Santos³

1 Doutora em Direito ambiental pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Especialista em Direito Processual Civil. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Membro da Comissão de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto de Advogados do Brasil. Advogada. Autora radicada no Brasil. E-mail: denisegarcia@univali.br.

2 Doutoranda do PPCJ – UNIVALI. Doutoranda em Derecho pela Universidade de Alicante – ES. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Mestre em Derecho Ambiental y de laSostenibilidad pela Universidad de Alicante – Espanha. Pós-graduada em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNIVALI. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora do curso de Direito das Faculdades Avantis e Sinergia. Advogada. Autora radicada no Brasil. Email: heloisegarcia@univali.br.

3 Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade do vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado. Autora radicada no Brasil. Email: kassy0911@gmail.com.

Como citar este artigo:

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloisa Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos. **A avaliação ambiental estratégica como instrumento de efetividade de políticas públicas pela atuação dos Tribunais de Contas Estaduais**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018; v. 2 (4): 27-42.

RESUMO

O estudo desenvolve-se com o objetivo de verificar a possibilidade de utilização da Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento para efetivação de políticas públicas por meio da atuação dos Tribunais de Contas Estaduais. Para melhor desenvolvimento do estudo, este foi dividido em três tópicos, no primeiro foi abordado o controle exercido pelos Tribunais de Contas e seu papel na efetivação de políticas públicas; no segundo, abordou-se aspectos introdutórios e fundamentais de aplicação da Avaliação Ambiental Estratégica e sua eficácia na preservação ambiental; por fim, no terceiro tópico, abordou-se especificamente os Tribunais de Contas Estaduais e a possibilidade de efetivação de políticas públicas pela atuação desses órgãos através do incentivo à utilização da Avaliação Ambiental Estratégica. De todo o conteúdo examinado, observou-se a relevância dos temas abordados e a possibilidade de os TCE's valerem-se da AAE como instrumento efetivo em prol da consolidação de políticas pública, tanto em sua atuação preventiva, por meio de recomendações em pareceres, como posterior, em sua atividade fiscalizatória. Para o desenvolvimento da investigação utilizou-se o método indutivo a ser operacionalizado com as técnicas do referente, das categorias, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Palavras-chave: Avaliação Ambiental Estratégica; Políticas Públicas; Tribunais de Contas Estaduais.

ABSTRACT

The study develops with the goal to verify the possibility of the utilization of the Strategic Environmental Evaluation as an instrument of effectiveness of public policies by the action of the States' Court of Accounts. For a better development of the study, it is divided in three topics, in the first one the control executed by the Court of Accounts and its role in the effectiveness of public policies is approached; the second one addresses preliminary and fundamental aspects of the application of the Strategic Environmental Evaluation and its effectiveness in the environmental preservation; in conclusion, in the third topic, the States' Court of Accounts and the possibility of effectiveness of public policies by the action of these institutions fostering the utilization of the Strategic Environmental Evaluation is specifically approached. Of all the examined content, the relevance of themes approached is observed and the possibility of the Court of Accounts validate the SEE as an effective instrument in favor of consolidation of public policies, such as in its preventative actions, through recommendations in reports, and further, in its supervising function. For the development of the investigation the inductive method is used to be operationalised with the regarding techniques, the categories, the operational concepts, the bibliographic research and annotations.

Keywords: Strategic Environmental Evaluation; Public Policies; States' Court of Accounts.

INTRODUÇÃO

O artigo tem como tema principal a verificação da possibilidade de utilização da Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento de efetividade de políticas públicas pela atuação dos Tribunais de Contas Estaduais.

Para alcançar tal finalidade foram investigados especialmente os elementos legais e doutrinários ligados aos temas, de modo a perquirir, após análise dos três tópicos de divisão do estudo, se a AAE pode ser utilizada pelos Tribunais de Contas Estaduais para a efetivação das diretrizes constitucionais de preservação ambiental materializadas por meio de políticas públicas.

Para tanto, visando um desenvolvimento lógico do estudo, o artigo foi dividido em três partes: O Papel Dos Tribunais De Contas Na Efetivação De Políticas Públicas; Propedêutica da Avaliação Ambiental Estratégica; A atuação do TCE e a AAE como Instrumento efetivo na consolidação das políticas públicas estaduais.

Com relação à metodologia adotada, ressalta-se que a opção dos autores deu-se pela utilização do método indutivo, tendo sido acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento⁴.

1. O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 830) o termo Políticas Públicas classifica-se como “um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou dar prosseguimento a um projeto governamental para o país”.

Não divergindo, mas complementando a conceituação supracitada, cita-se o entendimento de Maria Paula Dallari (2006, p. 241), que sobre as políticas públicas diz: “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”

Ainda, é válida a análise da concepção do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a qual pode ser extraída do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 759.543, cujo teor expõe, de forma clara, que as políticas públicas encontram-se estabelecidas na Constituição Federal e devem ser implantadas pelo poder público de modo efetivo.⁵

Além disso, a mesma decisão enfatiza que “o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa”.⁶

Nesse sentido, aponta-se, exemplificativamente, como diretrizes básicas

4 Conforme estabelecido na obra PASOLD, 2015, p. 58.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento – 759.543/RJ. Relator: Ministro: Celso de Mello, Data do Julgamento: 28/10/2013, Data da Publicação: 11/11/2013. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2686292>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento – 759.543/RJ. Relator: Ministro: Celso de Mello, Data do Julgamento: 28/10/2013, Data da Publicação: 11/11/2013. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2686292>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

estabelecidas pela constituição, a saúde pública, a educação, a previdência, a assistência social, e, é claro, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Pelo seu conteúdo, observa-se com clareza a importância dos objetivos traçados pela constituição e, também, que a concretização de tais objetivos depende, fatalmente, de políticas públicas efetivas.

Apesar disso, mesmo diante de sua inegável relevância, as políticas públicas nem sempre são concretizadas pelo Governo, pois, dependem, em grande medida, de um suporte financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 435).

Ocorre que, por vezes, a falta de suporte financeiro por parte do Poder Público deriva de “obstáculos artificiais” criados a partir da manipulação da atividade financeira e/ou político-administrativa, com o ilegítimo, despótico e reprovável fim de fraudar, ou inviabilizar a execução de políticas públicas em suas condições materiais mínimas de existência (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 36), desviando os valores públicos para fins diversos dos objetivos consagrados pela Constituição.

Deste modo, com a percepção de que a existência de um Estado sempre traz consigo o risco de os poderes estatais inerentes a este serem utilizados de forma desvirtuada em benefício das classes dominantes, sendo este um risco indesejado, mas sempre presente (JUSTEN FILHO, 2016, p. 80), e que, por conta disso, em diversas oportunidades não se alcança as diretrizes ordenadas pela Constituição Federal, fica latente a necessidade de um controle administrativo apto a mitigar os riscos inerentes a Governos ímprobos e desvirtuados do interesse público, sendo, a partir disso, oportuno o estudo do papel dos Tribunais de Contas na efetivação de políticas públicas.

Avançando sobre o tema, oportuna a análise da conceituação de controle, para tanto, aproveita-se das palavras de Carvalho Filho (2012, p. 929) que descreve o controle da Administração Pública como “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”.

A partir disso, sem ignorar a existência de diversas outras classificações desenvolvidas pela doutrina sobre o controle exercido sobre o poder público, aborde-se, no presente estudo, duas formas de controle extraídos da doutrina de Carvalho Filho (2012, p. 973), quais sejam: controle político e controle administrativo.

Com relação ao controle político, verifica que este decorrente da trilogia de funções do Estado, divididas em: legislativa, administrativa e jurisdicional, cuja composição foi tecida por Barão de Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*, com o desígnio de evitar a concentração de poderes e, com isso, preservar a liberdade dos homens em face de abusos e tiranias dos governantes. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 60).

Tal controle é denominado como “controle de freios e contrapesos”, ou “checkand balances” no direito norte-americano. No texto constitucional brasileiro tal espécie pode ser interpretada a partir do artigo 2º, que diz: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Nesse viés, vale destacar a lição de Alexandre de Moraes (2007, p. 388), que diz:

O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional

linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos”.

Compreende-se, portanto, que o controle de “freios e contrapesos” se consubstancia na ideia de que os órgãos precisam de garantias e prerrogativas constitucionais que os equilibrem e torne possível que, de forma harmônica, seja efetivado o controle recíproco entre os Poderes.

Embora reconheça a importância de tal divisão, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 31) pontua que: “Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgarmente notável e muito bem-sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica”.

Desta forma, ainda que o controle administrativo e controle político atuem de forma distinta, ambos são de importância elementar ao combate das práticas desonestas e desvirtuadas do interesse público, pois a má atuação desses órgãos repercute em toda a estrutura política do país.

Feitas essas breves considerações, cuidando especificamente do controle administrativo, mais uma vez socorre-se da lição de Carvalho Filho (2012, p. 974), o autor, em sua explicação, afirma que o controle administrativo se direciona às instituições administrativas, e nele não se executa nenhuma medida para estabilizar os poderes políticos, pois, longe disso, “pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer uma das funções do Estado – a função administrativa”.

Tal controle se concretiza de diversos modos, a exemplo, cita-se a verificação sobre a legalidade dos atos administrativos, da conveniência e oportunidade de condutas administrativas e, ainda, sobre a fiscalização financeira da Administração Direta e Indireta. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 974).

O artigo 70 da CRFB/88, estabelece que compete ao Congresso Nacional a realização do controle externo da Administração direta e indireta, efetivando a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, e ainda, que para o exercício do controle externo conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União, a rigor do disposto no artigo 71 também da Carta Magna.

Embora seja constituído como órgão auxiliar, é inegável o destaque da atuação dos Tribunais de Contas em nosso ordenamento, nesse sentido, destaca-se o entendimento José Afonso da Silva (2015, p. 770) de que, embora o controle externo exercido pelo Congresso Nacional se insira também no controle administrativo, este, em sua essência, ainda se classifica como um controle político, enquanto o controle exercido pelos Tribunais de Contas deve ser técnico, ou tão técnico quanto possível.

Isso ocorre porque o Poder Legislativo é fatalmente composto por parlamentares que atuam de acordo com diversos interesses políticos, levando à contaminação deste controle, tal contaminação não é inerente ao Controle Externo, mas sim um elemento externo indesejado. Com isso, cabe ao Tribunal de contas exercer o controle técnico como uma forma de amenizar tal contaminação. (2014, p. 770).

Dando maior profundidade ao estudo relacionado aos Tribunais de Contas, nos incisos do artigo 71 da CRFB, encontram-se suas amplas competências, no

caso, malgrado refira-se ao Tribunal de Contas da União, oportuno esclarecer que o Artigo 75 da CRFB/88 fixa que as normas ali expostas se estendem aos Tribunais Estaduais e até mesmo aos Municipais.

Com efeito, todas as atividades expostas nos incisos do artigo 71 da CRFB/88 são relevantes, contudo possuem grande variação em termos de conteúdo, pois vão desde a apreciação das contas anuais do Presidente da República elaborando parecer prévio a ser analisado pelo Congresso Nacional, conforme artigo 71, inciso I, até a representação aos poderes competentes quando apuradas determinadas irregularidades, conforme inciso XI do mesmo dispositivo.

Contudo, para não se distanciar do objeto do presente artigo, aponta-se, desde já, que o papel dos Tribunais de Contas na efetivação de políticas públicas decorre, em grande parte, do artigo VI, do artigo 71, da CRFB⁷, que impõe ao órgão o dever de “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”.

Como se infere da leitura do inciso, no exercício dessa atribuição, compete ao Tribunal de Contas fiscalizar a aplicação de todo e qualquer recurso repassado pela União em razão de convênio, acordo ou ajuste a qualquer dos entes da Federação. Essa fiscalização é realizada pelo exame das prestações de contas dos órgãos ou entidades que transferiram os recursos federais, eis que tais prestações de contas são direcionadas anualmente ao Tribunal para que ele aprecie e julgue se houve fiel cumprimento do pactuado no instrumento de convênio que ensejou o repasse da verba. (MASSON, 2015, p. 696).

Desta forma, como os repasses de verbas feitos pela União, em grande parte, são direcionados ao cumprimento de diretrizes específicas e constitucionalmente estabelecidas, por meio da fiscalização do uso adequado de tais recursos, ou melhor, do uso coerente ao ajustado no instrumento que originou o repasse, é que se verifica o papel dos Tribunais de Contas na efetivação de políticas públicas, ou seja, a contribuição dos Tribunais de Contas na efetivação de políticas públicas decorre, em grande parte, do controle preventivo e repressivo exercido pelo órgão sobre o uso adequado da verba pública.

Contudo, há que se consignar que o dispositivo deve ser interpretado com cautela, pois os Tribunais de Contas não atuam diretamente fiscalizando a efetivação de políticas públicas, mas esta, em nossa visão, é uma consequência lógica da execução eficaz das competências constitucionais estabelecidas ao órgão.

A tempo, reitera-se que as competências constitucionais garantidas ao Tribunal de Contas da União, por força do artigo 75 da Carta Política, são estendidas aos órgãos estaduais, a exemplo disso, no terceiro tópico do presente artigo, após embasamento essencial a respeito da Avaliação Ambiental Estratégica, analisar-se-á a atuação do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e a Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento efetivo de concretização de políticas públicas.

7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 mar. 2018.

2. PROPEDÊUTICA DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA⁸

No viés das discussões propostas no presente estudo, ressalta-se especial importância quanto à AAE, apresentando-se como uma possibilidade real da observação da condição ambiental, não colocando cabrestos à visão do Poder Público.

Desastres e problemáticas ambientais levam a comunidade acadêmica a levantar discussões acerca de instrumentos do Direito Ambiental capazes de garantir, de alguma forma, a preservação ambiental, esta aqui entendida no seu conceito mais global, a integrar dimensões não só ambientais, mas também econômicas e sociais.

Dentro desse contexto, para a efetivação concreta dessa proteção ambiental, existe a necessidade de instrumentos regulamentados a serem seguidos para instalação de atividades ou políticas que possam ser degradantes do meio ambiente.

Nesse viés que se instauram discussões resultantes de uma dedicação e estudo acerca da AAE, sendo que esta possibilita a real observação da condição ambiental, não colocando cabrestos à visão do Poder Público.

Pode-se dizer que a AAE é “[...] uma ferramenta que fornece oportunidades para a formulação de políticas, planos e programas mais sensíveis às questões ambientais; facilita a integração e coordenação entre vários atores institucionais; e aumenta e fortalece a participação pública.” (PELLIN, 2011).

Historicamente a expressão decorre da tradução direta da inglesa *Strategic Environmental Assessment – SEA*, sendo que se seguida a sua etimologia prima-se pelos conceitos de meio ambiente e estratégia, o que acaba por gerar algumas discussões doutrinárias quanto à designação a ser adotada, porém a mais aceita é a trabalhada no presente trabalho, a partir da consideração histórica de seu surgimento.⁹

Deve-se ter em mente que a AAE tem o dever de discutir políticas públicas, não sendo apenas um instrumento para justificá-las, “[...] necessitando estar articulada com seu processo de formulação, a fim de subsidiar a tomada de decisão frente a alternativas viáveis e sua comparação.” (MACIEL, 2011, p. 463).

[...] concebe-se a avaliação ambiental estratégica como o instrumento de cognição prévio, participativo, holístico, integral e sistemático que qualifica e densifica, na perspectiva material, as escolhas públicas com ampla repercussão na qualidade de vida humana e no ecossistema. (BODNAR; ROSSETTO, 2015, p. 54).

Ela se vincula a abordagens analíticas e participativas destinadas à integração de ideias ambientais em políticas, planos e programas, a fim de avaliar as suas interligações com as considerações econômicas e sociais. (OCDE, 2012, p. 30).

Na realidade, a AAE vem a se diferenciar dos demais instrumentos de controle ambiental devido à sua amplitude, sua ligação com as políticas públicas e com a governança ambiental, relacionando-se diretamente com políticas, planos e programas, conhecido no mundo doutrinário ambiental como “PPP’s”, sendo nesse

⁸ Tema pode ser mais bem aprofundado com a leitura do livro: GARCIA, 2015(b).

⁹ Foi o Estados Unidos da América o país pioneiro mundial na regulamentação da Avaliação de Impacto Ambiental como um conjunto amplo de requerimento de avaliação ambiental, através do seu Ato de Política Nacional do Meio Ambiente (National Environmental Policy Act), doravante NEPA, já no ano de 1969. Contudo, salienta-se que de antemão a criação pela legislação americana apenas previu a utilização da AIA, porém a lacuna legal deixada pela expressão “ações federais” fez com que se abrissem discussões conceituais, onde houve, então, a regulação de incorporar àquela legislação, também, as políticas, planos e programas.

sentido que RikiTherivel e Maria Partidário (1996, p. 4) desenvolvem um conceito bastante básico e direto: “Avaliação Ambiental (AA) de uma ação estratégica: uma política, plano ou programa.”

Seguindo esse viés, Ortolano e Shepherd (apud BUCKLEY, 1998, p. 77) conceituam a AAE em termos gerais como “a avaliação ambiental no planejamento estratégico e na formação de políticas”. Assim como RikiTherivel (2010, p. 3) é breve ao conceituá-la: “strategic environmental assessment (SEA) is a process that aims to integrate environmental and sustainability considerations into strategic decision-making”.

Por todas essas considerações observa-se que a AAE é instrumento bastante amplo, ligado às Políticas Públicas e à governança, constituindo-se como importante ferramenta de gestão ambiental.

De forma resumida a AAE é um instrumento de apoio à incorporação da dimensão ambiental na tomada de decisões estratégicas, de natureza política e não técnica, que usualmente se identificam com políticas estratégicas, planos e programas, e como tal é um procedimento de melhora destes instrumentos de planejamento. Seu propósito fundamental é de avançar no desenvolvimento de políticas ambientais e de sustentabilidade desde as primeiras fases de decisão, aquelas nas quais se definem os marcos básicos de intervenção e, portanto, as que em geral tem uma maior capacidade de determinar efeitos ambientais finais no entorno e sua sustentabilidade a meio e longo prazo. (JILIBERTO HERRERA; BONILLA MADRIÑAN, 2009).

Ao analisar-se o objetivo de tal instrumento, Maria Partidário (2007, p. 9) o considera como sendo o de facilitar a integração ambiental e a avaliação das oportunidades e dos riscos de estratégias decorrentes de uma ação no quadro de um desenvolvimento sustentável. Sendo necessário considerar que estas estratégias de ação estão fortemente associadas à formulação de políticas, sendo desenvolvidas no contexto de processos de planejamentos e programação.

A realidade que se apresenta é a de um instrumento do direito ambiental relativamente novo, mas com larga aplicação mundial, aqui não incluído o Brasil, pois apesar da existência de algumas experiências frutíferas não há legislação específica sobre o tema.

Se considerada a doutrina, diversas são as vantagens que podem ser consideradas à sua aplicação, destacam-se os dizeres de Gonçalves (2009, p. 87-88), que afirma que a “[...] AAE tende a ser um vetor de promoção da sustentabilidade para o processo de planejamento e desenvolvimento de um país.” E complementa afirmando que tudo isso é devido pois a AAE tem como função primordial estimular a implementação de práticas e procedimentos que ajudam a promover o desenvolvimento sustentável.

Da mesma forma sustenta Gary Haq (2004, p. 9), destacando que a AAE revela sua importância diante do fato que habilita a integração dos fatores ambientais e sustentáveis à tomada de decisão, agregando as causas dos problemas ambientais à busca de políticas de mitigação, ao invés de tratar dos sintomas dos impactos como AIA de projetos.

Porém as vantagens não são observadas somente pela letra fria de livros e artigos científicos, se analisados os países que efetivamente a implementam as mesmas realidades destacadas nas doutrinas não vivenciadas. Isso aconteceu

inclusive no Brasil, onde, principalmente em São Paulo e Minas Gerais, são observadas histórias de sucesso.¹⁰

A AAE acaba por permitir a avaliação dos efeitos sobre o meio ambiente na fase embrionária das ações, quando elas ainda estão sendo planejadas. “Por tal razão, a avaliação é potencialmente muito mais ampla e eficaz, já que permite antever os efeitos das futuras ações decorrentes das leis e PPPs de uma maneira integral.” (LANCHOTTI, 2012, p. 4).

Sendo da mesma forma tratado por Maria Partidário (1996, p. 31), que considera a AAE como um processo formalizado de avaliação presente no estágio mais antecipado possível, ou seja, no momento da tomada de decisões nos níveis de políticas, planos e programas.

A AAE apresenta-se como um plausível instrumento na busca da minoração dos danos ambientais, que visa buscar o real alcance de uma sociedade sustentável, sendo que é instrumento disponível para a efetivação da preservação da vida humana digna na terra através de um equilíbrio essencial ao planeta entre humanos, fauna e flora, como uma forma de garantir a estabilidade da biosfera, caracterizando-se, então, como um meio de real alcance do caráter pluridimensional da sustentabilidade, agindo para gerar uma realidade mais ampla e integrada da proteção ambiental.¹¹

3. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS E A AAE COMO INSTRUMENTO EFETIVO NA CONSOLIDAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Com o embasamento construído pelos tópicos anteriores, pode-se, neste momento, avançar sobre o tema principal do presente estudo e tratar especificamente sobre a atuação dos Tribunais de Contas Estaduais e analisar a possibilidade de utilização da Avaliação Ambiental Estratégica como um instrumento efetivo de consolidação de políticas públicas atreladas à preservação ambiental.

Alerta-se que, para o desenvolvimento do presente tópico, em muitos momentos, e de modo exemplificativo, fórum utilizados elementos normativos e operacionais praticados no Estado de Rondônia e por seu respectivo TCE, porém o estudo aqui desenvolvido é direcionado aos Tribunais de Contas Estaduais em termos gerais, já que, em maioria, tais órgãos apresentam grandes semelhanças legislativa se operacionais.

Nesse viés, compete-nos introduzir o presente estudo pela observação de que, na Constituição Estadual de Rondônia, o Tribunal de Contas Estadual tem suas especificações e competências delineadas, basicamente, entre seus artigos 48 e 53, em claro espelhamento do texto maior estampado na CRFB/88 entre os artigos 70 e 75, como ocorre em grande parte das Constituições Estaduais.

Oportunamente, tendo em mente a função exercida no controle externo da Administração Pública, rememorando as diretrizes apontadas no primeiro tópico

10 Quanto a este tema sugere-se realizar a leitura do item 1.1 do livro GARCIA, 2015(b), p. 21-33. Onde é trabalhada toda a evolução histórica da AAE, são elencados os países que efetivamente a implementam, bem como narradas algumas histórias de sucesso vivenciadas no Brasil.

11 Sobre esse tema da relação da AAE com a Sustentabilidade recomenda-se a leitura de nosso artigo: GARCIA, 2015 (a), p. 63-84.

deste estudo, o Tribunal de Contas Estadual tem como um de seus objetivos assegurar e regular a efetiva gestão dos recursos públicos em prol da sociedade.

No que tange à seara ambiental, em face de sua indubitável relevância, o Tribunal exerce também função essencial decorrente do exercício de seu controle externo, exigindo maior responsabilidade do Governante na aplicação de recursos públicos relacionados à proteção do meio ambiente, isso a rigor do que se extrai do inciso II do artigo 49 da Constituição Estadual¹², que fixa a competência para o TCE/RO julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por valores públicos, mas, principalmente, é o que se colhe do inciso V do mesmo artigo, pois tal dispositivo atribui ao TCE/RO o dever de “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres”¹³.

No que tange à proteção ao meio ambiente, nota-se, desde já, que tal ponto foi iluminado pela Constituição Federal de 1988 ao ganhar status de bem de uso comum do povo, nesse sentido Fiorillo (2013, p. 33) explica que a proteção ambiental trata-se de uma novidade interessante, pois a CRFB/88, “além de autorizar a tutela de direitos individuais, o que tradicionalmente já era feito, passou a admitir a tutela de direitos coletivos, porque compreendeu a existência de uma terceira espécie de bem: o bem ambiental”.

Como já destacado anteriormente, tanto o TCU¹⁴ quanto o TCE/RO¹⁵, possuem, dentro de seu campo de atuação, o dever de análise da atuação dos governantes na proteção e utilização do meio ambiente, principalmente na fiscalização dos repasses de verbas mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres destinados à efetivação de políticas públicas, como exposto anteriormente.

Desta forma, buscando garantir maior efetividade em sua atuação, o TCE/RO, por meio da Lei Complementar nº 467 de 2008¹⁶, introduziu uma Diretoria Técnica de Controle Externo de Relatoria, o Departamento de Controle Ambiental, por meio deste, o TCE/RO realiza a fiscalização e avaliação das políticas públicas ambientais por meio de auditorias.

Essa atuação, segundo cartilha¹⁷ formulada pelo próprio Departamento de Controle Ambiental, ocorre, basicamente, em três fases distintas: o planejamento, o diagnóstico e a ação de campo, tendo como objetivo estabelecer um controle preventivo, pedagógico e orientador da gestão pública.

Nesse viés é que aparece a Avaliação Ambiental Estratégica como um

12 RONDÔNIA. Constituição do Estado de Rondônia. Disponível em: < <https://bit.ly/2pGff41> >. Acesso em: 25 mar. 2018.

13 RONDÔNIA. Constituição do Estado de Rondônia. Disponível em: < <https://bit.ly/2pGff41> >. Acesso em: 25 mar. 2018.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 mar. 2018.

15 RONDÔNIA. Constituição do Estado de Rondônia. Disponível em: < <https://bit.ly/2pGff41> >. Acesso em: 25 mar. 2018.

16 BRASIL. Lei Complementar nº 467 de 2008. Dispõe sobre alteração da Estrutura Administrativa da Secretaria Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e dá outras providências. Disponível em: <cotel.casacivil.ro.gov.br/cotel/Livros/Files/LC467.doc>. Acesso em: 26 mar. 2018.

17 BRASIL. Departamento de Controle Ambiental. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Downloads/IEP-F%C3%B3rum-03-11-11-08-11-46.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

instrumento apto a garantir maior efetivação das políticas públicas que visam a preservação do meio ambiente, pois, conforme notas introdutórias expostas no tópico anterior do presente estudo, a AAE surge como uma possibilidade real da observação da condição ambiental, sem limitar a visão do Poder Público.

Ainda, conforme já estudado, AAE revelar-se como um processo sistemático efetivo destinado a prever e avaliar as consequências de decisões adotadas em estágios estratégicos do planejamento, como verdadeiro “instrumento de cognição prévio, participativo, holístico, integral e sistemático que qualifica e densifica, na perspectiva material, as escolhas públicas com ampla repercussão na qualidade de vida humana e no ecossistema.” (BODNAR; ROSSETTO, 2015, p. 54).

Portanto, embora sejam diversos os instrumentos aptos a contribuir para a efetivação de políticas públicas destinadas a preservação ambiental, como já exposto antes, a AAE se diferencia dos demais instrumentos devido à sua amplitude, sua ligação com as políticas públicas e com a governança ambiental, relacionando-se diretamente com políticas, planos e programas.

Embora a AAE já seja aplicada em outros países, e que tal aplicação tenha fortalecido a percepção desta como uma alternativa promissora de planejamento, a AAE é utilizada de maneira limitada no Brasil muito em razão da ausência de legislação federal específica a regular a matéria e traçar condições para sua utilização. (GARCIA; GARCIA, 2014).

Apesar disso, nota-se, exemplificativamente, pelos Relatórios de Monitoramento nº 038.494/2012-4¹⁸; nº 001.988/2012-3¹⁹ e nº 000.774/2005-3²⁰, recomendações do Tribunal de Contas da União ao Governo Federal sobre a possibilidade de utilização da Avaliação Ambiental Estratégica nas ações de planejamento de políticas.

Com destaque às seguintes recomendações:

Orientar os órgãos e as entidades do Governo Federal, cujas ações causam impactos ambientais significativos, no sentido de que aplica a Avaliação Ambiental Estratégica no planejamento de políticas, planos e programas setoriais, de forma que possibilite a integração de ações dos diferentes entes públicos e evite a formulação de maneira conflitante e a execução fragmentada²¹.

18 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente, Relatório de Monitoramento nº 038.494/2012-4. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=5782386>>. Acesso em 26 mar. 2018.

19 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente, Relatório de Monitoramento nº 001.988/2012-3. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=4576002&codPapelTramitavel=48430888>>. Acesso em 26 mar. 2018.

20 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente, Relatório de Monitoramento nº 000.774/2005-3. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-29530/DTRELEVANCIA%20desc/false/1>. Acesso em: 26 mar. 2018.

21 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente, Relatório de Monitoramento nº 038.494/2012-4. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=5782386>>. Acesso em 26 mar. 2018.

E ainda, como solução à incoerência entre políticas Públicas o TCU, em sua recomendação, afirmou que: “um dos instrumentos que podem ser utilizados para aumentar a integração e a articulação entre as políticas e os programas é a Avaliação Ambiental Estratégica.”²²

Portanto, pelas considerações aqui delineadas, nota-se a possibilidade de utilização da Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento efetivo de implementação e consolidação de políticas públicas ligadas à utilização e preservação ambiental, sendo que, a utilização de tal instrumento, pode ter sua eficácia maximizada pela atuação dos Tribunais de Contas Estaduais em seu indispensável papel de controle externo e fiscalizatório de aplicação de verba pública destinada às políticas públicas de proteção ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo desenvolveu-se com o objetivo de verificar a possibilidade de utilização da Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento de efetivação de políticas públicas relacionadas à preservação ambiental através da atuação dos Tribunais de Contas Estaduais.

A partir disso, nota-se a relevância dos temas abordados, pois além de ser inegável a importância da preservação ambiental, tratou-se, também, da competência e da atuação dos Tribunais de Contas, além do estudo atrelado às políticas públicas, tema que invariavelmente atinge os fundamentos, objetivos e diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988.

Diante disso, o estudo é desenvolvido com especial cautela, e dividido em três tópicos:

No primeiro, que trata sobre o papel dos Tribunais de Contas na efetivação de Políticas Públicas, partiu-se de uma visão geral das competências dos Tribunais de Contas, com a observação de seu regramento Constitucional e da investigação acerca da possibilidade de atuar em prol da efetivação de políticas públicas.

Em seguida, no segundo tópico, foram expostos elementos gerais e fundamentais da Avaliação Ambiental Estratégica, que surge como uma possibilidade real de observação da condição ambiental e alcance de ideais de sustentabilidade.

Por fim, no tópico derradeiro, mesmo que de forma relativamente rasa se considerada a grande possibilidade de aprofundamento sobre o tema em estudo, abordou-se a possibilidade de efetivação de Políticas Públicas pela atuação dos Tribunais de Contas estaduais e a utilização da Avaliação Ambiental Estratégica, abordando-se, de modo exemplificativo, algumas peculiaridades legislativas e de atuação do TCE/RO no controle e fiscalização da proteção ambiental estadual.

Assim, com desenvolvimento do presente estudo, especialmente no que tange à análise legislativa e doutrinária pertinente, verificou-se que, em decorrência de sua relevância constitucional, os Tribunais de Contas possuem não só competência, mas o dever de buscar a efetivação dos valores extraídos das orientações constitucionais

22 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente, Relatório de Monitoramento nº 038.494/2012-4. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=5782386>>. Acesso em 26 mar. 2018.

que se materializam pela consolidação de políticas públicas, especialmente por sua competência fiscalizatória inserida no artigo 71, VI, da CRFB/88, dispositivo este que tem seu conteúdo amplamente difundido também nas constituições estaduais, a exemplo do inciso V, do artigo 46, da Constituição do Estado de Rondônia.

Diante de tal possibilidade e do indubitável valor da preservação ambiental, nota-se a possibilidade de utilização da Avaliação Ambiental Estratégica como uma ferramenta apta e eficaz para garantir o melhor desempenho e efetivação de políticas públicas ambientais, isso porque a Avaliação Ambiental Estratégica apresenta-se como instrumento bastante amplo, que além de já ser ligado às Políticas Públicas e à governança, constitui-se como admirável ferramenta de gestão ambiental no sentido de prestar apoio à incorporação da dimensão ambiental na tomada de decisões estratégicas, como já tem ocorrido, mesmo que de forma tímida, pela atuação do Tribunal de Contas da União.

Desta forma, conclui-se que é plenamente possível que os Tribunais de Contas Estaduais, em suas atuações preventivas, utilizem a AAE em seus pareceres aos entes da administração pública direta e indireta, a exemplo dos Relatórios de Monitoramento do TCU de nº 038.494/2012-4; nº 001.988/2012-3 e nº 000.774/2005-3, os quais, conforme exposto no corpo do presente estudo, recomendam a utilização da AAE na implementação de obras capazes de causarem impactos ambientais significativos, em vista de garantir o correto emprego das verbas públicas destinadas ao cumprimento de diretrizes constitucionais de preservação ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BODNAR, Zenildo; ROSSETTO, Adriana Marques; BODNAR, Roberta Terezinha Uvo. A avaliação ambiental estratégica no planejamento das cidades. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. (coord.) **Avaliação Ambiental Estratégica: possibilidades e limites como instrumento de planejamento e apoio à sustentabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Poder Constituinte Originário, 1988.

BRASIL. **Departamento de Controle Ambiental**. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Downloads/IEP-F%C3%B3rum-03-11-11-08-11-46.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 467 de 2008**. Dispõe sobre alteração da Estrutura Administrativa da Secretaria Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e dá outras providências. Disponível em: <cotel.casacivil.ro.gov.br/cotel/Livros/Files/LC467.doc>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento – 759.543/RJ. Relator: Ministro: Celso de Mello, Data do Julgamento: 28/10/2013, Data da Publicação: 11/11/2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe>>.

asp?incidente=2686292>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente, Relatório de Monitoramento nº 000.774/2005-3. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-29530/DTRELEVANCIA%20desc/false/1>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente, Relatório de Monitoramento nº 000.774/2005-3. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-29530/DTRELEVANCIA%20desc/false/1>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 929

DALLARI, Maria Paula. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

GARCIA, Heloise Siqueira. A Avaliação Ambiental Estratégica e sua relação com o Direito Ambiental: um instrumento garantidor da Sustentabilidade. *In*: PRIEUR, Michel; DANTAS, Marcelo Buzaglo; VIEIRA, Ricardo Stanzola. (Org.). **Princípio da Proibição do Retrocesso em matéria Socioambiental**: estudos das teorias de Michel Prieur. Itajaí: UNIVALI, 2015 (a), v. 2.

GARCIA, Heloise Siqueira. **Avaliação Ambiental Estratégica e Política Nacional de Resíduos Sólidos**: uma análise da aplicação em suas ações estratégicas no contexto do Brasil e da Espanha. Florianópolis: Empório do Direito, 2015 (b). 164p.

GARCIA, Heloise Siqueira; Garcia, GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A importância da aplicação da Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) no ordenamento jurídico brasileiro. **Universitas JUS**, v. 25, n. 2, p. 45-57, 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/2469/2442>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

GONÇALVES, Luiz Claudio. **Planejamento de energia e metodologia de avaliação ambiental estratégica**: conceitos e críticas. Curitiba: Juruá, 2009.

HAQ, Gary. Background and context of strategic environmental assessment. *In*: CARATTI, Pietro; DALKMANN Holger; JILIBERTO, Rodrigo. **Analysing Strategic Environmental Assessment**. Towards better decision-making. Cheltenham,

UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2004.

JILIBERTO HERRERA, Rodrigo; BONILLA MADRIÑAN, Marcela. **Guía de evaluación ambiental estratégica**. CEPAL – Nações Unidas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 80.

LANCHOTTI, Andressa de Oliveira. A institucionalização da Avaliação Ambiental Estratégica para a efetivação do Princípio da Integração em busca de um desenvolvimento sustentável no Brasil. **Anais do 1º Congresso Brasileiro de Avaliação de Impacto**. 2012. Disponível em: <<http://avaliacaodeimpacto.org.br/wp-content/uploads/2012/10/076-Avalia%C3%A7%C3%A3o-Ambiental-Estrat%C3%A9gica.pdf>> Acesso em: 27 de março de 2018.

MACIEL, Marcela Albuquerque. Políticas públicas e desenvolvimento sustentável: Avaliação ambiental estratégica como instrumento de integração da sustentabilidade ao processo decisório. **Anais do Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**. São Paulo: Imprensa oficial do estado de São Paulo, 2011. 1. v.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 696.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 435.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 388.

OCDE. **Aplicação da avaliação ambiental estratégica: guia de boas práticas na cooperação para o desenvolvimento**. OECD Publishing, 2012.

ORTOLANO, L.; SHEPHERD, A. apud BUCKLEY, Ralf. Strategic environmental assessment. In: PORTER, Alan L.; FITTIPALDI, John J. (Ed.). **Environmental methods review: retooling impact assessment for the new century**. Fargo (ND EUA): The Press Club, 1998. p. 77-86. Disponível em: <https://www.iaia.org/publicdocuments/special-publications/Green%20Book_Environmental%20Methods%20Review.pdf#page=81>. Acesso em: 27 de março de 2018.

PARTIDÁRIO, Maria R. **Guia de boas práticas para avaliação ambiental estratégica: orientações metodológicas**. Amadora: Agência Portuguesa de Ambiente, 2007.

PARTIDÁRIO, Maria R. Strategic environmental assessment: key issues emerging from recent practice. **Environmental impact assessment review**, v. 16, p. 31-55, 1996.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PELLIN, Angela; et al. Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil: considerações a respeito do papel das agências multilaterais de desenvolvimento. **Engenharia Sanitária e Ambiental**. Rio de Janeiro: ISSN 1413-4152. Vol. 16. n. 1. Março de 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522011000100006&lang=pt> Acesso em: 27 de março de 2018.

Rondônia. **Constituição do Estado de Rondônia**. Disponível em: <<https://bit.ly/2pGff41>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

THERIVEL, Riki. **Strategic Environmental in Action**. 2. ed. Washington DC: earthscan, 2010.

THERIVEL, RIKI; PARTIDÁRIO, Maria R. Introduction. *In*: THERIVEL, Riki; PARTIDÁRIO, Maria R. (eds.) **The practice of strategic environmental assessment**. London: Earthscan, 1996.

Artigo convidado, recebido em: 12/07/2018

REVISTA

DIREITO SEM FRONTEIRAS

I. DOCTRINA NACIONAL

3

**AS TRANSFORMAÇÕES DOS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À POSITIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**THE TRANSFORMATIONS OF THE FEDERAL COURT OF
JUSTICE'S UNDERSTANDING REGARDING THE POSITIVATION
OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN THE FEDERAL
CONSTITUTION OF 1988**

*Flávio Quinaud Pedron¹
João Carneiro Duarte Neto²*

1 Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto IV da PUC-Minas. Professor Adjunto do IBMEC. Professor Adjunto do Mestrado em Direito da Faculdade Guanambi / Bahia. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura. Autor radicado no Brasil. E-mail: qpedron@gmail.com.

2 Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia (2009). Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2011), em Direito Administrativo e em Direito Constitucional, estas pela Universidade Candido Mendes / RJ (2017). Foi aprovado e nomeado para o concurso de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte - edital nº 01/2012. Atualmente é Juiz Titular da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais e Diretor do Foro da Comarca de Manga - MG, Responde pela Comarca de Montalvânia - MG e Juiz Eleitoral da 342ª Zona Eleitoral do TRE - MG. Mestrando em Direito pela Faculdade Guanambi - BA. Palestrante. Autor radicado no Brasil. E-mail: alfredocopetti@yahoo.com.

Como citar este artigo:

PEDRON, Flávio Quinaud; NETO, João Carneiro Duarte. **As transformações dos entendimentos do Supremo Federal Tribunal frente à positivação do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988.** Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018; v. 2 (4): 43-55.

RESUMO

O presente artigo analisa a postura do Supremo Tribunal Federal frente ao direito fundamental social à saúde após a publicação da Constituição Federal de 1988, destacando-se três fases. Antes, fez-se contextualização da conformação estatal frente aos direitos fundamentais, indicando a predominância alternada de poderes da república a depender das características da época experimentada. Exploram-se argumentos a favor e contrários à questão da judicialização da saúde. Chega-se a tocar na temática do ativismo judicial de políticas públicas. Busca-se demonstrar os contornos atuais do direito à saúde e suas consequências. Por fim, conclui-se pela necessária historicidade dos direitos fundamentais sociais e que o processo de reconhecimento, assimilação e garantia real e concreta ainda está em construção. Utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica e de julgados da Suprema Corte.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Direitos fundamentais sociais. Saúde. Judicialização da Saúde. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This article analyzes the Federal Court of Justice's posture regarding the fundamental social right to health after the publication of the Federal Constitution of 1988, highlighting three phases. In the past, contextualization of the state's conformation against fundamental rights was made, indicating the alternating predominance of republican powers depending on the characteristics of the time experienced. We explore arguments for and against the issue of health judicialization. It is enough to touch on the theme of judicial activism of public policies. It seeks to demonstrate the current contours of the right to health and its consequences. Finally, it concludes by the necessary historicity of fundamental social rights and that the process of recognition, assimilation and real and concrete guarantee is still under construction. It was used the methodology of bibliographic research and judgments of the Supreme Court.

Keywords: Federal Court of Justice. Fundamental social rights. Health. Judiciary of Health. Judicial Activism.

1. POSTURA ESTATAL FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Saindo do sistema político-econômico e social feudal típico da Idade Média, iniciamos nossa pesquisa com o corte histórico no surgimento do Estado monárquico, tendo em vista que não há que se falar em direitos fundamentais, entendidos estes como direitos humanos positivados numa carta político-jurídica do Estado, na história pré-moderna. Ainda sem abandonar a herança medieval divina, com caráter centralizador, com poder irrestrito e sem alternância nas mãos do soberano, justificando-se numa doutrina de necessária pacificação social de inspiração Hobbesiana (AVELÃS NUNES, 2003). O constitucionalismo liberal foi uma consequência da falência do Estado Absolutista, pois a centralização do poder, a soberania do monarca e a ausência de limites aos seus regramentos tornaram-se intoleráveis.

Uma nova ordem político-jurídica nasceu com o objetivo de organizar o Estado e limitar o poder, papel este incumbido pela Constituição. Nesse sentido, tendo como pano de fundo os ideais do liberalismo e do iluminismo, inúmeras constituições vieram com tal propósito. Assim, direitos fundamentais ditos de 1ª geração (ou dimensão), eminentemente libertários, impuseram uma postura absenteísta por parte do Estado (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002; AVELÃS NUNES, 2003). A Constituição é, então, compreendida como um “instrumento de governo”, e estatuto jurídico-político fundamental que organiza a sociedade política e limita o poder político do Estado. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 56; PEDRON, 2006).

Façamos constar que a presente pesquisa não adentrará nas críticas doutrinárias acerca da divisão de direitos fundamentais em gerações, ou mesmo dimensões, pois não é prejudicial ao que se quer demonstrar neste artigo. Em que pese reconhecer a impropriedade terminológica consagrada por anos, pois os direitos fundamentais não se sucedem em gerações, mas sim se acumulam; não há linearidade histórica no surgimento dos direitos fundamentais; bem como sua indivisibilidade (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002). O termo dimensão repara alguns equívocos, porém ainda é criticável. Assim, reconhecendo a importância pedagógica e simbólica de tal divisão em gerações ou dimensões, ainda a utilizaremos.

Esclarecidas as questões terminológicas, diante das características apontadas acima para o Estado liberal, o Poder Legislativo termina assumindo papel de destaque no cenário político-jurídico, pois era quem poderia dar o que as pessoas mais necessitavam naquele momento, um mínimo de segurança jurídica (entendida nessa época como mera previsibilidade de resposta jurídica), maior respeito às individualidades com menos interferências na vida privada (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000). O Poder Judiciário tem papel secundário, figurando os juízes apenas como aplicadores da lei, ditos “boca da lei” (CARVALHO NETTO, 1999).

Superando sua importante fase inicial de resposta ao modelo anterior, porém seu desenrolar histórico-social terminou por entrar em colapso também. A postura distante do Estado e as contradições entre relacionamentos de pessoas em condições desiguais acarretaram fortes problemas sociais. Sendo assim, várias insurgências populares exigiram direitos sociais e, conseqüentemente, provocaram uma reaproximação do Estado com a sociedade.

O Estado Social trás em seu bojo constituições com inúmeros direitos de 2ª geração ou dimensão, quais sejam, sociais, econômicos e culturais, os quais são direitos cujos titulares são coletivos e exigem atuação estatal concreta e positiva. Aqui estão os direitos ao trabalho, à habitação, à educação e à saúde, dentre outros (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002; AVELÃS NUNES, 2003).

Retorno o leitor à explicação terminológica acima para lembrar que os direitos de 1ª dimensão não são superados com o surgimento dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, mas sim se acumulam, interpenetram-se e terminam sofrendo uma espécie de processo de resignificação (neologismo proposital, pois útil para demonstrar a ideia de evolução dos conteúdos dos direitos fundamentais) paralelo ao próprio processo histórico-político. A mesma observação deve ser feita quando ingressarmos nos direitos de 3ª dimensão.

A realização prática de tais direitos necessariamente envolve gastos financeiros pelo Estado. Assim, levando em conta uma análise orçamentária e das

atribuições dentro da doutrina da separação de poderes, conclui-se que o Poder Executivo termina por assumir postura de destaque nesta fase, pois é quem por fim está obrigado a implementar tais direitos sociais via políticas públicas.

Nessa ótica, o Judiciário passou a representar uma peça fundamental no processo de densificação social das normas, visando à concretização de direitos carentes de políticas públicas (CARVALHO NETTO, 2003, p. 99; PEDRON, 2006).

À medida que os destinatários se conscientizam acerca da existência de tais obrigações prestacionais por parte do Estado executivo, passam a exigí-los mais e mais. Porém, os recursos financeiros são limitados e insuficientes para atender a todos. Esse confronto gera frustração social e tensões, enfraquecendo o sistema como um todo.

Assim, o Poder Judiciário terminou assumindo o destaque entre os demais poderes, pois foi chamado a dar resposta diante das pretensões sociais não cumpridas pelo Estado. O fenômeno é explicado diante do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional aliado à impossibilidade de pronunciamento pelo judiciário do *non liquet*.

O desgaste do paradigma do Estado Social tem início a partir dos anos 60, entrando em colapso a partir da década que se segue (BAHIA, 2004, p. 312; PEDRON, 2006). O paternalismo estatal, já denunciado anteriormente, se mostra como um dos entraves para o processo de cidadania que ele próprio pretendia resolver. (HABERMAS, 1994, p. 123; PEDRON, 2006) lembra que, para a sua manutenção, o Estado Social necessitou desenvolver uma enorme rede normativa e burocrática, cobrindo toda a vida cotidiana da sociedade.

Com isso, inaugura-se fase intitulada de Estado Democrático de Direito ou Constitucional de Direito, com constituições trazendo direitos de 3ª geração ou dimensão, ligados aos valores de fraternidade, solidariedade, meio ambiente e outros direitos transindividuais (CARVALHO NETTO, 2003, p. 99).

A complexidade da configuração do Estado ganha novos elementos de ordem política, social e econômica. Sendo assim, tem-se estrutura normativa direcionada à efetivação de um Estado do bem-estar social forjado constitucionalmente, num contexto de desenvolvimento individual e social pleno, o qual nunca se realiza cabalmente. Portanto, busca-se uma democracia política cada vez mais efetiva e a realização de justiça social universalizada.

2. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Com uma extensa lista de direitos fundamentais em seu corpo, a atual Constituição de nosso país, datada de 1988, demonstrando seu caráter pluralista, solidário e cidadão, termina por provocar indiretamente um maior nível de acirramento entre os três poderes.

O Poder Executivo não consegue concretizar todos os direitos prestacionais reconhecidos na Constituição Federal, em regra argumentando em torno da limitação da reserva do possível, defendendo-se pela regra do direito econômico da escassez de recursos frente à infinitude das demandas sociais.

O conceito de “reserva do possível” também é proveniente do direito alemão,

aparecendo pela primeira vez em uma decisão da Corte Constitucional da Alemanha afirmando que direitos subjetivos a prestações materiais pelo Estado estão sujeitos à disponibilidade dos seus recursos. Daí a tendência de negar ao Poder Judiciário a análise de direitos fundamentais sociais, uma vez que a efetivação de tais direitos depende sempre da disponibilidade orçamentária, o que está localizado no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos. (REISSINGER, 2008, p. 62).

Já o Poder Legislativo também fica em mora, pois o exercício de inúmeros direitos sociais necessita de leis regulamentadoras, levando em conta a classificação criada por José Afonso da Silva de direitos fundamentais de eficácia limitada, em que pese o texto constitucional declarar que os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, artigo 5º, parágrafo 1º, CRFB/1988.

Tal tese demonstra nossa arraigada herança jurídica típica do positivismo, pois tratam os direitos fundamentais e as normas constitucionais somente a partir do conjunto de redutor de regras. Considerando e reconhecendo a tese de que há princípios jurídicos no nosso ordenamento, os quais possuem caráter normativo, acredito que essa teoria esteja superada.

Sendo assim, terminam por chegar ao Poder Judiciário todas essas questões, pois é visto como garantidor último das promessas do constituinte. Entretanto, não se pode pretender esvaziar os demais poderes e transformar o Poder Judiciário num super poder, sob pena de destruímos os alicerces do Estado Democrático de Direito. Ingeborg Maus denuncia tal situação numa passagem de seu artigo, o qual diz:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. (MAUS, 2000, p. 187).

Assim, em última instância, o que estará envolvido na análise da pesquisa feita é o reconhecimento e o respectivo tratamento jurisdicional pela Corte Suprema de nosso país ao texto constitucional em relação ao direito fundamental social à saúde.

Talvez, ao longo da história, as posições doutrinárias que mais tenham se destacado acerca da força normativa da Constituição sejam as de Lassale e Hesse (2009). O primeiro, adotando uma postura sociológica, afirmava que a Constituição Real era formada pelos fatores reais de poder, e a Constituição Jurídica não passava de mera folha de papel, caso não coincidissem com as forças emanadas diretamente da sociedade. Já para o segundo, defendia que fosse reconhecida força normativa ao texto constitucional (PEDRON, 2012).

Entretanto, negando apenas o exclusivismo de Lassale, o próprio Hesse reconhece uma constante tensão existente entre as forças sociais e jurídicas envolvendo a Constituição. Assim, citamos:

(...) a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretender preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. (...) Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise -, que ela ultrapassou os limites de sua força normativa.

A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados. (HESSE, 2009, p. 134).

Realizada a contextualização e demonstrado o impasse, a partir de agora tratar-se-á de pesquisa feita acerca da resposta jurisdicional do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito social à saúde ao longo dos anos pós Constituição dita cidadã.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ÀS DEMANDAS DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após repetidas buscas nos instrumentos de pesquisa do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, colocando-se como marco inicial o ano de 1950, constata-se a inexistência de qualquer julgado em que se declara, reconhece ou garante o direito fundamental à saúde jurisdicionalmente.

Ainda após a publicação da Constituição de 1988, estranhamente o vácuo jurisdicional ainda permanece por longos dez anos. Tal constatação reforça a existência e importância do caráter da historicidade dos direitos fundamentais, pois não somente adianta enumerar direitos e mais direitos fundamentais na Constituição sem o correspondente processo empírico de formação, reconhecimento e garantia social.

A própria comunidade jurídica deixa transparecer que necessitou de alguns anos para digerir tamanha carga – quantitativa e qualitativa – de direitos fundamentais derramados sobre a sociedade brasileira. Alguns doutrinadores comparam essa primeira fase com uma “ressaca”, devido ao comportamento letárgico após o texto constitucional nos embriagar com “exageradas doses” de direitos fundamentais.

Alegava-se que o simples texto constitucional não era suficiente para garantir a existência real e concreta de direitos fundamentais sociais. Que eram normas com eficácia limitada, pois totalmente dependentes de normas infraconstitucionais, as quais ainda não existiam. Propagava-se o caráter programático da Constituição, um mero e futurístico sonho do constituinte, irrealizável imediatamente.

A jurisprudência dos tribunais não é tão dinâmica quanto se desejaria. A aceitação dos novos valores sociais inerentes ao Estado democrático de direito, inaugurado com a Constituição de 1988, não poderá ser reconhecida imediatamente pelos juízes e tribunais. Parte da dificuldade em se avançar no sentido da efetividade dos novos direitos é depositada ao Legislativo, que não consegue obter o consenso necessário para aprovação de normas infraconstitucionais que desenvolvam e regulamentem direitos sociais e econômicos. Não obstante, o cidadão vai ao Judiciário na esperança de ver reconhecido, garantido e efetivado um direito constitucionalmente positivado. A decisão da justiça que frustra a sua pretensão é de todo incompreensível e pode comprometer, não somente a confiança na Justiça, mas também as bases do regime democrático fundado no Estado de direito. (REISSINGER, 2007, p. 73).

O Supremo Tribunal Federal manteve-se no relatado estado de espanto inicial por mais alguns anos, pois o primeiro julgado disponível que foi encontrado na presente pesquisa somente data de novembro de 1999, ou seja, onze anos após a publicação de nossa atual Constituição.

COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. (...) SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS.

O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. (STF - Agravo Reg. em Agravo de Instrumento nº 238.328-0 Rio Grande do Sul, 16/11/1999).

Assim, inaugura-se uma fase intermediária de uma efetiva constitucionalização dos direitos fundamentais, espécie de filtragem hermenêutico-constitucional dos direitos. É a saída da letargia inicial à qual todos – jurisdicionados e tribunais – estavam embebidos e ingresso num universo ainda a ser firmemente reconhecido, qualificado e quantificado e, por fim, garantido a todos.

O primeiro aspecto, relacionado à eficácia do art. 196 da Constituição, leva a duas posições: uma no sentido de que se trata de norma programática, ou seja, de baixa eficácia, não gerando direito subjetivo a prestações; a segunda, de que o direito à saúde é direito público subjetivo, originário da própria Constituição, tratando-se de direito fundamental social. (REISSINGER, 2008, p. 72).

Nessa fase, mais alguns anos se passaram de amadurecimento, ocasião em que vários julgados foram proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, desenhando-se os contornos da resposta jurisdicional da Corte Suprema ao Direito à Saúde no Brasil. Citamos:

MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primara condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. **SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA.** Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente, O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Recurso Extraordinário nº 195.193-3 Rio Grande do Sul, 22/02/2000. Supremo Tribunal Federal.

Cada vez mais seguro, detalhado, abrangente e enfático em seus argumentos, temos:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem à garantir aos cidadãos, inclusive portadores de vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutico e médico-hospitalar.

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste à todas as pessoas - representa consequência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja sua esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM**

PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programática da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nela depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado. (Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal, em 12 de setembro de 2000).

Novo marco histórico-social para o judiciário foi a Emenda Constitucional nº 45/2004, ocasião em que várias inovações foram implantadas, as quais terminaram por repercutir diretamente na atuação de todos os magistrados do Brasil. Citamos a criação do Conselho Nacional de Justiça, preocupação com a transparência do judiciário, com a celeridade e qualidade das decisões, acesso à justiça e direitos fundamentais.

Em especial ao enfoque desta pesquisa, a exigência de conhecimentos de filosofia do direito, sociologia e psicologia judiciárias para os concursos públicos de ingresso na magistratura, através da Resolução CNJ nº 75/2009, certamente teve concreto impacto na análise das demandas envolvendo direitos fundamentais sociais por todo o corpo de magistrados brasileiro, o que reflete nos tribunais superiores.

Nesse contexto, já dentro de uma postura de superação ou reconstrução do positivismo jurídico, tem-se uma reaproximação do direito com a moral, divisão das normas em regras e em princípios, com caráter normativo a estes, e o judiciário como garantidor de todas as promessas do constituinte ganha crescente destaque.

A doutrina nomeia tal fenômeno, de forma genérica, como correntes pós-positivistas. Para outros, recebem o nome de neoconstitucionalistas. Autores mais cuidadosos criticam tais nomenclaturas, salientando o equívoco desses termos, bem como consignam que não há sinonímia entre eles. Sem aprofundar na discussão, no intuito de não perder o objetivo dessa pesquisa, apenas tenho por certo que há uma diversidade de correntes sem uniformidade, sem nomenclatura padronizada, com projetos diferentes (umas buscando salvar o positivismo numa nova roupagem, outras resgatando o jusnaturalismo e outras caminhando no sentido de encontrar uma terceira via). Tais correntes possuem como fio condutor de aproximação as características citadas acima.

O desenrolar das relações sociais na sua complexidade natural e progressiva, levando em conta a judicialização de temas até então estranhos à análise jurisdicional, tais como educação, saúde e políticas públicas nas mais variadas vertentes, terminou elevando o Poder Judiciário à qualidade de maior destaque no cenário nacional desde então.

Neste ponto, surgiram correntes que denunciam nefasto ativismo judicial, pois estaria havendo ingerências excessivas nos demais poderes da República, utilizando-se de hermenêutica falaciosa, tratando o ato de decidir como mero ato de vontade, distorcendo a aplicação dos princípios como legitimador para toda e qualquer decisão que o julgador queira.

No Brasil, a questão é bem mais complexa, até pela previsão de direitos sociais no texto constitucional. O problema, portanto, não reside na mera concessão de liminares na área de saúde ou na educação, para citar dois delicados campos sociais.

Essa questão se complexou no momento em que os juízes confundiram judicialização com ativismo, optando pelo segundo. Com isso, o Estado deixou de elaborar políticas públicas para atender – por vezes “comodamente” – às determinações judiciais, o que enfraquece a cidadania. (STRECK, 2014, p. 202/203).

Por outro lado, há quem argumente que se trata de processo natural, pois o constituinte declarou e reconheceu a existência dos vários direitos fundamentais sociais - dentre eles a saúde – no texto constitucional de 1988, porém, o Poder Executivo não os concretizou plenamente e o Poder Legislativo não os regulamentou, dificultando ou até impedindo o exercício. Assim, considerando que toda lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser levada ao Judiciário, o que vem desde então sendo feito pelos interessados, somado ao fato de que ao juiz não cabe se negar a decidir (proibição do non liquet) e deve zelar para que suas decisões tenham efetividade, com razão prolatam decisões visando a concretização de direitos sociais.

Tais decisões terminam por interferir nas políticas públicas típicas do Poder Executivo e, conseqüentemente, nos orçamentos. A exacerbação dessas interferências entre os poderes tem o potencial de contribuir para um desequilíbrio perigoso à própria democracia, bem como ferir outros preceitos constitucionais, tais como as regras orçamentárias previstas diretamente no texto constitucional.

Para Barroso (2012), o ativismo judicial decorre da retração dos Poderes representativos, impedindo o atendimento efetivo de demandas sociais. Nesta dimensão também se encontra o entendimento de Habermas, que critica a conduta ativista devido a lesão à divisão funcional dos poderes. Para o filósofo alemão o ativismo judicial é uma anomalia. Entretanto, Habermas (2001) reconhece que pode ser indispensável a conduta do Judiciário, com as cautelas necessárias, numa zona intermediária entre a produção legislativa propriamente dita e a aplicabilidade do direito e dos discursos jurídicos que devem se complementar de maneira clara, tomados dos discursos de fundamentação. (REISSINGER, 2016, p.210).

Há intenso debate acerca das decisões que tratam da judicialização das políticas públicas, em especial do direito à saúde. Para uns, não se tem dúvidas de que se tratam de decisões que invadem a seara do poder executivo, pois não se pode judicialmente tomar decisões que envolvam análise discricionária política, dessa maneira seria uma violação aos termos da separação dos poderes, causando uma supervalorização do Poder Judiciário, o que, por fim, arruína a organização estrutural do Estado constitucional. Para outros, as decisões são apenas exercício natural e legítimo constitucionalmente previsto, pois cabe ao judiciário tornar realidade o texto constitucional, tendo em vista ser o garantidor último das promessas do constituinte. Ademais, o judiciário apenas age quando da omissão e/ou desvio do poder executivo na consecução das políticas públicas visando a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição. Tal debate merece aprofundamento em artigo próprio.

No julgado abaixo, após longos debates em audiências públicas, o Supremo Tribunal Federal enfrentou vários problemas que a judicialização da saúde acarreta, bem como se posicionou quanto aos inúmeros embates doutrinários e dos interessados públicos e privados. Destaco alguns:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da

formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as conseqüências globais da destinação de recursos público em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo. (AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Renovar, Rio de Janeiro, 2001).

(...) Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

(...) Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece evidente.

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos lavando-se em consideração todas as perspectivas que a questão de direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bem coletivos. (Tribunal Pleno, AG.. REG, NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO, em 17/03/2010, Supremo Tribunal Federal).

Passadas as fases de não reconhecimento do direito à saúde; de existência formal no texto constitucional e não aplicabilidade concreta; de reconhecimento tímido e chegando à sua fase atual de reconhecimento e concretude prática via jurisdicional, acredito que os temas ora mais discutidos sejam o conteúdo do direito à saúde e o alcance prejudicial das decisões às terceiras pessoas que não são beneficiadas por tais decisões.

A árdua posição do julgador é acentuada pela rotineira incompetência dos poderes executivos em não fornecer regular saúde pública; pelas situações urgentes em que são trazidas ao judiciário (rotina de decisões liminares em plantões judiciais

sempre colocados sobre o crivo de suposta decisão de “vida ou morte”); por uma natural falta de conhecimento do julgador (por óbvio traçou sua carreira debruçado sobre livros jurídicos e não farmacológicos ou médicos); somados aos pareceres do Ministério Público (quando há tempo para tal), os quais quase sempre nunca enfrentam o problema à fundo (pois os promotores sofrem dos mesmos males citados dos julgadores) e costumeiramente vão no sentido de conceder o pleito.

O problema explicitado vem sendo combatido particularmente por iniciativas pessoais de julgadores na busca de conhecimentos farmacológicos e médicos e institucionalmente por algumas Escolas Judiciárias dos Tribunais, sempre no sentido de dotar os julgadores da maior quantidade e melhor qualidade de informações acerca de medicamentos, tratamentos médicos, questões hospitalares e sanitárias para que possam tomar decisões efetivamente conscientes. O acréscimo de conhecimento por parte dos julgadores tem o potencial de evitar situações de abusos de direito dos interessados e de minimizar decisões por temor que o paciente venha à morte por uma negativa do judiciário. Com isso, o conteúdo do direito à saúde vai tomando forma.

A segunda discussão envolve a análise do consequencialismo das decisões judiciais. Partindo-se do pressuposto da ciência econômica de que as necessidades são infinitas e os recursos são limitados, levando em conta que o direito à saúde é prestacional e necessariamente envolve recursos financeiros, conclui-se facilmente que as decisões judiciais procedentes implicam em gastos públicos com consequente influência no orçamento.

Diante disso, levanta-se a questão de até que ponto uma decisão que beneficia alguém individualmente poderia acarretar prejuízos à sociedade, ou seja, às demais pessoas que se utilizam e precisam da estrutura de saúde pública, a qual ficaria com menos recursos no orçamento. Tal análise ganha relevo diante de pleitos de altos valores (remédios caríssimos, de uso contínuo e por longa data, que apenas retardam a morte) e em face de Municípios pequenos, com baixa arrecadação e parco orçamento. A questão é delineadora do próprio direito fundamental à saúde ou apenas um ajuste prático dentro da realidade experimentada?

Uma coisa parece certa, o julgador não pode fingir que tais implicações não façam parte de sua decisão, o que não significa anular ou inviabilizar tal direito constitucional. Esse tema tormentoso deve ser debatido com a efetiva participação popular e receber tratamento teórico profundo, o que poderá ser feito em outro artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observaram-se as fases que nossa Corte Constitucional (as quais também podem ser imputadas aos próprios operadores do direito como um todo) necessitou para reconhecer, assimilar e passar a garantir os direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde.

Por fim, as demais questões levantadas somente nos trazem uma certeza, a de que a fase atual e plena vivenciada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à resposta jurisdicional do direito à saúde não é a última, pois ainda continua em construção, o que demonstra sua necessária historicidade que faltara no início. E isso é juridicamente saudável!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Carbellini e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AVELÃS NUNES, Antônio José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos: contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil**. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução de Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2016.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte: Mandamentos. v. 3. mai., 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas**. In: HABERMAS, Jürgen. Ensayos Políticos. 2. ed. Ramón García Cotarelo. Barcelona: Península, 1994.

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

KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

KELLY, J. M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. 1 ed. São Paulo: Editora WMF Martin Fontes, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 2014.

MAUS, Ingenberg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”**. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos, CEBRAP*, n.º 58, novembro 2000, pp. 183-202.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do Judiciário”: a diminuição de recursos é mesmo uma solução?**. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 217-239, jul./dez. 2006.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior. Belo Horizonte, 2008.

REISSINGER, Simone. **Ativismo judicial e o minimalismo de Cass Sustein: uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito. Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Junior. Belo Horizonte, 2016.

REISSINGER, Simone. **Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso em 11 de junho de 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Artigo recebido em: 06/11/2017

Artigo aceito em: 06/05/2018

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

4

**FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, RESPONSABILIDADE SOCIAL E
SUSTENTABILIDADE: UM ENFOQUE JURÍDICO SOBRE A TRIÁDE
SOCIAL QUE INTEGRA AS SOCIEDADES EMPRESARIAIS**

**SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY, SOCIAL RESPONSIBILITY AND
SUSTAINABILITY: A JURIDICAL APPROACH ON THE SOCIAL TRIAD
THAT INTEGRATES BUSINESS SOCIETIES**

Carla de Abreu Medeiros¹

1 Mestranda em Direito na área de Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis realizado na Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP; Pós Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP; possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ (2014/2). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Especiais. Em busca de pesquisas sobre os animais como sujeitos de Direitos; as aplicabilidades das leis na contemporaneidade; a eficácia das leis contra os maus tratos aos animais; estudos comparados com legislações internacionais; trabalhar com pesquisas que busquem o reconhecimento dos direitos subjetivos dos animais. Autora radicada no Brasil. E-mail: carla.abreu@hotmail.com.br.

Como citar este artigo:

MEDEIROS, Carla de Abreu. **Função social da empresa, responsabilidade social e sustentabilidade: um enfoque jurídico sobre a tríade social que integra as sociedades empresarias.** Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018 ; v. 2 (4): 57-68.

RESUMO

Vivemos uma grande crise ambiental e, por tal motivo, faz-se necessária uma mudança de hábitos, sendo indispensável uma busca por um desenvolvimento mais equilibrado no âmbito ambiental, social, cultural, econômico e político. Buscou-se realizar um estudo acerca da tríade social formada por função social, responsabilidade social e sustentabilidade, bem como, a sua aplicação em sociedades empresariais sob o ponto de vista jurídico, verificando a legislação na qual as sociedades empresariais estão submetidas. Como metodologia, utilizou-se de uma pesquisa dogmática e fez-se uso de pesquisa bibliográfica para o embasamento teórico necessário ao estudo. Ao final, resta claro que não é possível exercer responsabilidade social sem pensar na função social da empresa, bem como, não é possível exercer a sustentabilidade se os dois primeiros não forem considerados, ou seja, os três elementos em estudo diretamente se correlacionam e não poderão ser analisados isoladamente.

Palavras-chave: Função Social da Empresa. Responsabilidade Social. Sustentabilidade. Sociedades Empresariais.

ABSTRACT

We are experiencing a major environmental crisis and, for this reason, it is necessary a change of habits, and a search for a more balanced development in the environmental, social, cultural, economic and political spheres is indispensable. A study was carried out on the social triad formed by social function, social responsibility and sustainability, as well as its application in legal companies, verifying the legislation to which the companies are submitted. As a methodology, a dogmatic research was used and bibliographical research was used for the theoretic basis necessary for the study. In the end, it is clear that it is not possible to exercise social responsibility without thinking about the social function of the company, as well as it is not possible to exercise sustainability if the first two are not thought of, therefore, the three elements under study directly correlate and cannot be analyzed separately.

Keywords: Social Function of the Company. Social responsibility. Sustainability. Business Societies.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a tríade social nas sociedades empresariais, composta da função social da empresa, a responsabilidade social e a sustentabilidade sob um ponto de vista jurídico. Tendo em vista o meio ambiente, que é um direito difuso, sofrer constantes impactos negativos pelas atividades empresariais, busca-se, na presente abordagem, destacar a importância de as empresas atuarem com base na sua função social, na responsabilidade e na sustentabilidade, para uma preservação mais eficiente do meio ambiente e da sociedade da qual fazem parte, visando uma melhor qualidade de vida para a atual e para as futuras gerações.

O objetivo principal das empresas não é somente proporcionar qualidade de vida à sociedade, e sim a obtenção de lucros. Logo, melhorar sua imagem frente ao seu público-alvo é de extrema importância, e a sustentabilidade na atualidade é uma grande estratégia empresarial para se sobressair frente aos seus concorrentes.

Ao gerar lucro, distribuir bens e serviços e criar empregos, a sociedade empresarial exerce parte da sua função social. A responsabilidade social da empresa estará presente se os empregos gerados contemplarem todos os direitos legalmente garantidos e preservarem o ambiente em que se localiza e, se a preservação do meio ambiente garantir a sobrevivência das gerações futuras, a sustentabilidade estará em foco.

Em decorrência disto, o seguinte questionamento foi feito: Qual a função jurídica que as empresas estão sujeitas, no que diz respeito à função social, responsabilidade social e a sustentabilidade? Tendo em vista que além da boa vontade da empresa, existe uma obrigação por força de lei.

Por conseguinte, o estudo possui relevância acadêmica, podendo ser utilizado como fonte de pesquisas referentes à função social da empresa, à responsabilidade social e à sustentabilidade do ponto de vista jurídico; relevância profissional, possibilitando a ampliação do conhecimento de empresários e profissionais da área acerca do assunto; e, também, possui relevância social, podendo ser utilizado como fonte de pesquisa para qualquer cidadão, tendo em vista que o meio ambiente é um direito difuso e coletivo.

O objetivo geral consiste em analisar a função social da empresa, a responsabilidade social e a sustentabilidade sob o ponto de vista jurídico perscrutando a legislação a que estão submetidas às sociedades empresariais. Como objetivos específicos, buscou-se: avaliar a correlação existente entre a função social da empresa, a responsabilidade social e a sustentabilidade; e demonstrar através de argumentos doutrinários os obstáculos que precisam ser enfrentados pelas empresas para que alcancem seu objetivo primário (lucro), sem deixar de cumprir com a tríade social.

Como metodologia, utilizou-se de uma pesquisa dogmática, utilizando-se da pesquisa bibliográfica. O estudo possui abordagem de natureza qualitativa.

1. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

São Tomás de Aquino foi o primeiro a utilizar a ideia de função social, afirmando que o homem deveria respeitar os bens apropriados individualmente, e que estes teriam um destino comum².

Em 1917, com a Constituição Mexicana – também conhecida como Quereta –, e 1919, com a Alemã – conhecida como Constituição de Weimar –, que a ideia juridicamente formulada do social passou a tomar força. A partir destas Constituições, principalmente a Quereta, que se passou a falar em interesse de todo o povo, surgindo pela primeira vez a expressão função social.

A partir da conexão entre poderes, direitos e deveres, no ano de 1977, o constitucionalista italiano Santi Romano desenvolveu o conceito de função social, com

2 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social do contrato**: Conceito e critérios de aplicação. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 168, p. 197, out./dez. 2005.

a ideia de que o constituinte instituiu a ideia de função social como um poder-dever.

No Brasil, o princípio da função social foi utilizado pela primeira vez na Constituição de 1934, no capítulo intitulado de “Da ordem econômica e social”. a referida Constituição faz parte da passagem progressiva do Estado Liberal para o Estado Social, com novas intenções do direito público e a política de intervenção do Estado na economia, fazendo com que surjam os direitos humanos de segunda geração.

Com a Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro começou a se preocupar mais com a questão social, como a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades. A Constituição Cidadã, como também é conhecida, trouxe a transformação do direito empresarial marcado pelo liberalismo, o qual objetivava principalmente o lucro da empresa, para um direito mais humano, em que a empresa estaria inserida em um contexto social, preocupada com o desenvolvimento, geração de emprego e circulação de riquezas.

A função social possui três vertentes: a função social do contrato, tida como a utilização do contrato de acordo com a finalidade econômico-social, prevista no artigo 421 do Código Civil; da propriedade, prevista no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal, o qual determina que “a propriedade atenderá a sua função social”; e da empresa, por haver a necessidade de os bens de produção ter um propósito em sintonia com os interesses da coletividade.

A função social da empresa também foi utilizada na Lei das Sociedades Anônimas (n. 6.404/76), especificamente no parágrafo único do artigo 116 e no artigo 154; e no artigo 47 da Lei de falências (n. 11.101/2005).

O Estado democrático de direito abriu espaço para a livre iniciativa, não mais participando diretamente da produção e circulação de bens e serviços. Com isso, o projeto de desenvolvimento econômico da sociedade deve estar vinculado ao desenvolvimento social, buscando estabelecer um equilíbrio entre os bens de produção com os interesses da coletividade.

A sociedade empresarial possui como principal objetivo gerar riqueza para a sociedade através da produção, distribuição de seus produtos e, por consequência, a criação de empregos e o pagamento de tributos, oportunizando o crescimento de todos.

Contudo, deve-se ter em mente que, apesar de uma empresa possui uma função social, ela não possui uma função de assistência social, ou seja, ela pode simplesmente ignorar o principal objetivo da empresa: obtenção de lucros. A função social jamais poderá ocupar o lugar de função econômica, pois, sem o lucro, a empresa deixa de funcionar.

2. RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

A tradição brasileira de filantropia e assistência esteve presente nas congregações ligadas à Igreja Católica desde o século XVI. Entretanto, foi a partir do século XX, com ações de filantropia privada, regulada pelo Código Civil de 1916, que a assistência social privada iniciou no nosso país³.

O debate sobre responsabilidade social da empresa iniciou-se nos Estados

3 RICO, Elizabeth de Melo. Filantropia Empresarial e a Gestão de Projetos Sociais. 2001. 159 p. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, São Paulo.

Unidos da América com a guerra do Vietnã. A sociedade começou a questionar as políticas adotadas pelo país e pela empresa, em especial as relativas à fabricação de armamentos de guerra. Com tal movimento, surgiram os primeiros relatórios socioeconômicos, descrevendo as relações sociais da empresa⁴.

Com a globalização, a maior facilidade de mobilidade, acessibilidade e a crescente internacionalização das empresas, surge no Brasil um novo modelo de relacionamento econômico-social.

A população sociedade começa a mudar e exigir mudanças por parte das empresas, esperando delas um comportamento mais ético. A exemplo, ressaltando a interdependência mundial atual, temos a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, Metas do Milênio e a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

Muitas empresas, hodiernamente, estão sendo chamadas de consumidores verdes, pois, além de visarem o lucro com o seu negócio, tais empresas levam em consideração a qualidade de seus produtos colocados no mercado e a relação com o meio ambiente.

Elizabeth de Melo Rico⁵ afirma que uma das conseqüências de um projeto social bem-sucedido é o seu reconhecimento institucional, comunitário e social; em outras palavras, a construção de uma imagem positiva por meio de um investimento que contribuiu diretamente para a melhoria da vida comunitária, provocando impactos positivos na comunidade. As organizações empresariais têm como tendência financiar atividades, dando preferência àquelas relacionadas com os bens e serviços que produzem ou comercializam. Hoje há uma preocupação no sentido de avaliar até que ponto as práticas de responsabilidade social de uma empresa são percebidas pelo consumidor e reforçam a sua marca e como desenvolver um planejamento integrado no qual as ações sociais sejam incorporadas à valorização da marca da empresa.

Contudo, por ser um tema bastante relativamente recente e inovador, não existe qualquer definição da chamada responsabilidade social no Direito Brasileiro.

O Instituto Ethos de Responsabilidade Social é uma instituição sem fins lucrativos que tem como principal objetivo estimular e ajudar empresas a administrarem seus negócios de forma socialmente responsável para uma sociedade mais sustentável, produtiva e ética. Sendo assim, o Instituto define responsabilidade social da empresa como:

A forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais⁶.

4 ARNOLDO, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Tais Cristina de Camargo. Função Social da Empresa. *Direito-USF*, v. 17, p. 89, jul./dez. 2000.

5 RICO, Elizabeth de Melo. A responsabilidade social empresarial e o Estado: uma aliança para o desenvolvimento sustentável. *São Paulo Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 4, dec. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000400009&lng=en&nrm=i>. Acesso em: 16 jul. 2011.

6 INSTITUTO ETHOS. O que é RSE?. 2010. Disponível em: <<http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/>>

Portanto, para se alcançar um desenvolvimento de uma sociedade sustentável, faz-se necessário que as empresas ajam com responsabilidade social, não idealizando e buscando apenas a parte financeira, mas, também, se preocupe em respeitar os direitos humanos, respeitar o meio ambiente, agir com ética com todos envolvidos, como os seus acionistas.

Responsabilidade social se diferencia de função social na medida em que esta possui uma construção doutrinária, enquanto que aquela é apenas um meio pelo qual é possível alcançar a sustentabilidade de uma sociedade, devendo haver espontânea vontade e normas de caráter social previstas em leis.

3. SUSTENTABILIDADE

A sociedade atual vive um momento de grande crise ambiental, pois o homem sempre utilizou o meio ambiente como recurso inesgotável, bem como, se apropriou dos seres vivos existentes no planeta sem se preocupar com o bem-estar destes. Por consequência, vivemos uma grande devastação ambiental, que corrobora com a extinção de milhares de espécies animais. E, por este motivo, a sustentabilidade passou a ser uma questão de toda a sociedade civil, não apenas de ecologistas e biólogos. Faz-se necessário, portanto, uma mudança de hábitos, sendo inescusável uma busca por um desenvolvimento mais equilibrado no âmbito ambiental, social, cultural, econômico e político, se quisermos manter o meio para as futuras gerações.

Continuou-se com tal consciência ambiental e, no ano de 1972, foi exarada a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, já referindo ares da sustentabilidade. Contudo, o conceito de sociedade sustentável somente foi criado na década de 80 por Lester Brown, o qual definiu como aquela capaz de satisfazer suas necessidades sem comprometer as chances de sobrevivência das gerações futuras⁷, tomando forma definitiva em 1987, quando utilizada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas.

Do ponto de vista jurídico, Juarez Freitas⁸ afirma, sobre sustentabilidade, que:

Trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.

Um desenvolvimento sustentável seria o equilíbrio das dimensões econômicas, sociais e ambientais, objetivando a distribuição igualitária de riquezas na sociedade, substituindo recursos esgotáveis por renováveis, limitação do consumo, geração de tecnologias limpas e criação e consolidação de mecanismos administrativos de proteção ambiental. Portanto, somente será possível alcançar o objetivo mencionado

pt/29/o_que_e_rse/o_que_e_rse.aspx>. Acesso em: 10 out. 2011.

7 CAPRA, Fritjof. As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 226.

8 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 40-41.

se os três pilares do desenvolvimento sustentável puderem ser articulados como um só.

Ignacy Sanchs⁹ afirma existir oito dimensões de sustentabilidade: compatibilizar objetivos sociais, ambientais e econômicos aos quais se associam cultural, ecológico, territorial, político nacional e internacional. Segundo o referido autor, para alcançarmos a sustentabilidade temos de valorizar as pessoas, seus costumes e saberes, ou seja, não pode ser analisada apenas a gestão dos recursos naturais, devem ser observados conjuntamente todos os problemas da sociedade.

O artigo 225 da Constituição da República de 1988 refere o conceito de não comprometimento e/ou proteção às gerações futuras, com base na sustentabilidade, prescrevendo que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Neste sentido, Freitas afirma que a sustentabilidade deve ser entendida como valor constitucional supremo, garantindo a expansão sistemática da dignidade e a preponderância da responsabilidade antecipatória.

Inspiradas na Constituição de 1988, diversas normas infraconstitucionais com intuito de regular obrigações ambientais em geral foram editadas. Tais normas diziam respeito tanto a temas sobre política urbana de uso e ocupação do solo¹⁰, como recursos hídricos¹¹, saneamento básico¹², energia e eficiência energética, saúde e conforto e resíduos¹³ e, então, o surgimento de normas mais específicas estabelecendo práticas de sustentabilidade ambiental a serem observadas pelo Ministério do Meio Ambiente, como a Portaria MMA 61¹⁴, publicada em 15 de maio de 2008.

O artigo 225 da Carta Magna, juntamente dos preceitos da Portaria do Ministério do Meio Ambiente, exige do Poder Público uma nova forma de gestão administrativa para preservar os recursos naturais. Com isso, as contratações começaram a ter como objetivo o cometimento de menor impacto ambiental e social, mudando o conceito das licitações públicas, tornando-as mais sustentáveis. Como exemplos, destacam-se o menor preço, a igualdade dos licitantes, a economicidade e a ampla competitividade.

Desta maneira, conforme afirma Milaré¹⁵, o Poder Público deixou de ser a figura de proprietário dos bens ambientais, passando a ser um gestor, administrando bens que não são dele, como as águas, ar e solo, fauna e florestas e patrimônio histórico.

9 SANCHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro, Garamond, 2002, p. 85-89.

10 Lei 10.257 de 2001.

11 Lei 9.433 de 1997.

12 Lei 11.145 de 2007.

13 Lei 12.305 de 2010.

14 A referida norma pode ser considerada como um marco na definição de critérios técnicos como sustentável, tendo em vista que a Administração Pública assumiu a posição de guia para a sociedade, dispondo que no exercício de seu poder de compra e de contratação, desempenha papel de destaque na orientação dos agentes econômicos, e na adoção dos padrões do sistema produtivo e do consumo de produtos e serviços ambientalmente sustentáveis, incluindo o estímulo à inovação tecnológica.

15 MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 91.

Sendo um gestor, O Poder Público deve explicar sua gestão, prestando contas sobre a utilização dos bens de uso comum do povo.

Devido à preocupação da sociedade com o meio ambiente, algumas mudanças são necessárias por parte dos empresários. Eis que surge a responsabilidade social empresarial como alternativa prática para as empresas na busca de fazer um trabalho sustentável, com uma postura voltada para além das questões econômicas.

Sendo assim, como referido anteriormente, é de fundamental importância que o Poder Público trabalhe em conjunto com o setor privado e a sociedade como todo, não bastando apenas ao setor empresarial criar alternativas para que a população possa consumir produtos sustentáveis, visando à proteção do meio ambiente.

Em vista disto, a Triade Social se faz tão importante, englobando a função social, responsabilidade social e sustentabilidade, justificando a inter-relação de complementariedade e indissociabilidade para as sociedades empresariais. Cada uma das três variáveis externas se comunicam entre si, fazendo com que a empresa não vise apenas os interesses individuais.

Ao pensarmos em empresas que geram lucros, criam empregos e pagam seus tributos e, de forma voluntária, pratique atividades não ligadas ao seu objeto social, trazendo benefícios para seus stakeholders, e que também cumpra as normas ambientais, com vistas a sua perenidade e da sociedade, percebemos que os princípios se complementam.

É assim que devem atuar as empresas na atualidade: com foco nos três elementos em estudo, mas sem dissociá-los em sua aplicação, dado que, sem a presença de um dos elementos, o sistema deixa de ser completo e o real fim a que se destina não é alcançado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ambiental é um dos ramos do direito mais importante da sociedade contemporânea. O crescimento industrial acelerou com o passar do tempo e a natureza não conseguiu manter a sua recuperação no mesmo nível. Em decorrência disto ocorreu a extinção de algumas espécies de animais e vegetais, a contaminação do ar, das águas e do solo, dentre tantas outras coisas. Faz necessário, portanto, que o direito ambiental regule e imponha normas de conduta ao ser humano, para que este preserve ao máximo possível o meio ambiente, garantindo um meio ambiente equilibrado, uma sadia qualidade de vida para as gerações presentes e futuras. A proteção ao meio ambiente torna-se um dos pilares na ordem constitucional, ensejando aos causadores dos danos ambientais a responsabilidade civil, penal e administrativa e a obrigação pela reparação aos danos causados.

Uma sociedade empresarial tem como principal objetivo a geração de renda e riqueza para a sociedade, tendo em vista o lucro ter relevante função social como fruto proveniente da operação das organizações em um regime de competição econômica e em um sistema de livre iniciativa. Contudo, a empresa deve propiciar também o crescimento de todos, através da produção, distribuição de seus produtos, criação de empregos e pagamento de tributos, preservando o meio ambiente ao mesmo tempo.

Não estaria cumprindo a função social, a empresa que praticasse concorrência

desleal, que sonegasse ou não recolhesse os impostos e direitos trabalhistas a que fosse obrigado por lei, danificasse o meio ambiente, não observasse a segurança e a saúde de seus funcionários e clientes.

Em contrapartida, a responsabilidade social abrange todas as atividades não ligadas ao objeto social, mas que geram benefícios para a comunidade, seja interna ou externamente, como, por exemplo, o empresário que investe em cursos de atualização e saúde para seus empregados e patrocina eventos culturais para a comunidade.

Agir com responsabilidade social é respeitar os direitos humanos, ter uma relação ética com todos os stakeholders envolvidos, não ser corrupto, lidar com a saúde e segurança nas relações de trabalho, ser transparente e preciso nas informações transmitidas aos seus sócios ou acionistas, se preocupar com o meio ambiente e se preocupar com uma melhor qualidade de vida dos seus trabalhadores.

No fim, a responsabilidade social preza pela construção de uma sociedade que promova a igualdade de oportunidades e a inclusão social no país, por meio das empresas e da própria sociedade civil, no intuito de se obter um ambiente mais justo.

A sustentabilidade foi inicialmente concebida para atender aos anseios ambientais das populações, tendo em vista o futuro e perenidade das gerações, com foco principal na correta utilização, conservação e gestão racional dos recursos naturais, na promoção de padrões de produção e consumo sustentáveis, onde se faça uma dissociação entre o crescimento econômico e as pressões sobre os ecossistemas, no sentido de uma maior eco eficiência da economia.

Dessa forma, com a delimitação e conceituação de cada um dos princípios, buscou-se comprovar a importância da tríade social para as sociedades empresariais, que se aplicada em sua plenitude, tem o condão de alcançar o que é almejado por todos, a dignidade da pessoa humana.

A função social da empresa está prevista na Constituição Federal de 1988 como um dos pilares do desenvolvimento econômico nacional, sendo concedidas garantias às empresas, como o princípio da preservação, em troca do seu dever em atender os interesses humanos, seja valorizando diretamente o seu empregado e a sociedade ou através de obrigações tributárias. Aliada à função social da empresa está o desenvolvimento da sociedade e a busca por uma melhor qualidade de vida, exigindo das empresas uma postura socialmente responsável contribuindo para o desenvolvimento sustentável.

As empresas não apenas cumprem a legislação referente ao assunto, como a utilizam como estratégia competitiva para se sobressair em seu mercado, utilizando até mesmo o que é obrigatório por lei como marketing para atrair stakeholders para seus negócios.

Ao final deste estudo foi possível constatar que não é possível exercer responsabilidade social sem pensar na função social da empresa e não é possível ser sustentável, exercer a sustentabilidade se os dois primeiros não forem considerados, assim, esses três elementos devem ser vistos como uma tríade social, que completam e se comunicam, recebendo sob o ponto de vista jurídico punições pelo não cumprimento dessas funções. A tríade social precisa ser considerada pelas sociedades empresariais como um só elemento, como fatores que estão interligados e precisam ser trabalhados juntos para que se logre êxito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Decreto-Lei n. 221 de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0221.htm>. Acesso em: 12/11/2017.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Lei das S.A. Coordenação e supervisão da Equipe Altas. 3. ed. 1997; 2ª tiragem.

_____. **O que é RSE?**. 2010. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/29/o_que_e_rse/o_que_e_rse.aspx>. Acesso em: 10/11/2017.

ARAÚJO, Telga de. **Função Social da Propriedade**. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 39.

ARNOLDO, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. **Função Social da Empresa**. Direito-USF, v. 17, jul./dez. 2000.

ASHLEY, Patrícia Almeida. **Ética e Responsabilidade Social nos Negócios**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02/11/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. rev. - Coimbra: Almedina, 1995.

CAPORAL, Francisco Roberto; COSTABEBER, José Antonio. **Análise Multidimensional da Sustentabilidade: Uma proposta metodológica a partir da Agroecologia**. Agroecologia e Desenvolvimento Rural Sustentável, Porto Alegre, v.3, n.3, jul/set. 2002.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Breves anotações à função social da empresa. 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/7cv0612m>>. Acesso em: 12/11/2017.

CLARO, Priscila B. de Oliveira et alli. **Discursos e Práticas de Sustentabilidade Corporativa**. 1. ed. São Paulo: Difusão, 2009.

COMPARATO, F. K. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIORILLO, Celso Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev.,

atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUROVITZ, Helio; BLECHER, Nelson. **O estigma do lucro**. Revista Exame, 23 mar. 2005.

HART, Stuart L. **O capitalismo na encruzilhada: as inúmeras oportunidades de negócios na solução dos problemas mais difíceis do mundo**. Porto Alegre: Bookman, 2006.

INSTITUTO ETHOS. **ISO 26000. Norma Internacional de Responsabilidade Social**. 2010. Disponível em: <<http://www.ethos.org.br/iso26000/>>. Acesso em: 10/11/2017.

LAGES, Natalia, NETO, Alcívio Vargas. **Mensurando a consciência ecológica do consumidor: um estudo realizado na cidade de Porto Alegre**. Anais do 26º ENANPAD. Salvador: BA, 2002. CD-ROM.

LEFF, Enrique. **Saber Ambiental**. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

LOUREIRO, Camila; CALLOU, Angelo Brás F. **Extensão rural e desenvolvimento com sustentabilidade cultural: o Ponto de Cultura no Sertão Pernambucano (Brasil)**. Revista Internacional de Desenvolvimento Local. v. 8, n. 2, set. 2007.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A função social e a responsabilidade social da empresa**. 2006. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/13_prof_rodrigo2.pdf> Acesso em: 10/11/2017.

MARTINELLI, A. C. **Empresa-Cidadã: Uma visão inovadora para uma ação transformadora**. In IOSCHPE, Evelyn B. Terceiro setor: desenvolvimento sustentado. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTA, Isabel et al. **Estratégia Nacional para o Desenvolvimento Sustentável ENDS 2005-2015**. Lisboa: Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente/Instituto do Ambiente, 2002.

OTTOMAN, Jacqueline A. **Marketing verde**. Tradução de Marina Nascimento Paro. São Paulo: Makron Books, 1994.

PEREIRA, Adrine Alice. **O tripé da sustentabilidade**. Locus, setembro/2007. Disponível em: <http://www.anprotec.org.br/ArquivosDin/gestao_pdf_55.pdf>. Acesso em: 05/11/2017.

POLACCHINI, Tania Maria Gomes. **Responsabilidade Social Empresarial Interna**. 2008. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito Milton Campos. Programa de Pós-Graduação em Direito, Nova Lima.

RICO, Elizabeth de Melo. **A responsabilidade social empresarial e o Estado: uma aliança para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo Perspectiva, São Paulo, v. 18, n. 4, dec. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000400009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12/11/2017.

SANCHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro, Garamond, 2002

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre os particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social do contrato: Conceito e critérios de aplicação**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 168.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

Artigo recebido em: 13/03/2018

Artigo aceito em: 20/03/2018

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOUTRINA NACIONAL

5

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO PRECEITO PARA O
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

**THE SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY AS A PRECEPT FOR
SUSTAINABLE DEVELOPMENT**

Regina Célia de Carvalho Martins¹

1 Mestre e Doutoranda em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília/SP. Professora do Curso de Graduação em Direito da UNIMAR, titular das Disciplinas de Direito Ambiental e Direito Civil. Advogada com atuação na área Empresarial e Ambiental e Presidente da Comissão do Meio Ambiente da OAB/SP 31 Subseção de Marília, pelo triênio 2016/2018. Autora radicada no Brasil. E-mail: martinsre31@hotmail.com.

Como citar este artigo:

MARTINS, Regina Célia de Carvalho. **A função social da empresa como preceito para o desenvolvimento sustentável.** Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018; v. 2 (4): 69-83.

RESUMO

O presente estudo se dispõe a apresentar reflexões jurídicas sobre a função social da empresa, embasado nos novos paradigmas da sustentabilidade que ela deve respeitar. A Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 170 as determinantes norteadoras do desenvolvimento econômico objetivado pelo país e neste contexto a empresa deve atender a diversos critérios, entre eles desenvolver-se baseada na livre iniciativa mas respeitando a soberania nacional e promovendo a redução de desigualdades sociais, atendendo aos ditamos das relações de consumo e a necessidade de preservar o meio ambiente. Para atingir a esse paradigma, a empresa precisou mudar sua concepção oriunda da economia tradicional, denominada por “neoclássica”, onde sua função social era proporcionar retorno econômico-financeiro para seus donos ou acionistas-stockholders e passar a assumir uma postura onde o desempenho econômico-financeiro se suplanta pela necessidade de se observar o interesse de diversos grupos da sociedade que influenciam e tem “interesse” no comportamento da empresa, não necessariamente econômicos, mas sim do ponto de vista de sua atuação social, sejam porque a impactam ou são impactadas por ela, ou somente tem interesse sobre o comportamento da empresa, por exemplo, observar como ela respeita e impacta o meio ambiente, surgindo assim a figura dos stakeholders.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Função social da empresa. Direito econômico.

ABSTRACT

The present study is available to present legal reflections on the company's social function, based on the new paradigms of sustainability that it must respect. The Federal Constitution established in article 170 the guiding determinants of economic development aimed by the country and in this context the company should meet several criteria, among them, development based on free initiative but respecting national sovereignty and promoting the reduction of social inequalities, given the dictates of consumer relations and the need to preserve the environment. To achieve this paradigm, the company needed to change its conception from the traditional economy, called “Neoclassical”, where its social function was to provide economic and financial return to its owners or shareholders-stockholders, and to take a stance where economic-financial performance is supplanted by the need to observe the interests of several groups of society that influence and have “interest” in the behavior of the company, not necessarily economical, but from the point of view of their social performance, whether they impact it or are impacted by it, or are only interested in the behavior of the company, for example, observing how it respects and impacts the environment, therefore emerging the figure of stakeholders.

Keywords: sustainable development. Company's social function. Economic law.

INTRODUÇÃO

Historicamente a ideia de desenvolvimento está calcada na inerente necessidade humana do reduzir desigualdades e promover a justiça distributiva, melhorando as condições sociais dos indivíduos; por certo para desenvolver-se e às suas atividades a humanidade sempre interfere e faz uso dos recursos naturais, os quais, não sendo infinitos, vêm demonstrando uma falência e desestruturação do ecossistema, causada pela ação desordenada ocorrida por séculos.

Os discursos ambientais no Brasil se intensificam após década de 1960, com uma fase de intenso movimento migratório das lides do campo para as áreas urbanas. A crise do petróleo no final dos anos sessenta e início da década de setenta, passou a exigir uma melhor reflexão acerca do futuro da humanidade em relação ao meio ambiente e os debates surgem nos meios políticos, social e filosófico, levando ao questionamento da atuação do homem no planeta. Neste contexto, o conceito de “desenvolvimento sustentável” surge como um termo que expressa os anseios coletivos, tais como a democracia e a liberdade, muitas vezes colocadas como uma utopia.

Neste cenário, a empresa desempenha importante papel, sendo preciso equalizar as finalidades a que ela se propõe; se por um lado seus criadores objetivam dela retirar seus lucros e prosperar economicamente e socialmente, por outro, ela deve de forma integrativa desenvolver suas atividades de modo a contribuir para a distribuição da justiça social e prezar pela preservação ambiental, atendendo os prementes reclamos de proteção ao meio ambiente.

Em um mundo onde é imperioso se reconhecer que os recursos naturais são finitos, a empresa somente cumprirá sua função social, se desenvolver suas atividades observando a sustentabilidade ambiental.

1. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUSTENTABILIDADE

A ideia de desenvolvimento surge em um contexto histórico como uma necessidade de mudança de paradigma para se reparar as desigualdades sociais que podem ser observadas desde as épocas das antigas onde existiam as nações metropolitanas e periferia colonial, situação semelhante a que persiste até hoje, onde se verifica a discrepância entre as minorias ricas e a maioria ainda exausta e atrasada de trabalhadores pobres. O desenvolvimento é a termo empregado como a promessa de uma modernidade inclusiva, com mudanças estruturais neste sistema (SACHS, 2008).

Desde a época de Aristóteles economia e ética caminhavam interligadas por duas questões de fundo relativas ao problema da motivação humana e avaliação das conquistas sociais, mas as questões logísticas da economia fizeram com que, ao longo do tempo a questão de lucros fosse preponderante e a ética ficasse esquecida. Atualmente a reaproximação de ambas, economia e ética, aliadas à política (SEM, 2008, p. 94) é fundamental para realizar o efetivo anseio do desenvolvimento com redução de desigualdades sociais; qual seja, o desenvolvimento sustentável.

Assim, o crescimento acelerado da economia que se verifica na era moderna, não pode ser confundido com desenvolvimento na medida em que não propicie o aumento de empregos, não seja capaz de reduzir a pobreza e nem atenuar desigualdades

sociais. É preciso que ocorra equidade em termos operacionais, de forma a tornar mais inclusiva a participação dos mais fracos no sistema. Aliado a esse conceito se integra o conceito de desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade ambiental passa a integrar a dimensão do desenvolvimento e sustentabilidade social.

No relatório denominado “Nosso Futuro Comum” desenvolvido pela Comissão de Brundtland ocorrida em um processo preparatório para a Conferência das Nações Unidas – também chamada de “Rio 92” surgiu efetivamente o termo “desenvolvimento sustentável”. Neste relatório está inserido uma das definições mais difundidas do conceito de desenvolvimento sustentável: “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades”.(ONU, 1987).

O relatório Brundtland faz muito mais do que estabelecer o conceito de desenvolvimento sustentável, ele considera que as políticas ambientais e de desenvolvimento para cumprirem os requisitos da sustentabilidade devem incluir a preservação da paz, o crescimento, mas alterando a qualidade deste, bem como remediando os problemas da pobreza e satisfazendo necessidades sociais, abordando os problemas do crescimento populacional e de conservação e reforço da base de recursos naturais, reorientando a tecnologia e gerindo os riscos; assim, reconhece que é necessária a fusão do ambiente e da economia, alicerçados pelas bases governamentais na tomada de decisões.

O conceito de desenvolvimento sustentável deve assim atender a um duplo imperativo ético que integra a geração atual com as futuras gerações, nos obrigando a trabalhar com noções diversas daquelas relacionadas com a economia tradicional que observa somente o lucro como objetivo precípua. Reconhece que é preciso buscar soluções que eliminem o crescimento selvagem obtido ao custo de elevadas externalidades negativas e exige estratégias, para propiciar um crescimento benéfico tanto do ponto de vista social como ambiental.

Ignacy Sachs ao estudar o tema propõe cinco pilares para se alcançar o desenvolvimento sustentável:

a) Social, fundamental por motivos tanto intrínsecos quanto instrumentais, por causa da perspectiva de disrupção social que paira de forma ameaçadora sobre muitos lugares problemáticos do nosso planeta;

b) Ambiental, com as suas duas dimensões (os sistemas de sustentação da vida como provedores de recursos e como “recipientes” para a disposição de resíduos);

c) Territorial, relacionado à distribuição espacial dos recursos, das populações e das atividades;

d) Econômico, sendo a viabilidade econômica a conditio sine qua non para que as coisas aconteçam;

e) Político, a governança democrática é um valor fundante e um instrumento necessário para fazer as coisas acontecerem; a liberdade faz toda a diferença (SACHS, 2008, p. 15).

Os requisitos retro apresentados e basicamente repetidos pela doutrina e em conferências ambientais, demonstram uma necessária mudança de paradigma em relação ao modo pelo qual ocorre a exploração econômica dos bens em relação à sociedades, para que os objetivos que derivam do conceito de desenvolvimento

sustentável e que estão relacionados com o processo de crescimento da cidade possa permitir a conservação dos recursos naturais e estabelecer o uso racionado destes nas atividades produtivas, inserindo assim, definitivamente a empresa como parte integrante deste sistema. Entre os objetivos do desenvolvimento sustentável estão: - crescimento renovável; - mudança de qualidade do crescimento; - satisfação das necessidades essenciais por emprego, água, energia, alimento e saneamento básico; - garantia de um nível sustentável da população; - conservação e proteção da base de recursos; - reorientação da tecnologia e do gerenciamento de risco; - reorientação das relações econômicas internacionais (BARBOSA, 2008).

A empresa hoje, aliada a políticas públicas eficientes e norteadoras, desempenha papel indispensável no tema desenvolvimento sustentável. Deste modo, deve fazer parte da estratégia do desenvolvimento empresarial urbano a busca por alternativas sustentáveis e que esquadrinhem qualidade de vida para a dinâmica urbana, consolidando uma referência para o processo de planejamento urbano alicerçado no conceito de sustentabilidade ambiental.

Neste sentido, em sua obra *A questão ambiental: sustentabilidade e políticas públicas no Brasil.*, Leila Ferreira afirma: “A questão ambiental: sustentabilidade e políticas públicas no Brasil” que: o padrão de produção e consumo que caracteriza o atual estilo de desenvolvimento tende a consolidar-se no espaço das cidades e estas se tornam cada vez mais o foco principal na definição de estratégias e políticas de desenvolvimento (FERREIRA, 1998).

Outros doutrinadores que se debruçam sobre o tema da sustentabilidade alertam para as mesmas necessidades, como se pode observar pelas palavras de Henri Acselrad, neste sentido: - a eficiência, antagônica ao desperdício como base material do desenvolvimento, com reflexos da racionalidade econômica sobre o “espaço não-mercantil planetário; a escala, determinante de limites quantitativos para o crescimento econômico e suas respectivas pressões sobre os recursos ambientais; - a equidade, articuladora analítica entre princípios de justiça e ecologia; -a autossuficiência, desvinculadora de economias nacionais e sociedades tradicionais dos fluxos de mercado mundial, como estratégia apropriada para a capacidade de autorregulação comunitária das condições de reprodução da base material do desenvolvimento; a ética, evidenciadora das interações da base material do desenvolvimento com as condições de continuidade da vida do planeta. (ACSELRAD, 2001).

Percebe-se que atualmente o discurso sobre a necessidade de se atentar para o desenvolvimento sustentável é recorrente entre os doutrinadores, resgatando com este discurso que deve ser implantado na prática, a visão ética que a economia perdeu quando se focou somente no lucros, para propiciar um desenvolvimento econômico de longo prazo e eficiente. O Brasil, no cenário ambiental, tardou em mostrar preocupação com a necessidade de se educar a população, principalmente aquela que se dedica a área empresarial, no sentido de preservar-se o meio ambiente, como única forma de perpetuar a sobrevivência, sendo que, ainda hoje somos carentes de educação e consciência sobre preservação ambiental. No entanto, será esse novo empresariado, consciente da necessidade de se obter lucros através de uma equação equilibrada entre desenvolvimento empresarial-lucro-meio ambiente saudável-desenvolvimento social, que conseguirá implementar de modo correto as exigências do modelo econômico

descrito na Constituição Federal, notadamente o artigo 170, fazendo com que a ordem econômica brasileira atinja o pleno desenvolvimento e a pretendida justiça social.

2. A EMPRESA – RESPONSABILIDADE SOCIAL

Atribuir uma definição para função social da empresa não é tarefa fácil. Ocorre muita confusão com relação ao tema e não são raros os casos em que se confunde a responsabilidade social com “ação social”. Estes termos, no entanto, são diversos e a ação social está relacionada a projetos sociais ou ações sociais, como doações que a empresa, assim como o indivíduo, podem fazer, em benefício de algum projeto social ou grupo de pessoas necessitadas. Outrossim, a responsabilidade social da empresa está diretamente relacionada a ações efetivas da empresa com um grupo maior de pessoas, que engloba consumidores, fornecedores, empregados, entre outros vetores, com a finalidade de permitir o desenvolvimento econômico, o crescimento da empresa e atingir o objetivo de lucro e crescimento, sem deixar de observar o meio ambiente e as desigualdades sociais.

Neste sentido encontramos as palavras de José António Puppim de Oliveira ao explicitar em sua “Empresas n Sociedade”, o modelo de empresa socialmente responsável estabelecido por Davis e Blomstrom:

Por exemplo, um dos modelos mais simples é o proposto por Davis e Blomstrom. Nele, as responsabilidades se expandem desde um círculo interior que trata de aspectos técnicos e econômicos, para englobar as responsabilidades trabalhistas e ambientais ligadas diretamente às atividades da empresa, até finalmente buscar o engajamento com aspectos fora das atividades da empresa, como pobreza e desigualdades sociais. A empresa e os gestores, à medida que buscam maior responsabilidade socioambiental, teriam, então, de arcar com uma gama crescente de preocupações além daquelas técnico-econômicas. (OLIVEIRA, 2008, p. 71).

Não se observa na doutrina uma conceituação uníssona sobre o tema “responsabilidade social da empresa” e por tal razão o entendimento dele passa por várias vertentes, tais como considerar socialmente responsável a empresa que cumpre todas as determinações legais, consegue atender os anseios dos grupos com que se relaciona interna e externamente, respeita o meio ambiente e ainda se insere em projetos sociais. Ao que se nos parece, a somatória de todos os elementos indicados é o que define o comportamento de responsabilidade social desejável por parte de uma empresa no atual cenário político e econômico.

3. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PARÂMETRO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

Nos primórdios o homem passou a degradar o meio ambiente como mecanismo de produção extrativa para atender suas necessidades vitais de sobrevivência e “desenvolvimento”, sem refletir sobre a finitude de recursos naturais; atualmente o faz para garantir prazeres e obtenção de bens supérfluos, que em boa parte dos casos não guarda relação com necessidades biológicas do ser humano ou mesmo é indispensável a sua sobrevivência.

Se nos primórdios da humanidade o meio ambiente servia para manutenção da vida humana, hoje é preciso reconhecer que a preservação dele é ponto fulcral a evitar que ocorra a extinção da vida na Terra. Hoje os meios de produção devem voltar seus olhares para o desenvolvimento sustentável e a empresa desempenha importante função para a garantir o direito à vida com dignidade, cumprindo assim, o preceito do princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido na Carta Constitucional, em seu artigo 1º, III. (GODOY, 2017).

A empresa não pode mais atuar sem observar os preceitos constitucionais que lhe são impostos pela nova ordem econômica, insertos no artigo 170 da Constituição e nem mesmo deixar de priorizar o princípio da dignidade da pessoa humana; sendo que somente uma atuação empresarial que se coadune com a função social da empresa na busca do desenvolvimento sustentável são capazes de atingir esses objetivos.

Por certo exerce função social a empresa que dispõe dos recursos naturais de forma adequada e reduz ao mínimo o impacto de suas atividades no meio ambiente. A gestão das empresas atualmente não podem mais ocorrer, sem levar em consideração o cumprimento da responsabilidade socioambiental que ela possui frente ao desafio de se preservar o meio ambiente para as futuras gerações. A gestão responsável de uma empresa se define pela relação ética e transparente que ela mantém com todos os públicos com os quais se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras.

Não podemos perder de vista a noção de nossa realidade social e a necessidade de se atingir o desenvolvimento sustentável, inclusive reduzindo desigualdades sociais; entretanto isto é um processo de aprendizagem social de longo prazo, o qual deve ser orientado e direcionado por políticas públicas eficientes que tenham por escopo um plano de desenvolvimento nacional. Assim, não se pode exigir somente das empresas que desempenhem sozinha este papel, mas ele demanda uma pluralidade de atores sociais e ainda é necessário se considerar que interesses outros, presentes na sociedade, se colocam como um entrave em matéria de políticas públicas para o desenvolvimento sustentável (BEZERRA e BURSZTYN, 2000).

Em todo este complexo contexto, o lucro é e continuará sendo um dos pilares de sustentação para a empresa se mantenha no mercado, mas ao se observar os indicadores de uma boa gestão empresarial contábil, o que se pode perceber é que as empresas que adotaram a cultura da ecoeficiência demonstram a perfeita compatibilidade entre lucratividade e sustentabilidade. Criar mecanismos para reaproveitar matérias-primas, promover o reuso da água e racionalizar energia, reduz o impacto do processo produtivo no meio ambiente e aumenta a competitividade do produto no mercado, tanto do ponto de vista tangível como do intangível, haja vista estar se iniciando, inclusive um processo de conscientização do consumidor quanto a dar preferência a produtos ecologicamente responsáveis.

Modesto Carvalhosa ano de 1976, ou seja, 12 anos, antes do advento da Constituição Federal de 1988, ao comentar a Lei das Sociedades Anônimas já acenava com a necessidade da empresa aliar como seus objetivos, a exploração econômica e a preservação do meio ambiente, incluindo assim, como uma das funções sociais da empresa o dever de preservar o meio ambiente, bem antes do surgimento oficial

do conceito de desenvolvimento sustentável ou da nova ordem constitucional que recepcionou o meio ambiente como um direito indissociável ao ser humano:

E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua. O compromisso com a preservação da natureza transcende, outrossim, os aspectos meramente comunitários, para se colocar num plano universal. A produção de elementos nocivos não só ao homem, como também à fauna e a flora, constitui dano de igual importância. (CARVALHOSA, 1997. p. 238).

Veja-se que, passados 20 anos deste precioso conceito, a empresa está aprendendo a se enquadrar no conceito de desenvolvimento sustentável, que vem acontecendo como uma revolução silenciosa e assim, cumprindo as exigências constitucionais quanto à função social da empresa na sociedade de consumo atual.

Como ocorre em qualquer processo revolucionário, se verifica uma ruptura de ações e de conceitos; o lucro, sob a ótica da sustentabilidade, deve ser objetivado de uma maneira mais ampla e a longo prazo. Já não se justifica mais a obtenção de lucro a qualquer preço. Empresas diversas que mantiveram essa forma de administração acabaram por não se sustentar no mercado e faliram por teimar em não reconhecer que a manutenção dos negócios depende do respeito ao meio ambiente e seus recursos.

Para exemplificar temos a empresa que atuava em São Gonçalo, região Metropolitana do Rio de Janeiro, a qual foi interdita em 2008, pois operava irregularmente, já sem licença ambiental, com trabalhadores sem equipamentos de proteção, despejava dejetos no rio sem tratamento, comportamento ambientalmente inadequado, o que levou a empresa à falência na ocasião por desrespeitar o meio ambiente. Com o fechamento da fábrica diversas famílias a ficarem sem sustento, pela perda de seus empregos. (O GLOBO, 2008).

Exemplos como estes demonstram que não se pode mais desconsiderar a sustentabilidade como um dos pilares estruturais de uma empresa para que ela cumpra seu papel social; não é outro o motivo pelo qual empresas de diferentes ramos estão tentando se adaptar a essa realidade, que paulatinamente vem se instalando, inclusive como uma nova concepção para os consumidores.

A importância deste vetor para o empreendedorismo pode ser reforçada pelas palavras de Sachs (1993) quando ele se refere a meio ambiente e sustentabilidade como:

Sustentabilidade ecológica – refere-se à base física do processo de crescimento e tem como objetivo a manutenção de estoques dos recursos naturais, incorporados as atividades produtivas. Sustentabilidade ambiental – refere-se à manutenção da capacidade de sustentação dos ecossistemas, o que implica a capacidade de absorção e recomposição dos ecossistemas em face das agressões antrópicas. Sustentabilidade social – refere-se ao desenvolvimento e tem por objetivo a melhoria da qualidade de vida da população. Para o caso de países com problemas de desigualdade e de inclusão social, implica a adoção de políticas distributivas e a universalização de atendimento a questões como saúde, educação, habitação e seguridade social. Sustentabilidade política – refere-se ao processo de construção da cidadania para garantir a incorporação plena dos indivíduos ao processo de desenvolvimento. Sustentabilidade econômica – refere-se a uma gestão eficiente dos recursos em geral e caracteriza-se pela regularidade de fluxos do investimento público e privado. Implica

a avaliação da eficiência por processos macro sociais. (SACHS, 1993 p. 27).

A doutrina reconhece que ainda estamos diante de um verdadeiro enigma quando se fala em desenvolvimento sustentável e que ele é um desafio para o século XXI, diante da era da globalização, que não pode ser esquecida neste processo. Neste sentido as palavras de José Eli da Veiga, quando afirma: “Desenvolvimento Sustentável: o desafio para o século XXI” ele afirma que o conceito de desenvolvimento sustentável é uma utopia para o século XXI, apesar de defender a necessidade de se buscar um novo paradigma científico capaz de substituir os paradigmas do “globalismo”. (VEIGA, 2005).

O conceito de desenvolvimento sustentável é bem definido por Satterthwaite como sendo uma resposta efetiva às necessidades humanas nas cidades com um mínimo ou preferencialmente nenhuma transferência dos custos da produção, consumo ou resíduos para outras pessoas ou ecossistemas, o que se busca hoje e para o futuro (SATTERTHWAITE, apud MENEGAT, 2004). Portanto, o desenvolvimento sustentável deve ser o resultado da equação de desenvolvimento social, econômico e da preservação ambiental, conjuntamente, o que demonstra que a empresa não pode estar alheia neste contexto, não se admitindo mais que possua uma vertente de natureza exclusivamente econômica, movida pelo desejo de seus sócios em obter lucro, mas ela deve cumprir os outros elementos necessários a equilibrar essa equação com o lucro pretendido.

4. MUDANÇAS DE PARADIGMAS TRADICIONAIS DAS EMPRESAS E A IMPORTÂNCIA DOS STAKEHOLDERS

Com as explanações sobre o desenvolvimento sustentável e sabendo-se que a empresa neste contexto desempenha papel fundamental a fazer concretizar as exigências constitucionais previstas no artigo 170 da Carta Constitucional, importante se destacar que ocorrem significativas mudanças de paradigmas no que diz respeito a “função social da empresa”, que no século XX, seguindo os princípios da economia tradicional, denominada por “neoclássica”, tinha como visão de função social para a empresa aquele de assumir o papel de proporcionar retorno econômico-financeiro para seus donos ou acionistas, denominados como stockholders (OLIVEIRA, 2008).

Sob este enfoque a empresa não demonstrava preocupação com as vertentes ambientais e ainda fazia parte da visão restrita de utilizar a natureza para atender as necessidades humanas, sem a preocupação com a finitude dos recursos, o que não pode mais prevalecer.

Essa visão clássica de função social da empresa restou superada no Brasil pelo advento da Constituição Federal de 1988, que atribuiu à empresa um papel diferenciado no cenário econômico, ao determinar no artigo 170 que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o Princípio da Função Social da Propriedade”.

Diante deste novo cenário, a função social da propriedade, passou a integrar o conceito de função social da empresa, e esta não pode mais debruçar seus olhares somente para o retorno econômico de seus sócios ou acionistas, mas deve também se

preocupar com outros fatores constitucionalmente elencados como o trabalho, justiça e desenvolvimento social, meio ambiente, consumidores, entre outros.

Neste diapasão, o preceito constitucional estabelece a função social da propriedade e é da ampliação deste conceito que exsurge o Princípio da Função Social da Empresa, princípio este que está contraposto em relação à teoria meramente acionista. A função social da empresa determina que os bens de produção devem possuir função social, ou seja, uma empresa geradora de riquezas e de empregos cumpre sua função social na medida em que destina sua produção a um conteúdo útil distribuído na comunidade, proporciona riquezas e empregos e bem estar social, reduzindo desigualdades.

A mudança que a sociedade vem apresentando nas últimas décadas obrigou as empresas a reavaliar conceitos e diminuir o foco exclusivo na maximização de lucros. No atual cenário econômico se começa a observar o crescimento dos empresários que passaram a buscar a participação em projetos ambientais-sociais ou de apoio aos mesmos. Isso decorre do fato da globalização que dissemina informações cada vez mais rapidamente e os impactos da poluição ambiental, ente outros, tais como trabalho infantil, trabalho análogo à condição de escravo, saúde, etc., passaram a ter importância na decisão dos consumidores conscientes quanto aos produtos adquiridos.

Em razão desta consciência do mercado consumidor, percebe-se que ele passa a optar por aquisição de bens e serviços provenientes de empresas que demonstrem preocupação em preservar os recursos ambientais e os utilizem de modo sustentável e racional, sendo possível se observar que os objetivos referentes às responsabilidades das empresas se ampliaram a fim de que elas se tornassem instituições que além de possibilitar o enriquecimento da sociedade em si, devem ser meio de garantir o cumprimento de sua função social ambiental e na redução de desigualdades sociais.

Neste contexto surge uma nova visão empresarial e o desempenho econômico-financeiro, que antes era o principal ou talvez único viés de interesse da empresa, se suplanta pela necessidade de se observar o interesse de diversos grupos da sociedade que acabam por influenciar e ter “interesse” no comportamento da empresa, não necessariamente econômicos, mas sim do ponto de vista de sua atuação social, surgindo assim a figura dos stakeholders, que são as partes interessadas no funcionamento da empresa, sejam porque a impactam ou são impactadas por ela, ou somente tem interesse sobre o comportamento da empresa, por exemplo, observar como ela respeita e impacta o meio ambiente. Neste “grupo” podemos incluir empregados, consumidores, fornecedores, comerciais, comunidades afetadas pela empresa, mídia, governos, ONGs e a sociedade em geral. (OLIVEIRA, 2008).

O envolvimento das empresa com as questões ambientais tende a crescer na mesma proporção que cresce o interesse da opinião pública sobre as questões ambientais, bem como de grupos interessados neste tema: trabalhadores, consumidores, investidores, ambientalistas, etc. Neste sentido leciona Barbieri “muitos investidores já consideram as questões ambientais em suas decisões, pois sabem que os passivos ambientais estão entre os principais fatores que podem corroer a rentabilidade e substâncias patrimoniais das empresas” (BARBIERI, 2004).

Reconhecidamente hoje o princípio da função social da empresa está diretamente relacionado em estabelecer equilíbrio entre a nova ordem econômica

social e as ideias do liberalismo clássico, proporcionando a eficaz mescla entre ambos. Esta nova concepção, fruto da determinação constitucional demonstra que o lucro, por si só, não é mais um elemento capaz de justificar a existência de uma empresa. Por esse viés interpretativo tem-se que o lucro é uma recompensa justa e legítima a ser recebida pelos investidores, que aceitaram correr o risco de aplicar seu capital em um empreendimento produtivo; entretanto este não é e nem pode ser mais o único móvel da empresa.

5. A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Em um contrassenso com as exigências constitucionais previstas no artigo 170, o Estado brasileiro assumiu uma postura voltada em grande parte a obter uma estabilidade econômica norteadas na estabilidade da moeda, deixando de investir em programas sociais, adotando um modelo para a economia brasileira de inserção no modelo de integração ao capital internacional sob a perspectiva de uma política neoliberal, situação esta que agravou as desigualdades sociais.

A utilização da concepção do Estado Mínimo ocasiona uma consequente retração dos investimentos em políticas públicas e sociais, descentralização dos projetos sociais e privatização de alguns serviços sociais básicos. Com isso abre-se espaço para que organizações, instituições da sociedade civil e fundações empresariais passem a atuar junto à problemática social, desencadeada por uma crise sociopolítico-econômica sem precedentes na sociedade brasileira, fruto de uma série de fatores negativos, que vai desde a grave crise política e de credibilidade nas instituições, como também tendo em vista esta configuração adotada pelo Estado, que promove uma liberação das competências do mesmo, tornando-o livre de suas obrigações sociais, com direitos e deveres dela respectivos.

Empresas vinculadas à filosofia da responsabilidade social empresarial compreendem que a agenda política do país deve ser pautada pela parceria entre o Estado, a sociedade civil e as empresas. O investimento social privado desempenha importante vetor tendo em vista os inúmeros problemas sociais existentes. Entretanto, é importante se lembrar que o papel social da empresa não se resume a este tipo de investimento e nem é seu principal foco. Função social da empresa é fruto de uma relação ética da empresa com seus funcionários, com seus fornecedores, com o governo, com seus clientes. Neste complexo contexto as empresas socialmente responsáveis têm, entre seus objetivos, o de contribuir com a implementação das políticas públicas, o bem estar social e desenvolvimento sustentável. Empresas com este perfil utilizam seu poder de mobilização para atuar como agentes e parceiros do desenvolvimento social do País.

Responsabilidade Social Empresarial, portanto, pode-se dizer que passa a ser o conjunto de ações da empresa que beneficiem a sociedade. É uma forma de gestão empresarial que busca minimizar os impactos negativos no meio ambiente e comunidades, preservando recursos ambientais e culturais, respeitando a diversidade e reduzindo a desigualdade social. São as empresas se conscientizando da importância do seu papel no desenvolvimento na comunidade onde se encontram inseridas,

criando programas que levam em consideração a natureza, economia, educação, saúde, atividades locais, transportes entre outros.

Estas ações ocorrem, via de conseqüência, em áreas diversas, entre elas o meio ambiente – onde empresas promovem o reflorestamento, a desintoxicação de águas poluídas, proteção aos animais, por exemplo – mas adentram também em áreas como a saúde, projetos culturais, conservação do patrimônio público e filantropia.

A função social a empresa engajada nesta parceria implícita de políticas públicas sustentáveis pode ocorrer por meio de programas de recuperação da área de onde está instalada a empresa, programas sociais de desenvolvimento sustentável, projetos educacionais da preservação da natureza, trabalhos voluntários por parte dos funcionários, criação de emprego e renda na comunidade, obras que beneficiam a área que está presente a empresa, ceder espaço para atividades, doações em dinheiro, roupas ou alimentos, e patrocínios de projetos culturais.

Atualmente a sociedade costuma valorizar empresas que protegem o meio ambiente ou participam de projetos sociais, tanto que muitos consumidores com um melhor poder aquisitivo e consciência social-ambiental, se dispõem a pagar mais por produtos que são politicamente corretos. Uma empresa preserva o meio ambiente estabelece bom relacionamento com a comunidade e ao fazê-lo pratica uma gestão tão importante quanto apresentar ao mercado produtos de qualidade; este perfil empresarial torna seu produto altamente valorizado perante uma grande parcela dos consumidores, eleva a satisfação dos clientes e até os fideliza à marca, ganhando com isso vantagens competitivas perante seus concorrentes de mercado.

Por vezes aquilo que se denomina por “ação social” da empresa, quer seja em relação a comunidade ou mesmo em relação ao meio ambiente, está muito além de altruísmo. Por trás de uma prática empresarial generosa, podem existir incentivos oferecidos pelo governo, como diminuição dos encargos fiscais, imunidades ou isenções tributárias, como abatimento no imposto de renda. E mais, uma empresa que pratica um programa social de sustentabilidade, não só assegura que se evite escassez de seus próprios recursos, como também minimiza prováveis processos ambientais. Assim, como em uma simbiose, a empresa, como iniciativa privada que é, tem um papel relevante no desenvolvimento da sociedade onde se estabelece e esta necessita da empresa como fator gerador de empregos e redução de desigualdades sociais. Ambas necessitam uma da outra.

É uma via de mão dupla, onde todos se beneficiam: a empresas que praticando a responsabilidade social passam a agregar valor ao produto que oferecem e a comunidade que ganha em ajuda. Importante destacar que atualmente as empresas que não acompanham as ações socioambientais e nem divulgam os resultados, deixam de aproveitar a oportunidade de melhorar sua imagem perante seu público consumidor. Ser responsável socialmente é, na atualidade, uma tendência empresarial contínua e definitiva, que não pode ser ignorada.

Enfrentar desigualdades sociais depende de decisões em nível de políticas públicas e sociais, cuja elaboração e implementação é uma responsabilidade prioritária do Estado; entretanto, a crise social vivida por nosso país torna imprescindível que os mais variados segmentos da sociedade civil, empresariado, entre outros, se empenhem para um enfrentamento adequado e responsável que permita impulsionar

o crescimento econômico responsável. Nesse sentido, a responsabilidade social empresarial representa um elemento importante na dinâmica do desenvolvimento do capital e uma empresa socialmente responsável passa a conseguir uma grande vantagem competitiva em relação às demais, isto porque esta assimilando o papel de corresponsabilidade no enfrentamento da desigualdade, da exclusão social e de preservação e recuperação ambiental. Assim, diante da necessidade de rearticulação do próprio capital já existe hoje no Brasil a responsabilidade do segmento empresarial, em condições objetivas, somar seus esforços, juntamente com o Estado, na luta pelo desenvolvimento econômico e social viável e ambientalmente sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto se pode perceber que o conceito clássico de empresa e sua visão limitada ao lucro do empreendedor, mudaram com o tempo e as necessidades sociais. É possível se concluir que a empresa não pode mais ser analisada somente pelo viés econômico. O lucro, objetivo que impulsiona a economia e é o motivo fundamental que leva à criação de empresas, deve ser analisado atualmente, com as devidas reservas que todo o contexto sócio-político-ambiental exige. A visão egocentrista da empresa praticada por longo tempo, atualmente não satisfaz as necessidades sociais. Obter lucros sem a devida preocupação com o efetivo desenvolvimento social é fórmula que não se adequa à realidade atual. A empresa hoje é vista em âmbito mais amplo, tendo-se em consideração o modo como ela interage no mercado, com seus funcionários, consumidores, comunidade onde se instala e meio ambiente. A Constituição Federal atualmente apresenta este viés de desenvolvimento econômico, onde alinha vários objetivos, respeitando a livre iniciativa, mas determinando que a empresa deva cumprir também uma função social, aliando o desenvolvimento econômico ao social, reduzindo desigualdades e preservando o meio ambiente para as atuais e futuras gerações. Em todo este arcabouço de normas, a empresa deve se inserir e cumprir também sua função social, não só promovendo lucros a seus sócios, mas contribuindo diretamente na redução de desigualdades sociais e preservando o meio ambiente. Com a globalização e o desenvolvimento dos meios de comunicação, o consumidor passa a ser um importante vetor a ser considerado, isto porque ele começa a se conscientizar sobre a importância da preservação do meio ambiente e passa a fazer escolhas por empresas que demonstrem estar inseridas em políticas públicas neste sentido e que trilhem esta premissa de vertente social.

O desafio de criar uma nova ordem econômica baseada na livre indicativa, mas com um Estado Mínimo, é árdua tarefa a se concretizar e à empresa neste contexto, cabe o papel de adequar seus interesses de obtenção de lucro às necessidades sociais do mercado trabalhador, consumidor e a necessidade de preservação e recuperação ambiental.

Com o presente artigo, se demonstrou a importância desta mudança de paradigmas axiológicos empresariais, para que seja possível efetivar-se, na prática, aquilo que, com maestria, o legislador constitucional estabeleceu como um Estado que promova a efetiva Justiça Social e preserve o meio ambiente, sabendo-se tratar ainda de uma longa jornada que está apenas começando.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, Henri e LEROY, Jean P. **Novas premissas da sustentabilidade democrática**. Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais, 1, 1999. Disponível em: <http://www.educacaoambiental.pro.br/victor/biblioteca/AcsehradLeroyNovasPremissas.pdf>. Acesso em 18 de out. 2017.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental Empresarial: Conceitos, Modelos e Instrumentos**. 1 ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2004.

BARBOSA, Gisele Silva; in **O desafio do desenvolvimento sustentável**. Disponível em: [bhttp://www.fsma.edu.br/visoes/ed04/4ed_O_Desafio_Do_Deenvolvimento_Sustentavel_Gisele.pdf](http://www.fsma.edu.br/visoes/ed04/4ed_O_Desafio_Do_Deenvolvimento_Sustentavel_Gisele.pdf) – acesso em 08 dez 2017.

BEZERRA, M. C. L.; BURSZTYN, M. (coord.). **Ciência e Tecnologia para o desenvolvimento sustentável**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e dos Recursos .

CARVALHOSA, Modesto. LATORRACA, Nilton. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. São Paulo. Saraiva, 1997, v. 3.

FERREIRA, Leila da Costa. **A questão ambiental: sustentabilidade e políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1998. Naturais Renováveis: Consórcio CDS/ UNB/ Abipti, 2000.

GODOY, Sandro Marcos. **O meio ambiente e a função socioambiental da empresa** – 1ª ed. Birigui/SP: Editora Boreal, 2017.

O GLOBO, 2008. Interditada fábrica à beira da Baía de Guanabara por falta de licença 07 de agosto de 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL715750-5606,00>. Acesso em 23 out. 2017.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ONU. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em 24 out 2017.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de Transição para do século XXI – Desenvolvimento e Meio Ambiente**. São Paulo: Studio Nobel – Fundação para o desenvolvimento administrativo, 1993.

SATTERTHWAITE, David. **Como as cidades podem contribuir para o Desenvolvimento Sustentável.**, apud MENEGAT, Rualdo e ALMEIDA, Gerson (org.). Desenvolvimento Sustentável e Gestão Ambiental nas Cidades, Estratégias a partir de Porto Alegre. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2004.

VEIGA, José Eli da. **Cidades Imaginárias – O Brasil é menos urbano do que se calcula.** Campinas: Editora da Unicamp, 2005.

Artigo recebido em: 20/03/2018

Artigo aceito em: 31/05/2018

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

6

**A NOVA PLATAFORMA DIGITAL DO “MEU INSS” E AS DIFICULDADES
DE ACESSO DO SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

**THE NEW DIGITAL PLATFORM OF “MY INSS” AND THE ACCESS
DIFFICULTIES OF THE SOCIAL SECURITY INSURED**

Ana Paula Baptista Marques¹

Helen Pelisson da Cruz²

Amanda Vanzella Gonçalves³

1 Mestranda do Curso de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Pesquisadora do ICETI (Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação) e CNPQ/UEM. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Pós Graduada em Direito e Prática Previdenciária pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Licenciatura em Letras Português/Inglês pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Advogada e Conciliadora Judicial do Tribunal de Justiça do Paraná. Autora radicado no Brasil. E-mail: anapaulabaptista_@hotmail.com.

2 Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade do Norte do Paraná. Advogada. Autora radicado no Brasil. E-mail: helenpelisson@hotmail.com.

3 Pós Graduada em Direito Empresarial e Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Paraná. Graduada em Licenciatura em Letras Português/Inglês pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Advogada. Autora radicado no Brasil. E-mail: amanda.v@hotmail.com.

Como citar este artigo:

MARQUES, Ana Paula Baptista; CRUZ, Helen Pelisson da; GONÇALVES, Amanda Vanzella. **A nova plataforma digital do “ meu INSS” e as dificuldades de acesso do segurado da previdência social.** Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018; v. 2 (4): 85-93.

RESUMO

Este artigo explora as dificuldades de acesso dos segurados à previdência social, após a recente criação da plataforma digital “meu INSS”, cujo objetivo intrínseco seria desafogar o atendimento presencial nas agências e garantir a prestação de serviços no órgão previdenciário à todos, entretanto, sem o incentivo de políticas públicas que promovam a inclusão da maioria dos segurados que não possuem qualquer afinidade tecnológica, esta inovação não será eficaz e trará, ainda mais, problemas. Para isso o estudo traz alternativas para a inclusão digital de todos os segurados demonstrando que a lei da seguridade social vigente no país não deve excluir nem trazer prejuízos. O método utilizado é o indutivo, que, pela observação de questões particulares, permite que se extraíam conclusões.

Palavras-chave: Previdência Social. Plataforma Digital. Tecnologia.

ABSTRACT

This article explores the difficulties of access of the insured to the social security, after the recent creation of the digital platform “my INSS”, whose intrinsic objective would be to relieve the presential attendance in the agencies and to ensure the provision of services in the Social Security organ to all, however, without the incentive of public policies that promote the inclusion of the majority of policyholders who do not have any technological affinity, this innovation will not be effective and bring even more problems. For this reason, the study brings alternatives to the digital inclusion of all insured people, demonstrating that the law of social security in the country should not exclude or bring losses. The method used is the inductive that, by the observation of particular issues, allows us to extract conclusions.

Keywords: Social Security. Digital Platform. Technology.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o segurado da Previdência Social encontra dificuldades ao realizar qualquer procedimento junto ao órgão previdenciário. Esta cultura de burocracia e falta de informação tradicionalmente acompanha a previdência social até os dias atuais, uma vez que, a falta de informação caminha de braços dados com seu prejudicado direto: o segurado.

Antigamente, a maior dificuldade eram as longas filas e a falta de pessoal nas agências. Uma vez que há muito tempo, os trabalhadores enfrentam verdadeiras batalhas para simplesmente conseguirem um extrato ou mesmo solicitar uma aposentadoria por idade. No contexto atual, estes obstáculos, gradativamente, transformaram-se em dificuldades tecnológicas e problemas online.

A fim de compreender o atual sistema da burocracia junto ao órgão público do INSS é crucial observar a gestão pública no Brasil, nos diversos períodos históricos. Nas palavras do poeta Miguel de Cervantes (2000), pois a história é

êmula do tempo, repositório dos fatos, testemunha do passado, exemplo do presente e advertência do futuro.

Nesta linha de raciocínio, o presente estudo destaca a trajetória da gestão pública brasileira, sendo ela dividida em três modelos de administração pública: o Modelo patrimonialista, Modelo burocrático e Modelo gerencialista.

Em um primeiro momento ressalta-se o modelo patrimonialista de administração pública implantado no Brasil, que, dentre as suas características destacou-se a não distinção entre o bem público e o privado. Aquele era um período em que a administração tinha fortes traços absolutistas europeus, uma vez que surgiu com a chegada dos portugueses no Brasil e somente teve fim em 1930, com a chamada Primeira República de Getúlio Vargas, oportunidade em que a administração pública gradativamente foi substituída pelo chamado modelo burocrático.

Nesse viés, especificamente em termos de gestão, houve uma pretensa mudança na forma de conduzir a administração pública. Tal pretensão concretizou-se com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, em 1938, que tinha dentre outros objetivos implementar na administração pública brasileira os princípios da estrutura burocrática. Dentre esses princípios destaca-se a profissionalização dos serviços, seja com o ingresso dos funcionários nos quadros da administração pública por meio de concursos públicos, seja por meio da substituição de critérios políticos por critérios técnicos na condução da máquina pública.

Nesse período evidencia-se a prevalência do insulamento burocrático, cujo próprio nome remete a um isolamento referente a certos administradores públicos da influência política de outros agentes da sociedade com o intuito de debater, somente entre eles, a melhor decisão em relação a uma determinada ação.

Na sequência, o estudo caminha para o Regime Militar, quando a gestão pública passa por uma série de tentativas para modernizar a administração pública brasileira, a exemplo da edição do Decreto-Lei nº 200 de 1967, que propõe uma Reforma Administrativa do Estado e seus princípios fundamentais, do planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, oportunidade em que surge o modelo gerencialista, com o fortalecimento dos órgãos da administração pública indireta.

Após percorrer os principais momentos históricos da seguridade social, o presente estudo faz uma análise dos dias atuais, onde há o sistema de agendamento, consultas e emissões da Previdência Social, por meio de uma plataforma digital chamada “Meu INSS”, sendo este um sistema elaborado com o intuito de facilitar e evitar grandes problemas aos segurados, entretanto, esta plataforma surge como uma ajuda ou pode transformar-se em um pesadelo ao segurado? Certamente, no decorrer deste estudo, esta indagação será solucionada por meio de alternativas à contemporânea falta de guias e de ajuda especializada do órgão previdenciário.

1. UMA HISTÓRIA DA GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL

Inicialmente, com a chegada dos portugueses no Brasil, foi implantado um modelo de administração pública que ficou conhecido como patrimonialista, dentre as suas características destacou-se a não distinção entre o bem público e o privado.

Este foi um modelo de administração com fortes traços absolutistas europeus, tendo em vista a influência lusitana no Brasil, naquela época. Este patrimonialismo somente teve fim em 1930, com a chamada Primeira República de Getúlio Vargas, oportunidade em que a administração pública aos poucos foi substituída pelo chamado modelo burocrático. (ROCHA, 2007, p. 256).

Neste contexto, na administração pública enfatizou-se a expressão “insulamento burocrático”, originada durante o governo de Juscelino Kubitschek (1956-1961), com a criação do Conselho de Desenvolvimento, que colocou em prática seu Plano de Metas. Este modelo perdurou também durante todo o Regime Militar (1964-1985), com o fortalecimento da Administração Pública Indireta. Entretanto, a implantação deste modelo ocasionou inúmeros problemas, especialmente, a má prestação dos serviços, devido a elevada burocracia exigida, desde aquela época. (SECCHI, 2009, p. 59-62).

Importante destacar que, desde aquele período, já surgem empecilhos ligados ao excesso de burocratização, para amenizar estes conflitos há uma tentativa de Reforma do Estado, entretanto, a ineficiência da máquina pública e a falta de recursos orçamentários permaneceram, inclusive houve a discrepância do sistema estatal, com alguns órgãos inchados e outros carentes de funcionários. (FERRARO, 2010, p. 20).

À vista destes problemas, a partir do governo de Fernando Collor de Melo (1990-1992) surge o modelo gerencialista, com o intuito de redemocratizar o Estado. Juntamente ao gerencialismo surge o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE). O MARE teve à frente o ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, que colocou em prática o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, este meio tinha como objetivos o uso de indicadores de desempenho para controle de resultados, a descentralização administrativa e o uso mais racional dos recursos, em oposição, portanto, à Administração Pública Burocrática. (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 33-36).

Estas mudanças foram concomitantes às reformas de diversos países, no final do século XX, ligadas a um contexto mundial comum de transformações estruturais, todavia, conforme analisado acima, nenhum dos modelos funcionaram no Brasil, pois desconsideraram princípios constitucionais importantes, especialmente o da dignidade da pessoa humana. (MARTINEZ, 2015, p. 45).

2. A ATUAL PLATAFORMA “MEU INSS”: REALIDADE E ALTERNATIVAS

Na tentativa de proporcionar ao segurado uma boa prestação de serviços, sem qualquer violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, atualmente, surgiu a plataforma digital “Meu INSS”, que suscita opiniões antagônicas aos usuários da Previdência social.

De um lado estão os segurados que, muitas vezes não possuem afinidade tecnológica, dentre eles destacam-se os trabalhadores em idade de se aposentar. Estes indivíduos, desde o primeiro contato com a plataforma depararam-se com a dificuldade na consulta ou emissão de algum documento através da internet, especialmente quando o comando direciona para “Clicar ao lado ou ligar 135” acarretando diversos obstáculos no acesso destes usuários ao sistema.

Por outro lado existem os segurados que desenvolveram-se na era tecnológica, sendo este um público jovem e imediatista, que nasceu com o progresso da era digital, inclusive, estes indivíduos, muito provavelmente, não afrontariam as inúmeras filas das agências previdenciárias de antigamente, já cientes da possibilidade de soluções online para seu caso concreto, sem a necessidade de deslocarem-se de suas residências.

Ocorre que, como o principal objetivo do órgão previdenciário é facilitar o acesso a todos os usuários, sem distinção e ante as diferentes reações de seus usuários em relação a nova plataforma digital “meu INSS”, recentemente surgiu uma tentativa para anemizar tais obstáculos e eliminar a etapa do agendamento presencial, através das longas filas.

Para isso, esta plataforma digital extinguiu o atendimento no interior das agências para os segurados que necessitam do salário-maternidade e aposentadoria urbana por idade. Hoje em dia, o segurado acessa a plataforma ou liga para o 135 ao invés de agendar uma data para ser atendido, como era antes, e desde já recebe o número do protocolo de requerimento, assim desafoga as agências, que carecem com falta de servidores (IBRAHIM, 2011, p. 11-20).

Entretanto, esta proposta de modernização da autarquia, ainda não facilitou o acesso a todos os usuários. Neste contexto estão os segurados com dificuldades de acesso à internet. Para isso já, no interior das agências, o usuário possui acesso à plataforma e também a todos os serviços, por meio do cadastro de seu CPF e senha.

Essa foi uma alternativa que facilitou o acesso de todos os segurados aos serviços. Hoje, através do portal meu.inss.gov.br, tanto o aposentado quanto o trabalhador - que ainda vai pedir o benefício - pode resolver tudo em um só lugar e até mesmo sem sair de sua residência.

Assim, embora ainda existam as dificuldades acima elencadas, especialmente, as tecnológicas, a maioria dos diretores do órgão previdenciário (IBDP) veem o sistema do “MEU INSS” como uma possibilidade concreta de aumentar a qualidade do serviço prestado sem dificultar ainda mais o acesso aos segurados.

Além disso, muitos sites e o próprio Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS criou textos explicativos sobre como consultar o “Meu INSS”, sem contar que a própria agência vem, desde o começo de sua implementação, prestando assistências aos usuários por meio da própria previdência social.

Nesta toada é imperativa a criação de vídeos explicativos e guias didáticos, feitos pelo próprio INSS para os trabalhadores, cuja explicação vem fundamentada nas principais dificuldades e suas soluções, facilitando e assegurando que o trabalhador Brasileiro não tenha dificuldades na hora de pedir sua aposentadoria ou consultar se o seu benefício foi concedido ou não.

Por estas razões é que, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), no esforço para desburocratizar os processos e facilitar o acesso dos segurados aos serviços oferecidos pelo órgão, desde já oferece estas possibilidades que podem ser feitas totalmente pela internet. No entanto, embora muitos segurados ainda encontrem dificuldades no acesso à plataforma online “Meu INSS”, ela é uma inovação tecnológica que nasce com o intuito de desafogar as agências e modernizar o atendimento, sem olvidar-se do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente, do segurado.

3. AS DIFICULDADES DE ACESSO DO SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

São considerados essenciais todos os direitos que tornam indissociáveis a relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais.

Dessa relação surgiram os direitos individuais e coletivos, que estão previstos e foram pacificados no título de direitos e garantias da Constituição Brasileira de 1988. Eles estão diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à igualdade, à dignidade humana, à intimidade e vida privada, os quais vêm previstos no artigo quinto e seus incisos do mesmo corpo jurídico.

Ressalta que seus destinatários são todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, além dos apátridas, pessoas jurídicas e estrangeiros que não residem no País, esses últimos inclusos através de interpretação sistemática e teleológica do artigo quinto, caput, o qual anuncia que todos são iguais sem distinção de qualquer natureza, independentemente de sua nacionalidade ou situação no País. (BRASIL. Constituição, 1988).

Sob a ótica dessas afirmações, conclui-se que qualquer pessoa é titular dos direitos fundamentais, portanto eles nascem com o indivíduo e, por isso, não são uma concessão do Estado.

Nesse contexto está inserido o princípio da dignidade humana enunciado por Kant como fórmula do imperativo categórico para que todo ser humano trate a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio, visto que, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor intrínseco: a dignidade. (KANT, 1974, p. 20).

Com base nesse princípio da dignidade da pessoa humana é que toda e qualquer pessoa tem assegurados os direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, que por sua natureza basilar, garante que todos sejam seus titulares. Dentre esses direitos, destacam-se, o direito à vida, à honra, a intimidade e a vida privada, neste estudo, notadamente, o direito dos trabalhadores.

A expressão direitos fundamentais do homem não significa, portanto, esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação do Estado, mas restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem. (MALHEIROS, 2008, p. 10).

Assim, esses direitos traduzem os bens da vida ao passo que as garantias buscam assegurá-los. Neste contexto está a dignidade dos trabalhadores, vez que o labor faz parte da própria história da existência humana, ressaltando que, os valores sociais do trabalho e a dignidade são fundamentos constitucionalmente consagrados na Carta Magna.

Nesta linha de raciocínio estão os direitos fundamentais do homem, e especialmente, os direitos sociais e os princípios que lhe são próprios, todos eles imprescindíveis à concretização da própria dignidade da pessoa humana.

Neste aspecto, com grande propriedade, defende José Afonso da Silva, que os direitos sociais constituem, categoricamente, os novos direitos fundamentais do homem à proporção que constituem um meio positivo que reconhece o direito ao trabalho como condição precípua no caminho da efetividade da existência digna de todos os brasileiros. (SILVA, 2007, p. 45).

Ocorre que, embora constitucionalmente garantida a justiça social, os direitos sociais para todos ainda encontram obstáculos, ante as evidentes desigualdades sociais do atual modelo econômico. Assim, como num Estado Democrático de Direito não se concebe a flexibilização dos direitos fundamentais do homem, não se pode conceber, do mesmo modo, a flexibilização dos direitos sociais que lhe garantem ou que, ao menos, deveriam lhe garantir uma existência digna, aliás, uma flexibilização da dignidade do segurado.

Nesse viés, constata-se que a dignidade acompanha todos os indivíduos desde seu nascimento, assim, importante destacar que, mesmo em época de flexibilização do Direito Previdenciário, cresce o movimento de valorização do seu princípio protetor, como forma de realização do princípio da igualdade real entre os atores sociais partícipes da relação jurídica e da dignidade da pessoa humana do segurado.

Ultimamente, ante aos avanços tecnológicos e as transformações da globalização na sociedade, os direitos e garantias aos segurados devem ser preservados e estão em discussão, especialmente, a manutenção da dignidade da pessoa humana do usuário do órgão previdenciário, tendo em vista a importância desta garantia para propiciar à todos os seres humanos uma sociedade mais justa, com igualdade de oportunidades, para o seu pleno desenvolvimento físico e intelectual.

4. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS SEGURADOS

Em relação aos direitos da personalidade dos segurados é notória a garantia constitucional destes direitos, ao passo que os laços sociais foram estreitando-se, tornando os segurados pouco a pouco mais desiguais em relação ao órgão previdenciário, tendo em vista a relação de igualdade estabelecida entre as partes.

Entretanto, todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano; daí, não há que se falar em desigualdade quando o tema é direito da personalidade, especialmente, a razão, que é inerente a todo ser que é humano (SARLET, 2003, p. 20).

Nessa linha de raciocínio, Immanuel Kant coaduna a ideia de que o homem é um fim em si mesmo, e não um meio. Ao contrário dos objetos e dos animais, o homem possui a razão; logo, é pessoa intrínseca, dotada de valor e capaz de determinar suas próprias leis (KANT, 2008, p. 62).

Então, como o ser humano é dotado de razão, deve adaptar-se às constantes mutações, especialmente, aquelas de natureza previdenciária. Aliás, as próprias inovações são fruto do conhecimento humano, entretanto, a legislação brasileira, faz menção expressa aos direitos da personalidade, sob o prisma dos direitos dos segurados, principalmente, quanto à proteção à sua dignidade.

Nesse viés, para Norberto Bobbio, o reconhecimento e a proteção aos direitos do homem são a base das constituições democráticas e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional (BOBBIO, 2003, p. 50).

É importante lembrar que essa dignidade se manifesta no direito à vida, à honra, à integridade física, à saúde, à integridade moral, à intimidade, bem como à garantia da afirmação social do trabalhador no recinto laboral e, posteriormente ao segurado na Previdência social.

Notadamente merecem destaque, os direitos da personalidade convencionados em nossa Carta Magna, esses direitos são oponíveis contra o empregador, por conseguinte devem ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial (BARROS, 1997, p. 56).

Destaque-se ainda, que este aspecto merece reflexão, entretanto, não se fará nesse artigo por não fazer parte do seu objeto, mas a reforma ao inserir os direitos da personalidade no seu texto, o faz de forma tímida, mais para limitá-los que para salvaguardá-los.

Fundamentalmente, o Direito Previdenciário busca a preservação e proteção da dignidade da pessoa humana, seja físico, material, mental ou psíquico, intelectual, moral e existencial, caso contrário, a legislação trabalhista perde o seu papel de proteger o ser humano. Para que todo homem realize-se enquanto pessoa, é imprescindível que o princípio da dignidade humana e os direitos de personalidade constituam a satisfação de um mínimo existencial, que não pode ser garantido sem um trabalho, um emprego digno.

Dessa forma, todos os dispositivos não devem abrir mão do mínimo existencial do segurado para assegurar o seu sustento e de sua família, tendo em vista ser uma verdadeira afronta à sua liberdade de expressão e ao direito de livre acesso ao judiciário, pois pretende limitar a sua iniciativa e não incentivar que o mesmo não abra mão de seus direitos fundamentais.

Afinal, todo o judiciário, em especial, a Previdência Social deve trazer benefícios e garantias aos segurados, na mesma proporção aos desfavorecidos e seus direitos da personalidade esquecidos, especialmente, a sua dignidade da pessoa humana, para que, jamais sejam olvidados seu mínimo existencial para garantia da seguridade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explanado no estudo, o segurado da Previdência Social sempre encontrou dificuldades para o acesso ao órgão previdenciário desde as longas filas nas agências até o acesso a nova plataforma digital “Meu INSS”, atualmente criada para desafogar as agências previdenciárias.

É notório que, o órgão previdenciário deve atender todos os segurados com a mesma excelência, entretanto, segundo análise dos diferentes períodos históricos, nem sempre a previdência social conseguiu atender todos os obstáculos que os usuários encontraram, porém, desde os primórdios o Estado Brasileiro busca alternativas para amenizar qualquer degradação ao sistema previdenciário.

Para que esse acesso não se torne penoso o presente estudo traz alternativas para que, esta nova plataforma digital “Meu INSS” seja igualmente útil à todos os usuários da previdência social, sem distinção e sem atingir seus direitos da personalidade, especialmente, sua dignidade da pessoa humana. Dessa forma traz a nova plataforma digital como uma solução prática, que caminha ao lado da evolução do Direito Previdenciário, especialmente, para facilitar o acesso dos usuários ao órgão previdenciário de maneira ágil e eficaz.

Assim, conclui-se que, como em experiências precedentes, o INSS deve permanecer priorizando o segurado, que sempre deve ter sua dignidade humana

respeitada, tendo em vista que este também é o princípio basilar da legislação previdenciária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRESSER PEREIRA, L. C. 1996. **Da administração burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público. v. 47. n. 1.

COHN, Amélia. 1980. **Previdência Social e Processo Político no Brasil**. São Paulo, ed. Moderna.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRARO, Suzani Andrade. (2010). **O equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

IBRAHIM, Fábio Zambite. (2011). **A Previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Niteroi. RJ Impetus.

KANT, I. **Crítica da razão pura**. 4ª ed. Tradução: Manuela Pinto dos SANTOS e Alexandre Fradique MOURUJÃO. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Celso Barroso. 1983. **Um Século de Previdência Social**. Rio de Janeiro, Zahar.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo. LTr. 2015.

ROCHA, Daniel Machado da, BALTAZAR JR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 7. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007.

SECCHI, L. (2009). **Modelos organizacionais e reformas da administração pública**. Revista de Administração Pública, Vol. 43, no. 2.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Artigo recebido em: 07/11/2018

Artigo aceito em: 04/08/2018

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

7

**A EFETIVAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E
FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA INTERAÇÃO TEXTO E CONTEXTO: A
PASSAGEM DA JURISDIÇÃO AO PROCESSO CIVIL**

**THE EFFECTIVENESS AND PROTECTION OF HUMAN AND
FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH TEXT AND CONTEXT
INTERACTION: TRANSITION FROM JURISDICTION TO CIVIL
PROCEDURE**

*Paulo Junior Trindade dos Santos¹
Vinicius Almada Mozetic²
Gabriela Samrsla Möller³*

1 Doutor e Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Autor radicado no Brasil. E-mail: pjtrindades@hotmail.com.

2 Pós-doutor e doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Professor e membro do grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC - Chapecó (Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais). Autor radicado no Brasil. E-mail: vinicius.mozetic@unoesc.edu.br.

3 Graduanda em Direito pela UNISINOS. Bolsista de iniciação científica PIBIC/Cnpq. Autor radicado no Brasil. E-mail: gabi.moller@hotmail.com.

Como citar este artigo:

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MOZETIC, Vnicius Almada; MÖLLER, Gabriela Samrsla. **A efetivação e proteção dos Direitos Humanos e fundamentos através da interação texto e contexto: a passagem da jurisdição ao Processo Civil.** Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018; v. 2 (4): 95-115.

RESUMO

O artigo busca evidenciar que a efetivação e proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais ocorre através da interação operada na interpretação entre o texto (Constitucional) e o contexto social (Complexidades Sociais), que ocorre de forma Democrática e Participativa mediante o Processo Civil, que tem seus institutos Constitucionalizados e ampliados para acompanhar os desafios do Direito em uma sociedade complexa. Para tanto, busca-se demonstrar que é necessário uma passagem da centralização da Jurisdição (um mero “governo dos juizes”) para o Processo Civil (governo das partes processuais em igualdade), que acompanha as novas estruturas de sociedade que vem se formando na contemporaneidade, na busca de um Direito que se aproxime mais da sociedade e que propicie participação social.

Palavras-chave: Estado Ativo-Responsivo; Texto-Contexto; Democracia Horizontal; Direitos Humanos; Direitos Fundamentais;

ABSTRACT

The article seeks to show that the implementation and protection of Human and Fundamental Rights occurs through the interaction between the text (Constitutional) and the social context (Social Complexities), which occurs in a Democratic and Participatory way through Civil Procedure, which has its Constitutionalised and expanded institutes to accompany the challenges of Law in a complex society. In order to do so, it is necessary to demonstrate that a transition from the centralization of the Jurisdiction (a mere “government of judges”) to the Civil Procedure (governance of procedural parties in equality) is necessary, accompanying the new structures of society that have been formed in the contemporaneity, in the search for a Law that is closer to society and that provides social participation.

Keywords: Active-Responsive State; Text-Context; Horizontal Democracy; Human Rights; Fundamental Rights;

INTRODUÇÃO

Ao pensar sobre o direito em tempos em que, mais do que nunca na história, a população tem acesso tão facilitado aos tribunais e, paralelamente, mais do que nunca na história, à disposição da população existem tantos direitos subjetivos, restam vívidos questionamentos sobre o rumo do direito e do processo na medida em que, na prática, a efetividade da tutela não tem sido satisfativa e o direito como lei não evolucionou, já não sendo mais capaz de apreender os fenômenos desta sociedade moderna; ou seja, teoricamente temos garantido, como em nenhum tempo se viu, tantos direitos e tanta facilidade de acesso ao Judiciário, mas na prática, de outro lado, os problemas são graves e distorcem a confiança de uma sociedade que vive sob o afã da juridicização da vida, pois o direito reconhece e emancipa os não-humanos.

O legalismo do séc. XIX, resposta à nova visão de Estado dado como resposta às complexidades sociais. O séc. XX, porém, passa a exigir, novamente, uma revisão das estruturas de Estado e de Direito e repolitiza a vida jurídica a partir de princípios Democráticos que advêm com a segunda Guerra Mundial. A lei, que outrora era o principal marco dogmático do Direito para exprimir os conceitos jurídicos, reflexo da busca de segurança, não mais é capaz de exprimir consensos permanentes, mas apenas passageiros. A busca de segurança, porém, teria de ser realizada em um nível superior, o da Constituição, não mais como um estatuto do Estado, mas como repositório de valores materiais representados como aquisições da vida política, marcando o advento do Estado Constitucional e seus corolários, como o sistema de constitucionalidade das leis.

Em um momento de complexidade social e globalização, é possível haver valores universalmente reconhecidos a todo, comuns a toda a humanidade? A esta resposta, vincula-se os direitos humanos.

O esboço apresenta a tentativa em superar as centralidades de produção jurídica do protagonismo judicial para um protagonismo dos cidadão ativos, redimensionando o ativismo judicial (que é jurisdicional) ao ativismo processual (reflexo do “processo judicial como vocação de nossos tempos”), este último figura como importante interação entre texto e contexto em uma interpretação jurídica contemporânea que visa proteger os direitos Constitucionalizados e fazer com que se efetivem e se reconheçam via tutela jurisdicional efetiva e satisfativa acostada em uma legitimidade democrática processual que é possibilitada pelo deslocamento da jurisdição ao processo.

Essa visão, para se tornar prática, cobra uma ressignificação da dinâmica processual, pela fusão entre administração da justiça e função jurisdicional, na busca da efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais, permitindo-se a adesão do contexto social por uma interação junto ao texto constitucional que resgata elementos de dignidade humana. A aderência da Constitucionalização do Direito absorve a o direito processual e garante uma eficiente proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais através de institutos processuais constitucionalizados.

1. ESTADO ATIVO-RESPONSIVO, PODER JUDICIÁRIO E OS DESAFIOS DA PRODUÇÃO JURÍDICA INTERPRETATIVA: A INTERAÇÃO ENTRE TEXTO E OS CONTEXTOS

Alguns sintomas hoje expressam o delicado momento em que passa o direito: a ausência do sentimento de representação em face de quem cabe por excelência o poder político, a incapacidade da lei de abranger as complexidades sociais que multiplicam-se diariamente (PICARDI, 2008) e a incapacidade do Poder Judiciário de resolver todos os fenômenos conflituais aderidos pela juridicização da vida. (OST, 2018) Parte dos sintomas caracteriza que a tradicional forma de produção jurídica não apreende as complexas manifestações (CARBONNIER, 2001) destes fenômenos⁴,

4 El conflicto es, evidentemente, inevitable. Ninguna cultura jamás ha alcanzado la utópica armonía necesaria para superarlo. Para sobrevivir, cada cultura requiere de un medio aceptable para resolver conflictos y prevenir la venganza de los vencidos. (CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. p. 11)

que evidenciam a coexistência humana⁵ superadora dos suportes fáticos das normas, o que remete a uma necessidade de ampliação contextual e democrática do direito. Paralela a essa abertura contextual interpretativa, é necessário que os meios de resolução também sejam explorados para absorver esses fenômenos complexos, o que amplia o espaço de participação democrática da sociedade pela escolha sobre a maneira de resolução adequada dos conflitos nascidos na sociedade (contexto) e protegidos Constitucionalmente (texto).

Estes são alguns dos sintomas aspectos de um problema maior: a sociedade mudou, hoje é compreendida como complexa (DEVANEY, 1989) em suas manifestações (hiper-trans-pós-moderna⁶). Para o direito acompanhar estas mudanças, não pode se utilizar somente da representatividade⁷ legislativa para produção jurídica (reflexo de uma sociedade meramente moderna), devendo o direito compreender o contexto social, expressado pela complexidade dos fenômenos conflituais, a partir do texto Constitucional; ou seja, uma interpretação (COVER, 2002) do texto pelo contexto, na busca de resgatar os aspectos humanos e éticos (NUSSBAUM, 2006) evidenciados pela Constitucionalização do direito, somando-se a uma leitura ampliada do direitos humanos e fundamentais.⁸ Nesse sentido, ao se abrir para os fenômenos a partir do direito fundamental de acesso à justiça, o Poder Judiciário reestrutura-se e adere a novas formas de resolução de conflitos que garantam uma maior participação social e absorção destes fenômenos conflituais, apresentando à sociedade a heterocomposição e a autocomposição como vias de resolução proficuas para absorção dos fenômenos.

Em razão complexidade social e as novas necessidades que surgem a cada instante, o Poder Judiciário é chamado a resolver as mais diversas questões, sejam elas privadas ou públicas, e ainda soluciona os influxos políticos tanto no que se refere à afirmação-reconhecimento de políticas públicas, quanto a tensões

5 SCHUTZ, Alfred. LUCKMANN, Thomas. **Las estructuras Del mundo de La vida**. Buenos Aires: Editora Amorrortu, 2003; GEHLEN, Arnold. **El Hombre**. Su Naturaleza y su Lugar em el Mundo. 2ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987.

6 Para melhor compreensão da sociedade contemporânea e dos fenômenos conflituais nascidos em sua pluralidade de contextual, será preciso observar várias das teorias que definem a sociedade como contemporânea, sendo elas as da hiper-modernidade, pós-modernidade e trans-modernidade: BYUNG-CHUL, Han. *Tipología de la Violencia* Barcelona: Herder, 2013; BYUNG-CHUL, Han. *Hiperculturalidad*. Barcelona: Herder, 2018; BERMAN, Marshall. *Todo Lo Solido Se Desvanece en el Aire: la experiencia de la modernidad*. Siglo Veintiuno: Madrid, 1988; TOURRAINE, Alain. *Podemos vivir juntos: el destino del hombre em la aldea global*. Editora Fondo de Cutura Econômica: Argentina, 1996; SMART, Barry. *A Pós-Modernidade*, Mem-Martins, Edições Europa América, 1993. GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003; LATOUR, Bruno. *Reagregando o Social. Uma Introdução à Teoria do Ator-Rede*. Bauru: Edusc, 2012; LATOUR, Bruno. *The Making of Law*. Malden: Polity Press, 2010; LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004; LYOTARD, Jean François. *La Condicion Postmoderna*. Catedra: Madrid, 2000; CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009; CHARLES, Sébastien. *Cartas sobre a hipermodernidade*. São Paulo: Barcarolla, 2009.

7 A Democracia Representativa tem como centro de produção jurídica a atividade do Poder Legislativo. Entretanto, na medida em que obsta uma ampliação do núcleo Democrático Participativo e apreende os fenômenos de forma a ignorar as complexidades de mundo, a Lei apresenta um lado obscuro. Ver: ZENOVICH, Vincenzo. *Il lato oscuro della legge: diritto e supertizione*. Rivista di diritto civile, Vol. 59, N.º. 2, 2013. Pp. 309-329.

8 Segue a cisão entre regulação e regulamentação SUPLOT, Alain. *Homo juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. 1ª Edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

políticas entre os demais Poderes. Esta absorção dos fenômenos conflituais pelo Judiciário é o recente efeito da substancialização dos institutos judiciais pela Constitucionalização do direito, revigorando-os ao ultrapassar uma formalidade vazia para a substancialização Democrática, emergindo assim fenômenos como a judicialização política, o garantismo, o ativismo judicial jurisdicional e processual⁹, muito relevantes para a produção jurídica, pois evidenciam há tempos o direito daqueles que não possuem direitos¹⁰. Os assuntos levados aos tribunais passam a apresentar grande relevância política, principalmente por estarem mais em contato com complexidades sociais atuais em detrimento dos demais Poderes (Legislativo e Administrativo). (VINYAMATA, 2014).

O Poder Judiciário, em razão das mudanças sociais e Constitucionais, hoje revela a necessidade de uma interpretação que busque a absorção dos fenômenos conflituais pela juridicização dos conflitos¹¹, evidenciando um aspecto democrático-participativo ao somar ao direito os fenômenos conflituais que exasperam o a representação, reflexo da Constitucionalização. A interpretação dos fenômenos em uma sociedade complexa denota a redução dos riscos para os problemas criados diariamente em uma ampla interface intersubjetiva (GRANFIELD, 1996), operando a compreensão dos fenômenos junto ao contexto que o gera. Na medida em que a via interpretativa absorve os fenômenos, o direito pode assumir sua função¹², (TAMAHANA, 2006) conectada à adaptação social e à adaptação do Estado aos novos fenômenos e organizações que expressam a sociedade, reorganizando as suas estruturas e dando um maior enfoque nos aspectos sociojurídicos, centrando-se assim na resolução dos conflitos vários que emergem na sociedade. (CASTILLO, 2000).

O direito como adaptação social traz consigo uma carga de politização dos tribunais, e traz a sociedade a participar (MARTIN, 2007) de sua construção: uma democracia participativa que funcione, paralelamente, à uma democracia representativa. Para evidenciar esse novo momento interpretativo¹³, ocasionado pela permeabilidade

9 Ver: PEYRANO, Jorge W. Acerca de los “ismos” en Materia Procesal Civil. Themis- Revista de Derecho, Perú, 2010, n.º 58; VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar 1997; RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

10 Ver conceito de “humano” e “não humano” em: LATOUR, Bruno. Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia Simétrica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994. Também nesse sentido ver: NUSSBAUM, Martha. Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusion. Bogota: Paidós, 2006; Também ver o conceito dos “sem parcela” em: RANCIÈRE, Jacques. O Desentendimento Político e a Filosofia. São Paulo: Editora 34, 1996.

11 Para Pontes de Miranda “juridicização da vida” significa que todos os fenômenos da vida acabam ganhando espaço no judiciário e buscam sua juridicidade no sistema jurídico, pois há fenômenos conflituais não apreendidos em lei. A juridicização que aqui se expressa é a fusão entre sociedade e jurisdição pela interpretação dos conflitos pelo contexto. Ver em: MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Tratado das Ações. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.

12 OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017; OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? Rassegna Forense, n.º3-4/2013. Pp.701-727.

13 São as mais distintas as técnicas interpretativas do direito, diferencia muito bem elas Guastini e Hespanha. Ver: GUASTINI, Ricardo. Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Gedisa: Barcelona, 1999; Estudios sobre Interpretación Jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de

Constitucional no direito e nos institutos jurídicos, onde há uma ampliação da governança pela sociedade, apoia-se no Estado Ativo-Responsivo e na Democracia Horizontal, aspectos que estabelecem bases a esta proposta interpretativa delineada como leitura do texto Constitucional¹⁴ pelo contexto social (fenômenos conflituais).

Até então o interesse na segurança levou o homem a procurar uma base fixa para uma ordenação absoluta da ação humana, baseada dessa forma em uma ordem social firme e estável; porém, as mudanças sociais contínuas exigem novos ajustes, diante da pressão de novos interesses sociais e novos modos de engendrar segurança. A interpretação do direito, que já há muito tempo ocupa amplo espaço de discussão na ciência jurídica, ganha um novo tônus e uma nova compreensão de seu instituto neste contexto de complexidade social, pois evidencia a necessidade de apreender os fenômenos conflituais sob um manto Constitucional, pela leitura do texto pelo contexto, superando assim a mera produção jurídica pela atividade política do juiz, por ser esta evitada de representatividade (tal como na representação legislativa) e não por participação Democrática.¹⁵

Esta nova estrutura e aspecto do Estado, que manifesta em seu âmago a interpretação pela juridicização dos conflitos de forma democrática, é o reflexo de uma nova construção da configuração organizacional do Estado, expressado pelo Estado Ativo-Responsivo¹⁶, onde o Poder judiciário absorve fenômenos apoiado no direito fundamental de acesso à justiça, pois as novas possibilidades Constitucionais hodiernas acabam por absorver os fenômenos conflituais via proteção de direitos, alterando a função-estrutura e institutos jurisdicionais e processuais, dimensionando a interpretação como produção jurídica em tempos de complexidade. Os fenômenos conflituais apresentam-se ao direito via contextual e resgam a politização da existência (governança¹⁷), tornando a interpretação uma interpretação voltada ao

México, 1999; e HESPANHA, António Manuel. Ideias sobre a Interpretação. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

14 Ver: MENGONI, Luigi. Il diritto costituzionale come diritto per principi. In: Rivista Ars Interpretandi, 1996, Pp. 95-112; e CHESSA, Omar. Cos'è la Costituzione? La vita del testo. Quaderni Costituzionali, febbraio 2008, Pp.41-64.

15 Muitas teorias e construções da filosofia política contemporânea centram a criação do direito pela atividade política do juiz, pois é corriqueiro decisões de cunho político ideológico, manifestando colateralmente a decisão como política pública: entretanto, é rompida essa centralidade política da decisão na Jurisdição em uma centralidade política ampliada pela Democracia Participativa em uma cidadania ativa, que exige decisões de um juiz Ativo e Responsivo. Pela interpretação ocorre um fluxo dinâmico entre texto e contexto, dando vida a existência de novas complexidades existenciais. Uma das propostas a ser desenvolvida pelo ora projeto é a redução da representatividade legislativa e judicial pela interpretação, e esta interpretação dar-se-ia a partir do processo, que configura elementos de objetividade e denota as complexidades do mundo pela dialética.

16 Supera-se a ideia de Estado Reativo e Estado Ativo. Ver: DAMASKA, Mirjan R. Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986; NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. Direito e Sociedade. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

17 From a point of view of contents, auctoritas ought to be definitively transferred from the States to the Community (although porosity would even here allow for local auctoritates to be kept, as long as they did not prevail when conflicting with the global one). This is, in my view, the necessary corollary of the contemporary “erosion” of the State (Garapon) and at the same time ensures the maintenance of the

contexto, abandonando a decisão como aplicação lógico-dedutiva do direito: os conflitos devem ser interpretados com a proteção, tutela e garantia da Constituição.

Ao evidenciar um maior espaço de absorção dos fenômenos conflituais, o Judiciário, em um Estado Ativo-Responsivo, projeta em sua configuração a desconcentração dos atos administrativos para uma melhor absorção dos fenômenos por meios autocompositivos¹⁸, o que abre à sociedade uma maior participação junto aos conflitos, sendo eles: mediação, arbitragem e conciliação. Estes meios autocompositivos figuram como um meio adequado de resolução de conflitos e de absorção das complexidades sociais, e visam a compreender o fenômeno para compô-lo de forma adequada. Estes meios também buscam reduzir o fluxo da juridicização, oportunizando que as partes melhores compreendam e resolvam os fenômenos. Este aspecto autocompositivo é um forma que coexiste com esta proposta interpretativa dos contextos complexos (fenômenos conflituais), pois tanto a interpretação como a autocomposição preocupa-se com os fenômenos conflituais.

O Estado Ativo-Responsivo absorve os fenômenos conflituais de forma policêntrica (PUGA, 2013) e não de forma dual (combate entre duas partes, reflexo de um Estado Reativo), pois reconhece que a interpretação refletida pela decisão não vem a gerar efeitos somente entre as partes, mas também para demais conflitos, manifestando-se ao futuro e presente. Com esta organização, visa a ultrapassar as fronteiras do velho modelo de Estado de Direito e acaba por representar uma reorganização de suas estruturas e funções quanto as atividades desempenhadas pelos seus órgãos junto à absorção e reconhecimento de direitos.¹⁹ Esse modelo de estado acaba por dimensionar-se em funções e na estrutura mais ativa dos órgãos estatais, sendo que o Poder Judiciário é o órgão que mais vem a absorver os fenômenos conflituais por estar mais em contato com o social.

O Estado Ativo-Responsivo tem como núcleo a democracia horizontal (ROUSSEAU, 2010) (oposta à verticalidade, expressão da força institucional do direito pela representação) por meio da qual a governança estatal é gerida por uma tendência híbrida entre Estado e sociedade: com as transformações do Estado

minimum redoubt of a “vertical element” (the State does not disappear, but is transformed). The “collective auctoritas” – incarnated by the Community institutions and impelled by the particularity of each State – would be charged with ensuring the respect, in the ideological plane, of the indispensable acquisitions of Modernity: democracy and human rights, eventually in an original integration of (mercantile) equity and (social) justice that filled with contents the term “solidarity”. (...) The translation of this to the level of procedure requires to envisage the dialectics between the “bottom-up” impulse (potestas) and the integration of the “top-down” principles (auctoritas). The notion of “governance” is clue: it can be seen as the post-modern version of the “social contract” as a true “Vergemeinschaftung”. The contracting Member States (this label ought to be changed) would not “delegate” any power whatsoever but would exercise their potestas inspired in the common auctoritas. This is the materialisation of “solidarity”: the (Cartesian) duality of the roles of the State (sovereign but member of the Community) would be substituted by a complementarity (sovereign since member of the Community). (TINTURÉ, Maria Isabel Köpcke. Between Auctoritas and Potestas. Disponível em < http://www.trinitinture.com/documents/maris/WIJFFELS_KOPCKE.pdf> Acessado em 01/02/2018)

18 Salienta-se que o Novo Código de Processo Civil, que absorve a constitucionalização do Direito, possui amplo aspecto de abertura à autocomposição no Direito, apoiando a resolução dos fenômenos conflituais por outros meios que não a heterocomposição, o que é evidenciado no art.3º da lei processual.

19 RODOTÁ, Stefano. El Derecho a Tener Derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2014; RUFINO, Annamaria; TEUBNER, Gunther. Il Diritto Possible. Funzioni e Prospettive del médium giuridico. Milano: Guerini Scientifica, 2011.

para um modelo de Estado Ativo-Responsivo, este vem a proporcionar uma ordem democrática e constitucional, centro para as demandas sociais, colocando sob tensão princípios, leis e políticas públicas em uma permanente renovação do direito feita com a participação de todos. A governança em uma democracia horizontal, rompe com o normativismo estruturado em uma pirâmide hierárquica e adere ao direito elementos como a colaboração, aspectos de um sistema jurídico em rede.²⁰ Com a ampliação do núcleo de participação, ocorre uma projeção muito maior de juridicização da vida, pois a juridicização releva os fenômenos conflituais no sistema jurídico, o que exige uma produção jurídica interpretativa do contexto social em suas complexidades, em suas particularidades, resgatando seus aspectos humanos e éticos, somando-se a uma leitura ampliada do direitos humanos e fundamentais, no qual a norma, no tocante aos princípios, amplia os horizontes para reconhecimento e absorção dos fenômenos conflituais.

A proposta interpretativa contextual e textual preocupa-se com as complexidades de mundo hoje existentes e enxerga no direito possibilidades de uma produção jurídica acompanhadora e redutora de inseguranças causadas neste cenário complexo, evidenciando sempre os elementos Constitucionais para uma interpretação do direito humana e ética. Esta proposta é calcada em elementos contextuais tais como o Estado Ativo-Responsivo e a Democracia Horizontal, que denotam esse novo momento vivido por uma sociedade complexa e que cobra ser escutada e exercer uma maior participação democrática. De um lado, a democracia horizontal proporcional a maior absorção pelo Estado dos fenômenos conflituais vários, para que os mesmos sejam juridicizados e mantenham a autonomia do direito. De outro, o Estado Ativo-Responsivo exige uma governança estatal ativa e responsiva que acaba por exigir uma abertura sensível de suas atividades e funções, de modo que o poder judiciário acaba sendo o órgão estatal mais relevante para com a absorção dos fenômenos conflituais, pois interpreta os contextos e os juridiciza, assim como possibilita outras formas de resolução dos fenômenos.

2. DA JURISDIÇÃO AO PROCESSO: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Conceber a juridicização dos fenômenos conflituais como interação do contexto social e do texto constitucional, oportuniza uma interpretação jurídica efetiva e de reconhecimento de Direitos para sua proteção e tutela. Relevante para a interpretação jurídica ter-se a interação entre texto Constitucional e contexto social²¹ para uma ampla proteção, tutela e garantia da Constituição em um contexto

20 A governança proposta no modelo de Estado Ativo-Responsivo acaba por observar o direito em rede, absorvendo os contextos produzidos em uma sociedade complexa e acaba por repensar a pirâmide normativa por um sistema jurídico em rede. Ver: OST, François. *Pyramide ou réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 2002

21 No que tange a interação de texto e contexto em uma interpretação jurídica que venha a absorver a proteção das tutelas e garantir a efetividade dos direitos reconhecidos Constitucionalmente, segue como base teórica os autores que seguem: MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1994; e MARION, Jean-Luc. *Acerca de la donación. Una perspectiva*

de sociedade complexa, a qual cria e recria fenômenos conflituais que desafiam a interpretação e a resolução adequada dos conflitos, com o fim de redução dos riscos constituídos socialmente, buscando garantir a autonomia do Direito²².

Com o fenômeno da Constitucionalização do Direito²³, à normatividade é acrescido um caráter interpretativo que se acentua no alcance do texto ao contexto e absorve o direito um sem número de possibilidades interpretativas postas ao relevo dos fenômenos contextuais, absorvidos pelo direito como adaptação existencial.

Com a pós-guerra, a Constituição, longe de flutuar sem incidência direta, atua em uma penetrante revolução cultural também no nível jurídico, exprimindo - em respeito ao passado - uma visão invertida da gênese do direito e, consequentemente, operando assim em uma mudança de fundo de sua essência, em sua estrutura e função; logo a Constituição adere-se aos fenômenos sociais. Somada a queda do muro de Berlim e o fim da terceira guerra mundial, fenômenos esses desaprisionam o homem dos cerceamentos da liberdade estabelecidas pelo Estado, de forma que a sociedade acaba dinamizando-se, pluralizando-se.²⁴

fenomenológica. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2005; De surcroît. Études sur les phénomènes saturés. 1^{re} ed. Paris: PUF, 2010; e RICCOEUR, Paul. Del Texto a la Acción. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002; Hermenéutica y Acción. De la Hermenéutica del Texto a la Hermenéutica de la Acción. Ensayos de Hermenéutica II. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008; Caminos del Reconocimiento. Tres Estudios. México: Fondo de Cultura Económica, 2006; Diritto, Interpretazione, Applicazione. Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica, 1996; Si Mismo Como Otro. Madrid: Siglo Veintiuno, 1996; e LUYPEN, W. Fenomenología del Derecho Natural. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1968; e JULLIEN, Francois. Las Transformaciones Silenciosas. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2009; DIDI-HUBERMAN, Georges. El Hombre que Andaba en el Color. Madrid: Abada, 2014.

22 Vale destacar que com efeitos da Constitucionalização do Direito o sistema jurídico acaba por oportunizar a cidadania ativa, apresentando como via de possibilidade uma Democracia Participativa que venha a absorver os contextos da sociedade complexa, e que supere o sistema normativo piramidal em um sistema jurídico em rede.

23 La necesidad de armonizar el momento estático (o constitucional) y el dinámico (o procesal) resulta inmediatamente de la insuficiencia de pretender explicar el acceso procesal a la jurisdicción únicamente para “excitar” la actividad de los órganos jurisdiccionales. La concepción abstracta de la acción se completa pues con la de pretensión, es decir, con una “declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”. Situados en el plano dinámico, funcional o procesal tiene pleno sentido argüir que “no hay proceso puramente abstracto que exista por sí y para sí mismo: todo litigio tiene un objeto. Si el actor deduce su acción es para que se le reconozca alguna cosa y es precisamente a lo que se opone el demandado; es la naturaleza jurídica de esa ‘alguna cosa’, del objeto del proceso, de lo que se trata aquí”. Su aparente sencillez puede ocultar su importancia y las ya viejas discusiones doctrinales sin resultados definitivos ni universalmente admitidos. Llegados aquí surgen dos relevantes y conexas cuestiones: en primer lugar, la de que la pretensión procesal en cuanto formulada contra alguien (demandado) parece connotar la preexistencia de un conflicto y, en segundo lugar, que una cosa es el objeto litigioso, es decir la relación jurídica discutida. (ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. Cuadernos de Derecho Judicial, n.º23, 1996. Pp.13-48. P. 2-3)

24 La Costituzione, infatti, lungi dal galleggiare senza incidenze dirette, attua una penetrante rivoluzione culturale anche sul piano giuridico, esprimendo – rispetto al passato – una visione invertita della genesi del diritto e, conseguentemente, un mutamento di fondo nel puntualizzarne l’essenza. Essa, per la prima volta nella storia dell’Italia moderna, dà vólto a una società plurale, autenticamente plurale. Tutta la complessità del ‘sociale’ è registrata fedelmente, cui affine corrisponde una coerente complessità giuridica. Se questo è potuto avvenire, è perché cambia il quadro di osservazione grazie al quale disegnare la configurazione del diritto. I Padri Costituenti, infatti, nei due anni fertili del’46 e del’47, guardano dal basso, dal substrato radicale della civiltà italiana laddove non era penetrato il veleno inquinante della barbarie fascista, e lì, soltanto lì, leggono e decifrano valori diffusamente condivisi. La nostra Costituzione diventa così quasi un modello di quella invenzione che è nel titolo della lezione, incarnando la concretizzazione di un reperimento. Con questa necessaria precisazione: i centotrentanove articoli, dei quali si compone il testo

Frente à massificação da justiça, exposta pela juridicização da vida, assim como ao surgimento de direitos humanos, a constitucionalização do direito²⁵ e a complexidade social, o absurdo metodológico de buscar subsumir todos os fenômenos da vida como fatos jurídicos estáticos reflete um injusto cenário: um sem número de fenômenos cuja tutela não é concedido da forma que deveria em razão da impossibilidade de criação/interpretação do direito por parte do processo, ainda centrado em velhos paradigmas.

O Processo Civil é o centro que propicia a participação das partes no processo, de outro lado a Jurisdição expressa tão somente o recorte do Juízo sobre o processo. Hoje ocorre o fenômeno do deslocamento da jurisdição ao processo, impulsionado o deslocamento pela atual relevância do direito fundamental ao acesso à justiça²⁶ como abertura para os contextos sociais postos a interpretação

della 'carta', sono senza alcun dubbio una cospicua manifestazione della dimensione costituzionale della Repubblica, senza dubbio quella che premeva ai Patres per fissare alcuni pilastri basilari della convivenza. Chi ama ridurre il diritto a una geometria avrà sicuramente un moto di rigetto e, forse, addirittura di ripugnanza per una conclusione che geometrica non è e non può essere, che sembra soffrire, insomma, di elasticità e di vaghezza; e di elasticità certamente, ma non di vaghezza. Si elasticità, che rispecchia il carattere dinamico di ogni Costituzione, perché i valori, che pure rifuggono dall'episodico e dal labile, nascono e si affermano per gli uomini, e gli uomini vivono nella storia (la plasmano e ne sono plasmati), e la storia diviene, si muove, anche se spesso il movimento (pur ineliminabile) si percepisce solo nella lunga durata, lentissimamente, assomigliando al cammino dei ghiacciai della natura fisica, impercettibile ma oh quanto incisivo sulla realtà da essi attraversata. Vaghezza no, perché è netto e nitidamente precisato il nucleo valoriale, irradiante ed espansivo (punto su cui insisteva il rimpianto amico Paolo Barile) ma serrato nel suo messaggio essenziale: garantire a ogni persona – anche a quella socialmente ed economicamente ultima – la salvaguardia della sua dignità. Questo è il nucleo valoriale che sorregge la dimensione costituzionale della Repubblica e di cui la 'carta' è soltanto una manifestazione facilmente accostabile, leggibilissima com'è nel suo linguaggio piano e semplice. Ecco i suoi punti fermi agevolmente individuabili: primato storico e logico della persona umana rispetto allo Stato e, come affermavamo più sopra, esigenza insopprimibile di garantire il rispetto assoluto della sua dignità nonché delle libertà che – sole – possono salvaguardarla appieno; concezione della persona come creatura relazionale immersa in rapporti sociali orientati e ordinati da un saldo principio di solidarietà. Dunque, una dimensione costituzionale complessa. Se mi è permessa l'immagine, a due strati; e mi sentirei anch'io di parlare di un testo quale superficie affiorante di una sorta di continente sommerso, che si presenta alla nostra percezione quale latente ma viva e determinante costituzione materiale. Se non lo faccio è per evitare rischiosi equivoci, avendo quest'ultimo sintagma ricevuto da un prestigioso costituzionalista, Costantino Mortati, un contenuto (tutto sommato) anchilosante nella sua riduzione alle forze politiche dominanti. Sono, infatti, convintissimo che si tratta di un ampio anche se non indefinito strato valoriale dove, al di là di un aspetto politico, conta quello etico e sociale. (GROSSI, Paolo. La Invenzione del Diritto: a proposito della funzione dei giudici. Disponibile em: http://cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf. Acessado em:30/01/2018)

25 ... hasta llegar a la edad moderna, donde se comienza a cuestionar sus limitaciones frente a la masificación de la justicia y al surgimiento de los derechos humanos, a nivel internacional; asimismo, a nivel nacional, los diversos problemas derivados de la insuficiente o errónea fundamentación jurídica, y en ocasiones, la ausencia de fundamentación jurídica, obligan al Juez a la aplicación de este principio, con la finalidad de lograr una tutela o protección jurisdiccional efectiva, como imperativo para consolidar inicialmente el estado de Derecho y contemporaneamente el moderno Estado Constitucional. (PODER JUDICIAL DEL PERÚ. Trabajo Investigación Iura Novit Curia. Disponível em: < https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080 > p.8)

26 GARCÍA, Juan Carlos Cabañas. El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el tribunal constitucional. In: Revista General de Derecho Constitucional. N. 16 (2013). pags. 1-63; CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988; MELO, Gustavo de Medeiros. O Acesso à Justiça na Perspectiva do Justo Processo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.), Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Constitucional efetiva e que venha a reconhecer direitos humanos e fundamentais, nesse tocante a proteção do direito fundamental a saúde e a sua adequada tutela redimensionada ao processo, ocorrendo assim o deslocamento da jurisdição ao processo (PEYRANO, 1992).²⁷ Para a interpretação jurídica, os fenômenos vários apresentam-se como a base contextual que reflexiona texto constitucional e contexto fenomênico conflitual, gerado este pela falha com a não prestação e tutela constitucional, e também com efeitos de uma sociedade complexa que acaba gerando um mundo de novas possibilidades ao direito. (DIJIK, 1980).

A aderência da Constitucionalização do Direito absorve o direito processual e garante uma eficiente proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais através de institutos processuais constitucionalizados. Ainda, a Constituição acaba por complementar e oportunizar a operação interpretativa judicial entre texto e contexto, realizando um resgate e o reconhecimento de elementos humanos ao Direito, pois protege a dignidade da pessoa humana, os Direitos Humanos e fundamentais do homem, a democracia substancial e muitos outros aspectos humanos calçados em seu texto viabilizador da interação entre contexto, para que este último seja juridicizado e reconhecido²⁸.

A juridicização da vida oportuniza uma interação entre texto e contexto junto ao Estado Ativo-Responsivo, o reconhecimento da cidadania ativa em uma governança estatal que supere o protagonismo legislativo e judicial por um protagonismo da cidadania ativa, com legitimidade Democrática pelo reconhecimento e proteção dos direitos reconhecidos Constitucionalmente, abrindo horizontes para uma interpretação que observe a sociedade em suas complexidades e que juridiciza fenômenos conflituais nascidos dos diversos contextos sociais.

O esboço apresenta a tentativa em superar as centralidades de produção jurídica do protagonismo judicial para um protagonismo dos cidadãos ativos, redimensionando o ativismo judicial (que é jurisdicional) ao ativismo processual (reflexo do “processo judicial como vocação de nossos tempos”), este último figura como importante interação entre texto e contexto em uma interpretação jurídica contemporânea que visa proteger os direitos Constitucionalizados e fazer com que se efetivem e se reconheçam via tutela jurisdicional efetiva e satisfativa acostada em uma legitimidade democrática processual que é possibilitada pelo deslocamento da jurisdição ao processo (SANTOS, 2018). Essa visão, para se tornar prática, cobra uma ressignificação da dinâmica processual, pela fusão entre administração da justiça e função jurisdicional, resultando na governança das partes pela colaboração reativa²⁹.

27 Apresenta Santos o deslocamento da Jurisdição ao Processo e dimensiona o processo como vocação de nossos tempos, com isso a proteção e a tutela dos direitos fundamentais e humanos acaba redimensionando uma eficácia e satisfatividade muito bem acertada com a epistemologia Constitucional e com os direitos humanos. Ver SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômenoconflitológico de interesses como gênese do direito. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

28 Além disso, a Constituição é um centro de interpretação criativa posta à interação junto ao contexto, pois desta interação entre texto e contexto ocorre um aumento da incidência da eficácia, efetividade e da proteção dos direitos constitucionalmente tutelados. A Constituição é centro importante de interpretação e derradeiramente de absorção dos fenômenos conflituais produzidos em contextos na sociedade contemporânea complexa em suas manifestações.

29 A administração da justiça torna-se a potestas que legitima a auctoritas judicial, que se expressa pela

Desse modo, que a centralidade política é manifestada ao Processo, pois a governança processual é das partes e é constituída e desenvolvida em uma dialética reflexiva, balizando a atividade do julgador e dimensionando ao desvelamento do fenômeno conflitual³⁰, seja ele positivo, momento em que se aufera a proteção dos direitos protegidos constitucionalmente e de outro, seu sentido negativo se dá pela lesão ou ameaça a interesses, buscando uma interação entre o contexto sobre a textualidade constitucional, absorvendo assim novas complexidades ao direito. Esse acertamento da Jurisdição ao Processo acaba oportunizando que pela dinamicidade processual venha gear o efeito jurisdicional de uma legitimidade democrática processual³¹.

criação do direito. A administração da justiça se dá pela colaboração reativa, cunhada por OST: No se trata solamente de la pacificación provisional que deriva de un arreglo impuesto por la ley del más fuerte, sino también una armonía restablecida a partir del hecho de que se ha producido un reconocimiento mutuo: cada uno de los protagonistas, cualquiera que sea el tipo de acción que lleve a cabo, ha de poder admitir que la sentencia no es un acto de violencia, sino de reconocimiento de los respectivos puntos de vista. En este nivel, ascendemos a una concepción superior de la sociedad: no ya solo un sistema de distribución de bienes, sinónimo de justicia distributiva; sino la sociedad como esquema de cooperación: mediante la distribución, pero más allá de la misma, mediante el procedimiento, pero más allá del mismo, se deja entrever algo así como un «bien común» que, precisamente, hace de vínculo social. Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social». No se trata solamente de la pacificación provisional Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social» [...]. Un bien paradójicamente hecho de valores que eminentemente se pueden compartir. En este punto, la dimensión comunitaria ha tomado el relevo de la dimensión procedimental incapaz por sí misma de conjurar la violencia. Podríamos evocar aquí el ejemplo sud-africano de las comisiones de Verdad y Reconciliación, que «más que juzgar la historia, intenta aligerarla de la semilla del resentimiento que guarda en sus flancos y que puede hacer que se repita». Estos procedimientos, que son calificados como ejercicios de justicia «reconstructiva» o mejor «transicional», tratan sin duda de proteger la memoria y los derechos de las víctimas, pero también y, sobre todo, de garantizar aquellas condiciones que vendrían a constituirse en una especie de conjuero para evitar el retorno del pasado. En resumen, la distribución judicial es a un mismo tiempo tanto la adjudicación de unos bienes (que nos separan), como lo que nos hace ser parte de la misma sociedad, esto es, aquello que nos acerca. De esa distribución surge una propiedad emergente que es más importante que la parte que se le ha conferido a cada uno; tal es la armonía re-establecida, la cooperación reactivada. (OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017. p.42-43)

30 El poder de los oráculos es conocido únicamente cuando son consultados; y el Derecho es por tanto requerido para hablar con autoridad en el contexto de las controversias. Lo que el Derecho puede concebir en nuestras posiciones depende de las controversias. En este sentido, las controversias crean el Derecho. El Derecho en sí mismo es origen de controversias futuras, ya que crea nuevas pretensiones o nuevas bases sobre las que soporta antiguas fundamentales. (CHASE, Oscar G. Derecho, Cultura y Ritual. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011. p. 64 e segs.)

31 A dinamicidade processual é a base fundamental da legitimidade democrática processual, ela apresenta-se em quatro momentos distintos: o primeiro momento dá-se quanto ao princípio dispositivo e ao princípio do contraditório ambos os princípios processuais são aderidos pelo sentido constitucional e são ressignificados para que a governabilidade processual seja determinada pelas partes em colaboração reativa; já o segundo momento dá-se quanto aos objetos do processo, ele se apresenta em dois momentos, sendo no objeto do processo (mérito, pretensão) poderá ser tanto um direito subjetivo (=lei, objeto do processo formal), como uma situação jurídica subjetiva (diferente de lei, objeto do processo substancial), e ambos os tipos de objeto do processo são redimensionados pela lide, o objeto do debate processual;

3. DA EFICÁCIA PARA A REALIZAÇÃO E CONCREÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: E O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A TUTELA PROCESSUAL

O modelo de Estado Ativo-Responsivo ganha amplitude com a Constitucionalização do Direito, esse fenômeno junto a democratização da democracia, centrando assim ao cidadão ativo, essa centralidade em uma colaboração reativa revela-se com a normatividade que passou a ser ampliada via interpretação dos direitos, a existência humana acaba por politizar-se e “permite que los individuos sean soberanos en el manejo de sus propios asuntos. Transportada a la administración de justicia, esta soberanía precisa que una parte sea reconocida como maestra del litigio.”³², (RIBEIRO, 2010).

Essa dimensão da jurisdição ao processo pelos fundamentos expostos uma maior efetividade da Constituição, assim sua epistemologia acaba oportunizando uma eficácia e satisfatividade no tocante a proteção de direitos pela tutela processual junto a perspectiva dos direitos fundamentais e humanos que constituíram e constituem importante integração e superação das dificuldades apresentadas pelo sistema jurídico, colaborando de forma decisiva a uma compreensão mais justa do direito. (OLVEIRA, 2009) (BLANCO, 2010).

O processo constitucionalizado dispõe de mecanismos que “revelan nuevos horizontes, ocurriendo así la comparación entre el derecho procesal y el derecho constitucional, entre el sistema de juicio y el sistema de gobierno.” (CALAMANDREI,

seguindo, apresenta-se a dinamicidade em um terceiro momento, que dá-se quanto ao princípio da congruência processual, e redimensiona-se tal princípio pelo efeito interpretativo, de um lado sofre efeitos da incongruência (interpretação aberta da Constituição sob efeito da efetivação de direitos) e da flexibilização da congruência (arbitrariedade), ambos efeitos acabam de oportunizar uma absorção Constitucional efetiva dos contextos sociais a cerca da texturalidade Constitucional; em um quarto momento dá-se quando ao princípio *iura novit curia*, princípio encarado classicamente como uma faculdade processual concedida e reconhecida na figura do juiz para este determinar o direito ao caso concreto, estando conectado, no processo, somente aos fatos das partes, mas não no direito exposto por estas, e reconfigura-se tal princípio como justificante do direito objetivo processual, este vem a reconhecer e tutelar de forma efetiva a Constituição. (SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018)

32 En el proceso judicial del Estado reactivo, las decisiones se justifican más en términos de la justicia de los procedimientos empleados que en lo acertado de los resultados obtenidos. En contraste, las reglas y reglamentaciones procesales en el Estado Activista ocupan una posición mucho menos importante e independiente: el proceso es básicamente la donde alla del derecho substantivo. Si el propósito del proceso judicial es llevar a cabo la política estatal en casos contingentes, las decisiones se legitiman en primer lugar en cuanto a los resultados correctos que incorporan. Un procedimiento correcto es aquel que aumenta la probabilidad -o maximiza la posibilidad- de alcanzar un resultado substantivo acertado, más que otro que haga efectivas las nociones de justicia o proteja algún valor substantivo colateral. En este sentido, entonces, el derecho procesal del Estado activista sigue al derecho substantivo tan fielmente como una sombra. Y en la medida en que el propio derecho substantivo siga fielmente una política de Estado; el derecho procesal es doblemente instrumental, o doblemente derivativo: como el arte en la visión de Plotino, puede compararse con la sombra de una sombra. No se debe entender, no obstante, que queremos decir que la exactitud de los resultados justifica cualquier procedimiento empleado para alcanzar ese resultado. Incluso en Estados enteramente activistas, algunas reglas procesales son de naturaleza dual, en el sentido de que no respetarlas no sólo altera un orden procesal interno, sino sugiere asimismo que se ha violado una política substantiva. (DAMASKA, Mirjan R. Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago del Chile: Editorial Jurídica del Chile, 2006. p. 255-256)

1960) Esse redimensionamento do `Processo como aponta Calamandrei que: “la dialéctica del proceso es la dialéctica de la democracia parlamentaria.”. (CALAMANDREI, 1960).³³ Percebe-se que no contexto em que o autor formulou esta tese, demonstra-se ultrapassada³⁴, haja vista o novo espírito participativo do indivíduo pelo processo (via ações individuais e coletivas), pois com a constitucionalização do direito foi reconhecido a legitimidade do cidadão para atuar democraticamente por meio do processo na busca de uma democracia participativa e assim realize-se efetivamente e concretiza-se como um processo justo ³⁵.³⁶

O Processo Civil é capaz de absorver os contextos plurais ao Direito, abertura processual que se torna possível com o fenômeno de Constitucionalização do Direito e dos Institutos Jurídicos, pois tornam-se elementos-chave para compreensão de uma abertura do Poder Judiciário à juridicização da vida e ao contexto social, para uma melhor efetividade e proteção dos direitos humanos e fundamentais tutelados na Constituição Federal.

33 Il principio del contraddittorio somiglia come due gocce di acqua al principio dell'opposizione parlamentare. L' uno e l'altro sono fondati su certe idee così semplici che possono parere perfino ingenui? Che gli uomini siano esseri ragionevoli, capaci di persuadere colle buone ragioni proprie e di lasciarsi persuadere dalle buone ragioni altrui; che la verità si può conoscere intera solo se si osserva da diverse parti, girandole attorno per scoprirne le tre dimensioni; e che il contraddittore 'è un collaboratore, non un nemico, perché colle sue obiezioni aiuta a scoprire e a correggere gli errori e alimenta quella gara di emulazione che 'è stimolo e fermento d' ogni progresso umano. Nel sistema parlamentare inglese, com' è noto, l'opposizione, una seria e forte opposizione, 'è considerata come un organo necessario di buon governo? L' <<opposizione di sua maestà>> 'è talmente apprezzata, che il capo di essa riceve una indennità non molto inferiore a quella del primo ministro, e siede allo stesso tavolino del governo, di fronte ai ministri, allo stesso livello. E così nel processo 'è indispensabile il contraddittorio: non per inasprire la litigiosità delle parti o per dare occasione di sfoggiare all' eloquenza degli avvocati ma nell' interesse della giustizia e del giudice, che proprio nella contrapposizione dialettica delle opposte difese trova senza fatica il miglior mezzo per vedere dinanzi a s'è, illuminata sotto i più diversi profili, la verità tutti' intera. (CALAMANDREI, Piero. Opere Giuridiche. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 682)

34 En un cierto sentido (y cum grano salis) la pluralidad de las partes en la contienda judicial se asemeja la pluralidad de los partidos en la lucha política. El principio de la iniciativa y de la responsabilidad de las partes, comprendido bajo el nombre de principio dispositivo, por el cada una de las partes en el proceso civil puede ser el artífice de su propia victoria, con la bondad de sus razones y con la habilidad con la que sepa hacerlas valer (faber est suae quisque fortunae), tiene muchos puntos de semejanza con la dialéctica política de los gobiernos parlamentarios, en los que cada uno de los partidos, a través de su programa (y a veces, desgraciadamente, con la habilidad de su propaganda), puede ser el artífice de su propia victoria electoral y, por tanto, de su ascensión al gobierno. (CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 155-156)

35 A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fã-lo-à instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra legem do Estado e dos particulares, mas de atribuir ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. (PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 95)

36 Nesse quadro se insere a mudança de perspectiva por que tem passado o fenômeno processual dos tempos atuais. A constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Brasileira), de envolta com o direito fundamental de efetividade e a um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também seja assegurada a efetividade real do resultado, aspecto que ressalta o nexo teleológico fundamental entre o agir em juízo e a tutela jurisdicional (efetiva) do direito afirmado, ao final reconhecido. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84)

CONCLUSÃO

Restou evidente que a política e o direito são temas altamente relevantes, os quais determinam a configuração dos Poderes e trazem o Judiciário à lume. Na atualidade, com a constitucionalização dos institutos processuais, necessária a passagem da Jurisdição ao Processo, fruto da maior permeabilidade democrática nas instituições, bem como em razão da autoconsciência subjetivadora, o que faz crescer a necessidade e legitimidade de participação, tornando-se o Processo a politização da existência. O Estado Ativo-Responsivo demarca na atualidade a centralidade política dos cidadãos ativos que exigem com essa sua superação de um mero indivíduo de direito.

A sociedade acaba exigindo de suas instituições decisões ativas e responsivas por intermédio da compreensão hermenêutica, que se faz presente em um amplo diálogo-dialético entre cidadãos ativos, atingindo a natureza do ser político, pois é ele o que impulsiona o Direito como adaptação existencial: fica clara a exigência de uma dinamicidade ao Processo Civil democrático para uma democracia participativa. O cidadão ativo exige para si a política e a ruptura da centralidade política na jurisdição (decisão judicial limitada à norma ou ao solipsismo). A aderência da Constitucionalização do Direito absorve a o direito processual e garante uma eficiente proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais através de institutos processuais constitucionalizados.

Para que se realize e se concretize os direitos humanos e fundamentais é necessária a interação entre o contexto social e o texto constitucional, oportunizando uma interpretação jurídica efetiva e de reconhecimento de Direitos para sua proteção e tutela. A interpretação jurídica acaba reflexionando uma produtiva interação entre texto Constitucional e contexto social para uma ampla proteção, tutela e garantia da Constituição em um contexto de sociedade complexa, a qual cria e recria fenômenos conflituais que desafiam a interpretação e a resolução adequada dos conflitos, com o fim de redução dos riscos constituídos socialmente, buscando garantir a autonomia do Direito.

Obeserva-se a compatibilização do Direito as Constituições democráticas, mais especificamente no que se diz respeito ao Direito Processual, assim nascendo uma nova realidade conformativa com a possibilidade de participação do cidadão ativo. A atual missão do processo judicial perpassa as conceituações e as formulações até hoje cunhadas. O direito é absorvido em sua teoria pela epistemologia constitucional, e com isso oportuniza o dimensionamento da jurisdição ao processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERMAN, Marshall. **Todo Lo Solido Se Desvanece en el Aire**: la experiencia de la modernidad. Siglo Veintiuno: Madrid, 1988.

BLANCO, Víctor Roberto Obando. **Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva base para un modelo**. Tesis: Lima, Peru, 2010.

BYUNG-CHUL, Han. **Tipología de la Violencia** Barcelona: Herder, 2013;

- BYUNG-CHUL, Han. **Hiperculturalidad**. Barcelona: Herder, 2018.
- CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.
- CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur**. 10^a ed. Paris: . EJA, 2001.
- CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- CHARLES, Sébastien. **Cartas sobre a hipermodernidade**. São Paulo: Barcarolla, 2009.
- CHASE, Oscar G. **Derecho, Cultura y Ritual**. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- CHESSA, Omar. Cos'è la Costituzione? La vita del texto. **Quaderni Costituzionali**, febbraio 2008, Pp.41-64.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- COSI Giovanni. **Potere, Diritto, Interessi**: Introduzione alla gestione dei conflitti. Siena: Libreria Scientifica, 2011.
- COVER, Robert. Derecho, Narracion y Violencia: Poder Constructivo y Poder Destructivo. En la Interpretacion Judicial. Barcelona: Gedisa, 2002.
- DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1986.
- DEVANEY, R. L. **An Introduction to Chaotic Dynamical Systems**. New York: 1989.
- DIDI-HUBERMAN, Georges. **El Hombre que Andaba en el Color**. Madrid: Abada, 2014.
- DIJIK, Teun A. Van. **Texto y Contexto** (Semántica y pragmática del discurso). Madrid: Ediciones Cátedra, 1980.
- ENTELMAN, Remo. **Teoria de Conflictos**: hacía un nuevo paradigma. Buenos Aires: Gedisa, 2010.

ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n.º23, 1996. Pp.13-48.

ESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2017.

FISS, Owen. **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. Seminário Internacional. Lisboa: Almedina, 2007.

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCÍA, Juan Carlos Cabañas. El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el tribunal constitucional. In: **Revista General de Derecho Constitucional**. N. 16 (2013). pags. 1-63.

GEHLEN, Arnold. **El Hombre**. Su Naturaleza y su Lugar em el Mundo. 2ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987.

GRANFIELD, David. **La Experiência Interna Del Derecho: Una experiencia de la intersubjetividad**. Editora Iteso, México, 1996.

GROSSI, Paolo. **La Invenzione del Diritto**: a proposito della funzione dei giudici. Disponível em: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_scandicci.pdf. Acessado em:30/01/2018.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUASTIN, Ricardo. **Distinguendo**. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Gedisa: Barcelona, 1999.

GUASTIN, Ricardo. **Estudios sobre Interpretacion Juridica**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

HESPANHA, António Manuel. Ideias sobre a Interpretação. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). **Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Justicia-Conflito**. Madrid: Editora Tecnos, 1988.

JULLIEN, Francois. **Las Transformaciones Silenciosas**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2009.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia Simétrica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

LATOUR, Bruno. **Reagregando o Social**. Uma Introdução à Teoria do Ator-Rede. Bauru: Edusc, 2012.

LATOUR, Bruno. **The Making of Law**. Malden: Polity Press, 2010.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUYPEN, W. **Fenomenología del Derecho Natural**. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1968.

LYOTARD, Jean François. **La Condicion Postmoderna**. Catedra: Madrid, 2000.

MARION, Jean-Luc. **Acerca de la donación**. Una perspectiva fenomenológica. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2005.

MARION, Jean-Luc. **De surcroît**. Études sur les phénomènes saturés. 1ª ed. Paris: PUF, 2010.

MARTIN, Philippe. **Dialogue social, participation et concept de gouvernance**. In: MARTIN, Philippe (dir.) Dialogue social et regulation juridique. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2007.

MELO, Gustavo de Medeiros. **O Acesso à Justiça na Perspectiva do Justo Processo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.), **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENGONI, Luigi. Il diritto costituzionale come diritto per principi. In: **Rivista Ars Interpretandi**, 1996, Pp. 95-112

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1994.

MIAILL, H.; RAMSBOTHAM, O.; WOODHOUSE, T. **Contemporary Conflict Resolution**. Cambridge: Polity Press, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.

NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

NUSSBAUM, Martha. **El ocultamiento de lo humano**: repugnancia, vergüenza y ley. 1ª ed. Buenos Aires/. Kartz, 2006.

NUSSBAUM, Martha. **Las fronteras de la justicia**. Consideraciones sobre la exclusión. Bogotá: Paídos, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. El Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. In: **Revista de Derecho**, Vol. XXII - Nº 1 - Julio 2009, pags. 185-201.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdiccional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OST, François. **Le droit, objet de passions?** Bruxelles: Académie Royale de Belgique, 2018.

OST, François. **Pyramide ou réseau?** Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 2002

OST, François. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.º 40, Pp. 15-48, 2017.

OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n.º 3-4/2013. Pp.701-727.

PARÍS, Sonia. JAUME, Albert. **Naturaleza humana y conflicto: Un estudio desde la Filosofía para la Paz**. Revista de Filosofía EIKA. julio 2013.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PEYRANO, Jorge W. Acerca de los “ismos” en Materia Procesal Civil. **Themis-Revista de Derecho**, Perú, 2010, n.º 58.

PEYRANO, José. **La performatividad en el proceso contemporáneo**. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano. In: Revista *Thémis* No. 22, Lima, 1992.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo Investigación Iura Novit Curia**. Disponível em: < https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.>

pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080>.

PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013. 329 p. Tesis Doctoral.

RAMÍREZ, Fabio Alonso Meza. **Tratamiento de Los Conflictos**. Sercoldes: Bogotá, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RICCOEUR, Paul. **Caminos del Reconocimiento**. Tres Estudios. México: Fondo del Cultura Económica, 2006.

RICCOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**. Ensayos de Hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

RICCOEUR, Paul. Diritto, Interpretazione, Applicazione. **Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica**, 1996.

RICCOEUR, Paul. **Hermenéutica y Acción**. De la Hermenéutica del Texto a la Hermenéutica de la Acción. Ensayos de Hermenéutica II. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.

RICCOEUR, Paul. **Si Mismo Como Otro**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1996;

RODOTÀ, Stefano. **El Derecho a Tener Derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014;

ROUSSEAU, Dominique. La Construction Constitutionnelle de l'Identité des Societes Plurielles. **Confluences Méditerranée**, 2010/2, n.73, p.31-36.

RUFINO, Annamaria; TEUBNER, Gunther. **Il Diritto Possible**. Funzioni e Prospettive del médium giuridico. Milano: Guerini Scientifica, 2011.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo)**: o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

SCHNITMAN, Dora. **Nuevos Paradigmas em la resolución de conflictos.** Perspectivas y Prácticas. Granica: Madrid, 2000.

SCHUTZ, Alfred. LUCKMANN, Thomas. **Las estructuras Del mundo de La vida.** Buenos Aires: Editora Amorrortu, 2003.

SMART, Barry. **A Pós-Modernidade,** Mem-Martins, Edições Europa América, 1993.

SOLER, Raúl Calvo. **Mapeo de Conflictos:** Técnica para la exploración de los conflictos. Buenos Aires: Gedisa, 2015.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus.** Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2007.

TAMANAH, Brian Z. **Law as a Means to an End.** Threat to te Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TINTURÉ, Maria Isabel Köpcke. **Between Auctoritas and Potestas.** Disponível em < http://www.trinitinture.com/documents/maris/WIJFFELS_KOPCKE.pdf> Acessado em 01/02/2018.

TOURRAINE, Alain. **Podemos vivir juntos:** el destino del hombre em la aldea global. Editora Fondo de Cutura Econômica: Argentina, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Renavan 1997.

VINYAMATA, Eduard. **Conflictología:** curso de resolución de conflictos. 5º ed. Barcelona: Ariel, 2014.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Il lato oscuro della legge: diritto e supertizione. Rivista di diritto civile, Vol. 59, N.º. 2, 2013. pags. 309-329.

Artigo recebido em: 04/07/2018

Artigo aceito em: 24/07/2018

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

8

**O DEVER DE COLABORAÇÃO DAS PARTES COM O PROCESSO: O
PROCESSO CIVIL COOPERATIVO**

**THE DUTY OF COLLABORATION OF THE PARTIES WITH THE CASE:
THE COOPERATIVE CIVIL PROCEDURE**

Isadora Minotto Gomes Schwertner¹

¹ Doutora em Direito do Estado e das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná. Possui mestrado em direito constitucional econômico pela Universidade de Marília (2008), especialista em direito civil e processo civil pela Universidade Estadual de Londrina (2003) e graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Atualmente é professora adjunta, nível A, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, professora da Faculdade de Foz do Iguaçu (FAFIG), professora do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ) e professora do Centro Universitário União Dinâmica das Cataratas (UDC). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL, atuando principalmente nos seguintes temas: direito empresarial, direito civil (Contratos, família e sucessões), processual civil e administrativo constitucional. Autora radicado no Brasil. E-mail: isadoragomes@hotmail.com.

Como citar este artigo:

SCHWERTNER, Isadora Minotto Gomes. **O dever de colaboração das partes com o processo: o Processo Civil cooperativo.** Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018; v. 2 (4): 117-137.

RESUMO

A relação jurídica processual é fortemente marcada pelo debate das partes, as quais ocupam posições antagônicas no processo, cada qual na defesa dos seus interesses, em razão da necessidade de obtenção do objeto disputado em juízo. O presente artigo propõe uma nova visão do processo civil, mais compatível com a ideia do Estado Constitucional, na medida em que apregoa a necessidade de atuação das partes pautada na boa-fé e na necessidade de cooperação, não apenas com a administração da justiça, mas com a concretização dos ideais de justiça. Para tanto, as partes deverão atuar em estado de cooperação, favorecendo o diálogo e a plena realização dos atos processuais. É ainda imperioso que o Juízo conduza o processo de forma a garantir o contraditório pleno, viabilizar a pronta realização dos atos processuais, cientificar as partes acerca dos atos processuais antes de proferir qualquer decisão que interfira fundamentalmente no deslinde da causa, bem como motivar amplamente suas decisões. O problema reside em delimitar até que ponto a legislação poderá exigir este atuar cooperativo da parte no processo, já que cada qual defende interesses antagônicos. Partindo-se de uma metodologia jurídica baseada no formalismo-valorativo ou, para alguns autores, no neoconstitucionalismo, o processo civil da atualidade se explica como um meio de comunicação democrático que propõe a análise do processo partindo-se de alguns pressupostos, quais sejam, a participação das partes no processo, a crítica ao positivismo excessivo e a preocupação com a segurança jurídica, o devido processo legal e o contraditório. Um dos principais problemas que circundam o tema reside justamente em analisar o papel da parte no processo civil, delimitando até que ponto é viável, sob o ponto de vista jurídico, exigir um atuar cooperativo da parte no sentido de se obter uma solução justa no processo, ainda que desfavorável aos seus próprios interesses. Há que se ressaltar ainda, a atuação do próprio órgão jurisdicional que deverá deixar de ser produto mecânico resultante de atos prévios puramente logísticos. Os juízes contemporâneos deverão se afastar do mero silogismo jurídico, pois incompatível com a vigilância democrática que deverão exercer no processo.

Palavras-chave: processo civil; cooperação; devido processo legal.

ABSTRACT

The procedural legal relation is strongly marked by the parties' debate, which positions are antagonistic in the case, each defending their interests, in the need of the subject contested in court. The present article proposes a new vision of Civil Procedure, more compatible with the idea of the Constitutional State, which promotes the need of the parties' action based on good faith and the need of cooperation, not only with the justice administration, but also with the accomplishment of justice ideals. Therefore, the parties must act cooperatively, promoting the dialogue and the full execution of the procedural acts. It is essential that the court leads the case guaranteeing the full contradictory, making feasible the execution of the procedural acts, warning the parts of the procedural acts before making any decision that fundamentally interferes in the resolution of the case, as well as fully justifying the decisions made. The problem is to

narrow to which point the legislation can demand the cooperative act of the party in the case, since the positions are antagonic. Using a legal methodology based on valorative formalism, or for some authors, new constitucionalism, the present civil procedure explains itself as a way of democratic communication that stands for the analysis of the case utilizing some assumptions, such as, the participation of the parties in the case, a critique to excessive positivism and the concern with legal security, the due process and contradictory. One of the main problems around the theme is analysing the party's role in civil procedure, narrowing to which point is feasible, from a legal point of view, demanding a cooperative action of the party as a way to obtain a fair decision in the case, even if adverse to his/hers own interests. It is also important that the court's actions should not be mechanical and a result of previous logical acts. The contemporary judges should think above the legal syllogism, because it is incompatible with the democratic view that is needed in the case.

Keywords: civil procedure; cooperation; due process.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por fundamento analisar a atuação das partes no processo, com vistas à concretização dos valores democráticos no plano das relações jurídicas processuais, as quais tradicionalmente são vistas como local de debate e antagonismo. O processo civil cooperativo tem por objetivo a análise da relação processualística como meio de diálogo entre as partes, visando uma atuação pautada na boa-fé, ética, colaboração e lealdade.

O trabalho objetiva analisar brevemente o direito processual civil sob o prisma do formalismo-valorativo, o qual propõe a condução da relação jurídica processual como fenômeno cultural, interpretando e sistematizando as bases metodológicas em conformidade com os princípios preconizados pelo Estado Constitucional contemporâneo e forma através da qual o processo deverá ser conduzido tendo como norte a organização política adotada pela sociedade, voltada sempre para a concretização dos direitos fundamentais no plano das relações jurídicas de direito material e no plano processual.

Como mecanismo de concretizar o dever de colaboração das partes no processo será analisado também os métodos dos quais dispõe o legislador na tentativa de incutir nos sujeitos processuais a atuação ética, proba e leal, como forma de melhor adequar a interpretação legislativa processual, tradicionalmente pragmática e operativa, em consonância com a filosofia comunicativa e participativa democrática, no intuito de se alcançar a legitimidade e representatividade pretendidas. Trata-se da participação democrático-jurisdicional das partes no processo, preconizada pelo método interpretativo neoconstitucionalista e democrático, voltada para a concretização da prestação jurisdicional de forma justa e efetiva.

Primeiramente, destaca-se a importância do tema pela necessidade de se construir o Direito, mais especificamente o direito processual civil, como instrumento democrático. Para alcançar este desiderato, o direito deverá ser estudado como fenômeno

social, na sua dimensão hermenêutica, reconhecendo-lhe a condição de ciência da compreensão para posteriormente investigar a legitimação da criação jurisprudencial.²

Entretanto, apenas a cooperação espontânea das partes ou do juízo não basta para que o processo alcance seu desiderato. É necessária a existência de legislação, que garanta às partes que os direitos fundamentais sejam exercidos no plano da relação jurídica processual, tal como apregoa Robert Alexy.³

Ainda, analisando a atuação da parte no processo, na consecução dos interesses próprios, não poderá obstaculizar a concretização nem a administração da justiça. A questão que surge é a necessidade de abandonar parcialmente a visão liberal, individualista da parte no sentido de defender apenas e tão somente seus próprios interesses, em detrimento da boa administração da justiça, exigindo atos de cooperação com o resultado do processo. Outro ponto relevante da pesquisa consiste em analisar os meios dos quais dispõe o legislador no intuito de exigir da parte a atuação pautada na ética e boa-fé, verificando os dispositivos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, no projeto do Código de Processo Civil e no direito comparado, com o intuito de exigir a participação cooperativa.

A definição mínima de democracia, conforme proposta por Norberto Bobbio apregoa que um regime democrático se constrói primariamente por meio de um conjunto de regras de procedimento que permite a formação de decisões coletivas, em que são previstas regras que facilitem a participação mais ampla possível dos interessados.⁴

No projeto do Código de Processo Civil existem várias passagens que acentuam a ideia do processo civil cooperativo. Contém o referido projeto várias normas que densificam o dever de colaboração do Estado para com o jurisdicionado e muitas situações estão previstas em que o jurisdicionado deverá colaborar com a regularidade da relação jurídica processual.

1. A ATUAÇÃO DAS PARTES E DO JUÍZO NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Luiz Guilherme Marinoni ressalta positivamente a previsão dos deveres de esclarecimento, prevenção, diálogo e auxílio inerentes à colaboração ao longo de todo o Projeto do Código de Processo Civil, embora o Projeto não o tenha contemplado de forma expressa.⁵

O dever de colaboração das partes no processo deverá ser acolhido como princípio fundamental do processo, pois necessário à administração da própria justiça, para se obter um processo mais justo e igualitário, tornando o dever de colaboração como decorrência do direito fundamental à participação no processo, conforme dispõe o artigo 5º, LV da Constituição Federal.

O Artigo 5º do Projeto do Código de Processo Civil dispõe: “As partes têm

2 SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: 2006, p. 37.

3 ALEXY, Robert. *La Construcción de Los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010, p. 81.

4 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1997, p. 12.

5 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Críticas e Propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 73.

o direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.”

Por certo que o dever de colaboração das partes deverá ser direcionado ao Poder Judiciário, à administração da justiça, em razão de as partes ocuparem posições antagônicas no processo contencioso, o que afastaria uma interpretação literal do dispositivo supracitado do anteprojeto. De fato, ao colaborar com os atos processuais e com o regular andamento do feito, inevitável e indiretamente, estaria uma das partes colaborando com a parte contrária. Entretanto, a leitura que deverá ser feita do dispositivo em comento é a de que a colaboração imposta é aquela que deve ocorrer entre o juízo e as partes e das partes com o Juízo.

Para se alcançar um processo colaborativo e, por consequência, justo, é necessário desenvolver a paridade de tratamento e um efetivo contraditório, ambos assegurados nos artigos 5º, incisos I e LV da Constituição Federal. Um processo democrático não poderá ocorrer sem que as partes se encontrem em igualdade de condições para dialogar e, cada qual, buscar a concretização dos seus interesses no plano processual.

Isso porque o texto constitucional já não pode mais ser entendido como um mero marco normativo regulamentador das relações do Estado com os cidadãos em condições de pluralismo social e cultural, tampouco como uma ordem jurídica global que imponha a priori à sociedade uma determinada forma de vida. A Constituição, antes de qualquer coisa, fixa os procedimentos políticos conforme os quais os cidadãos, exercitando seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente e com perspectiva de êxito o projeto de estabelecer concretamente os direitos e garantias assegurados na própria Constituição, como forma legitimadora de toda a atuação legislativa.

A democracia, da mesma forma que o direito, se caracteriza pela construção, progresso e desenvolvimento das suas ideologias básicas, em um cenário de conflito, tendo-o como uma das suas virtudes naturais. Como afirma Ovídio Baptista da Silva:

(...) uma vez transposto o paradigma dogmático, encontraremos terreno propício para que o processo desenvolva-se em harmonia com uma sociedade complexa e pluralista, cuja marca fundamental é o individualismo das grandes multidões urbanas.⁶

A atividade interpretativa do juiz não deve se prender a um sistema hermenêutico fechado e único, ao revés, deve levar em consideração o contexto histórico, social e interdisciplinar, como instrumento da democracia, tal qual propõe Elio Fazzalari:

Sociologia, storia, giurisprudenza, alle quale si accompagna la comparazione nei soi vari livelli, sono infatti, scienze diverse, le quali però cospirano in uno sforzo interdisciplinare; si collocano cioè in un rapporto che costituisce il più maturo prodotto della vocazione verso l'unità delle scienze, e per il quale il possesso dei risultati di ciascuna è indispensabile per la elaborazione delle altre.⁷

A jurisdição deverá ser preservada de modo a assegurar o papel de instrumento

6 SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: 2006, p. 48.

7 FAZZALARI, Elio. *L'esperienza del processo nella cultura contemporânea*. Rivista di diritto processuale, 1965, p.20.

democrático. Neste sentido a técnica processual poderia contribuir para a formação de um cenário condizente com o exercício da democracia.

Segundo Jürgen Habermas:

(...) o modo de operar de um sistema político, constituído pelo Estado de direito, não pode ser descrito adequadamente, nem mesmo em nível empírico, quando não se leva em conta a dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito.⁸

O que propõe o presente estudo é uma visão mais democrática do processo civil, analisando a relação jurídica processual como instrumento da democracia, com a possibilidade de ampla participação das partes na formação dos resultados do processo.

Esta tendência democratizante já encontra previsão no projeto do Código de Processo Civil, que prevê no artigo 10 e 110, parágrafo único que, antes de decidir a respeito de qualquer matéria, inclusive aquelas sobre as quais poderia o juízo decidir de ofício, deverá o magistrado possibilitar a manifestação prévia das partes.

Ao repensar a relação jurídica processual, surgem para o Juízo basicamente três deveres, quais sejam: dever de consulta, dever de esclarecimento e de prevenção ou proteção. Diante do dever de consulta, devem-se consultar as partes sobre pontos relevantes do processo, ainda que possam ser conhecidos sem provocação das partes.

Quanto ao dever de esclarecimento, os atos realizados pelo juiz e seus auxiliares, bem como os atos praticados pelas partes deverão ser o mais claro e inteligível possível, evitando-se situações que possibilitem interpretações dúbias ou obscuras.⁹

O dever de prevenção ou proteção implica na atuação diligente e atenta do Juízo quando há ocorrência dos vícios processuais, os quais deverão sempre ser apontados e corrigidos, evitando nulidades e refazimento de atos, o que importaria em inobservância dos princípios da economia, celeridade processual e razoável duração do processo.

É necessário a promoção de um diálogo entre as partes e entre estas e o Magistrado, a fim de que seja possibilitada a formação de um contraditório pleno entre as partes e o Poder Judiciário. Devem-se evitar tanto quanto possível as decisões-surpresa, as quais são constantemente proferidas no curso do processo, da forma como conduzido atualmente. No processo civil cooperativo, o Magistrado deve abandonar a ideia do mero fiscal de regras, devendo adotar uma posição de agente colaborador, de participante ativo, com a função precípua de redimensionar o diálogo processual.

A cooperação das partes e do juízo no processo pode ser tida como expressão da democracia, no seu aspecto participativo, na medida em que promove o diálogo e discussão, tendo como cenário o âmbito jurisdicional. Cidadãos livres e em igualdade de participação demonstram melhores condições de debater as teses apresentadas legitimando as decisões judiciais, em razão do contexto criado, pautado pelos princípios da inclusão, do pluralismo, da igualdade participativa, da autonomia e da justiça social, democratizando a relação jurídica processual.

8 HARBERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pg. 9.

9 MIRANDA, Pontes de. *Prólogo. Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

2. PROCESSO CIVIL E ESTADO CONSTITUCIONAL

A atividade jurisdicional orienta-se por duas grandes classes principiológicas. A que se filiam, cuja finalidade é a de concatenar as regras do ordenamento primeira refere-se aos princípios estritamente processuais, relacionados ao sistema estatal com as necessidades sociais e políticas do Estado.

A segunda classe constitui-se pelos princípios constitucionais processuais, cuja função é preordenar a elaboração de leis infraconstitucionais e reger as relações entre governantes e governados. Inevitavelmente os princípios constitucionais repercutem no campo do processo civil, já que exprimem direitos públicos invocáveis em Juízo, os quais se aplicam tanto à Organização Judiciária quanto ao exercício da Jurisdição.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina, analisando as classes principiológicas acima expostas, leciona:

“(…) Os princípios constitucionais do processo, em razão mesmo de sua natureza, têm caráter cogente, não indicando meras opções de políticas legislativas que o elaborador da lei processual possa adotar, ou não, segundo o modelo preferido. Já os princípios estritamente processuais, constituindo as ‘diretivas ou linhas mestras, dentro das quais hão de desenrolar-se as instituições do processo’, são perfilhados pelo legislador quando lhe pareça conveniente adoptá-los. (...)”¹⁰

Ambas as categorias de princípios interferem de modo bastante importante na hermenêutica processual, vez que as normas processuais, a exemplo do que ocorre com as demais leis infraconstitucionais, devem ser elaboradas e interpretadas conforme a Constituição Federal.

Os princípios constitucionais aplicáveis às relações jurídicas constitucionais constituem-se na pura expressão do Estado Democrático de Direito, e, possuem como diretriz de interpretação a dignidade do ser humano. Logo:

“(…) Como consectário óbvio, toda atuação pautada pela instrumentalidade deve ter como parâmetro mínimo a preservação dos princípios constitucionais do processo e como finalidade a concretização do Estado Democrático de Direito. (...)”¹¹

Inexiste atuação democrática onde a relação jurídica processual se desenvolve em desrespeito aos princípios constitucionais, sem buscar a implementação dos ideais do Estado Democrático de Direito.

Ao propor a Teoria do Discurso, Robert Alexy apregoa que a relação entre a teoria do discurso e o Estado Constitucional Democrático desenvolvem-se em três passos, como se vê:

(...) En el primero se aborda la necesidad del derecho y del Estado. Esto constituye la fundamentación del Estado formal de derecho. En el segundo paso se expone la necesidad de la democracia. Conjuntamente, ambos pasos integran la fundamentación del Estado democrático de derecho. Sobre esta base se eleva el tercer peldano, que conduce a la necesidad de sujetar el proceso democrático a

10 MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. Direito Processual Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pg. 34.

11 CORREIA. Marcos Orione Gonçalves. Direito Processual Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, pg. 19.

vinculaciones de contenido y aseguralas institucionalmente. De ahí resulta el Estado constitucional democrático.¹²

Marcus Orione Gonçalves Correia, ao discorrer sobre a o processo constitucional, destaca a atuação jurisdicional:

“(…) nessa idéia de participação do juiz no processo, retirando-se da postura passiva e buscando o equilíbrio real entre as partes, há que se constatar a importância das conclusões anteriores. Em algumas situações, o limite entre a atuação tendente à maximização dos ideais democráticos e aquela que acaba por tender à arbitrariedade é muito tênue, somente podendo ser transposto se observados os princípios processuais constitucionais e se a participação, por si só, for tendente à efetivação da dignidade do homem. No entanto, a ausência de atuação, quando se deveria buscar o verdadeiro equilíbrio entre as partes naturalmente desiguais, pode redundar em negação da Democracia e da própria busca da efetivação, pelo processo, desta mesma dignidade. (...)”¹³

Daí a necessidade de interpretar o direito processual com base nos preceitos constitucionais, transformando a Constituição em elo metodológico indispensável para compreender o processo civil e sua técnica na atualidade.

No que se refere ao direito de acesso ao Poder Judiciário, expressão do princípio da inafastabilidade previsto textualmente no corpo constitucional no art. 5º, inciso XXXV, o direito de ação e o direito ao processo representam os mecanismos previstos para solicitação da atuação jurisdicional, em respeito ao princípio da inércia.

O conceito de ação tem ocasionado diversos posicionamentos doutrinários. Sem adentrar de forma aprofundada no tema, o direito de ação poderá ser resumido no direito que se confina na provocação do exercício da função jurisdicional. Liebman, à semelhança do que apregoa Chiovenda, conceitua a ação como sendo o poder de realizar a condição que põe em exercício o órgão judicante para fazer valer a vontade da lei por meio da sua aplicação ao caso concreto.

Trata-se do direito de provocar a prestação jurisdicional a um pronunciamento acerca do seu conteúdo, do seu objeto. Representa o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num dado caso concreto, por meio de uma atuação pautada na consecução dos seus fins, qual seja a pacificação social e a proteção dos direitos ameaçados ou lesionados indevidamente. Cássio Scarpinella Bueno aduz que:

“(…) se a jurisdição é inerte e a atuação jurisdicional com vistas à prestação da tutela jurisdicional depende do rompimento desta inércia, não há como perder de vista no que consiste este ‘provocar’ do Estado-juiz para aqueles fins.(...)”¹⁴

Convém esclarecer que não há dois direitos de ação, uma constitucional e outro processual. O direito de ação é sempre processual, pois é por meio do processo que ele se exerce. O que existe é a garantia constitucional genérica do direito de ação, a fim de que a lei não obstrua o caminho ao Judiciário na consecução das suas

12 ALEXY, Robert. La Construcción de Los Derechos Fundamentales. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010, p. 80.

13 CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. Direito Processual Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, pg. 20.

14 BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 381.

finalidades (tutelar direitos), mas o seu exercício poderá ser sempre considerado processual, correlato a uma pretensão esposada em Juízo.¹⁵

O Acesso à Justiça propõe uma reflexão e consequente sistematização do direito processual civil com vistas ao exercício da função jurisdicional para que sejam protegidos, por imposição constitucional de forma adequada, célere e eficaz, situações de ameaça ou lesão a direito. Tem-se, portanto, duas formas de atuação da tutela jurisdicional: a tutela preventiva e a tutela repressiva.

Este socorro à tutela jurisdicional poderá ocorrer de forma coletiva, pois não se pode pensar no processo apenas como mecanismo de busca da proteção ou efetivação dos direitos apenas no plano privatístico ou individualizado, dando azo a um direito processual coletivo, de caráter público, voltado para a proteção dos direitos das massas ou coletividades, na defesa dos direitos coletivos e difusos.

Toda a legislação infraconstitucional que pretenda subtrair do Poder Judiciário qualquer ameaça ou lesão a direito, não há como negar a sua inconstitucionalidade, pois o exercício do direito de ação consagrado no dispositivo constitucional supracitado (art. 5º, XXXV) impõe a manifestação da atuação estatal de forma adequada com vistas à concessão da tutela jurisdicional da forma como requerida. A interpretação do princípio da inafastabilidade não poderá ser restritiva, na medida em que representa um direito fundamental do ser humano, qual seja, valer-se da proteção estatal quando seus direitos são ameaçados de lesão ou lesionados, com a possibilidade de buscar a devida reparação.

Inobstante exista esta preocupação com o acesso ao Poder Judiciário, este desenrolar de atos processuais deverá seguir uma sistemática pré-determinada para que seja garantida às partes uma atuação paritária, com a possibilidade do exercício da ampla defesa pelo demandado. Trata-se do princípio do devido processo legal.

A Constituição Norte Americana adotou de forma expressa o princípio do devido processo legal, por meio de Emenda nº 5 de 1971, ao prever que “ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal.” Tal princípio, inicialmente de natureza tipicamente processual, representava uma garantia no controle da razoabilidade das leis e dos atos administrativos, posteriormente, em razão de sua repercussão na esfera administrativa e constitucional, foi denominado de *substantive due process*.

Eduardo Couture traçou algumas linhas diretivas e informadoras provenientes do contexto ideológico trazido pelo princípio do devido processo legal, destacando a ciência inequívoca do demandado acerca da ação em face dele proposta, seja de forma direta ou indireta; a oportunidade de comparecer em juízo e expor suas razões por meio da realização dos instrumentos probatórios; que o Tribunal perante o qual se processa a demanda seja regularmente constituído e imparcial; e, por fim, que este mesmo Tribunal seja competente.¹⁶

O contingente histórico, cujo conteúdo demonstra-se relativo na medida em que varia de acordo com a evolução histórica da consciência jurídica e política de um país, também influencia na conceituação do *due process of law*. Entretanto, os pilares

15 FILHO. Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 80.

16 COUTURE. Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesual Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1972, pg. 150.

basilares da relação jurídica processual que caracterizam o Estado Democrático de Direito, em detrimento de um Estado autoritário, permanecem praticamente inalterados.

Na Constituição brasileira o princípio do devido processo legal vem expresso no art. 5º, LIV. Destes princípios, decorrem outros que são igualmente importantes para a compreensão da atividade jurisdicional segundo os preceitos constitucionais. Para Calmon de Passos, o devido processo legal ocorre quando presentes três condições essenciais, ou seja, só há o exercício da jurisdição constitucional quando o processo se desenvolve perante um juízo imparcial e independente, garantindo-se o acesso ao Poder Judiciário por meio de uma relação processual em que é assegurada às partes o contraditório e ampla defesa.¹⁷

O princípio do contraditório está disposto no art. 5º, LV da CF, assegurando-se aos acusados em geral o direito de se contrapor aos atos e fatos que lhe são imputados nos processos judiciais e administrativos, possibilitando a prática de todos os atos de defesa e recursos previstos na legislação.

O núcleo central do princípio do contraditório pode ser resumido pelo binômio ciência e resistência ou informação e reação, sendo o primeiro termo sempre indispensável e o segundo, possibilitado.

Deverá ser sempre admitida a participação ampla da parte requerida no processo, com a possibilidade de apresentação de defesa, produção de provas, recursos, impugnar documentos e argumentos novos trazidos pela parte autora, possibilidade de revisão dos atos judiciais com conteúdo decisório, bem como praticar todos os atos processuais de resistência à pretensão que lhe é apresentada. Cássio Scarpinella Bueno afirma:

“(…) o tema, que guarda inegável entrelaçamento com o princípio do contraditório na forma exposta pelo número anterior, quer evidenciar, apenas e tão somente, que, em um modelo de Estado como o brasileiro, não é suficiente a previsão formal de uma garantia processual. É mister a criação de condições mínimas e suficientes para seu escoreito exercício. Assim, não basta se defender mas também se faz necessário criar condições de se exercer adequadamente esta defesa.”¹⁸

Não basta assegurar a igualdade de possibilidade às partes, mas garantir oportunidade de participar da prática de todos os atos processuais relevantes e de influir no sentido de uma decisão favorável ao seu interesse.¹⁹

Outra decorrência do princípio do devido processo legal é o princípio do juiz natural, competente e imparcial. A autoridade judiciária que julgará o caso deverá preexistir ao fato a ser julgado. É vedada a criação de Tribunais ad hoc para decidir questões já ocorridas e especialmente para este fim, garantindo-se a imparcialidade do julgador.

Doutrinariamente, foi acentuada a importância do princípio do juiz natural com a sua elevação à categoria dos pressupostos processuais – trata-se de um

17 PASSOS. Calmon. O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição. São Paulo: Saraiva, 1981, pg. 86.

18 BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 150-151.

19 MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. Direito Processual Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pg. 42.

pressuposto processual de existência, sem o qual é impensável a instauração da relação jurídica processual, ao lado, da competência do juízo, destaca igualmente pela doutrina processualista, como pressuposto processual de validade de prosseguimento da relação jurídica processual.

O juiz deverá ser constitucionalmente competente. No entender de Cássio Scarpinella Bueno, será juiz natural aquele que a Constituição indicar como competente, ou, quando permitir que o seja.²⁰

O referido princípio encontra previsão no art. 5º, XXXVII e LIII da Constituição Federal. José Afonso da Silva, ao tratar dos chamados Tribunais de Exceção, aduz que se trata daqueles tribunais que não integram o sistema judiciário preestabelecido, aquele criado apenas para o caso, ou seja, depois da ocorrência do fato objeto do processo e do julgamento, onde a Constituição Federal deverá previamente instituir para o exercício da função jurisdicional.²¹

Juiz imparcial é aquele apto a analisar a causa que não se encontra naquelas situações legais de suspeição ou impedimento, pois uma vez constatada sua parcialidade, o julgamento a ser proferido não será justo. O julgador deverá analisar os argumentos trazidos pela parte e proferir um julgamento no exercício da sua independência funcional.

José Frederico Marques esclarece, ao cuidar da capacidade do juiz como sujeito imparcial da relação processual, a necessidade uma “capacidade especial relativa ao exercício *hic et nunc* do poder jurisdicional”, capacidade esta que se desdobra subjetiva e objetivamente: sob o ponto de vista objetivo, vem regulada pelas normas que disciplinam a competência; subjetivamente relaciona-se com a garantia de imparcialidade que deve oferecer todo aquele que exerça função jurisdicional.²²

Cândido Rangel Dinamarco afirma que “a manutenção do clima de segurança exige também o respeito à legalidade no trato do ‘processo’ pelo juiz. (...)”.²³ Por isso é que, se de um lado no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade.

Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei. Entretanto, deverá demonstrar a preocupação com a integridade do *dues process of law*, que representa a segurança aos litigantes. Norberto Bobbio, ao tratar das regras do jogo democrático, leciona que:

“(...) a única maneira de conduzir uma discussão razoável sobre a democracia, entendida como uma forma de governo distinta de todas as outras autocráticas, consiste em considerá-la como algo que se caracteriza através de uma série de regras... que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões envolvendo a coletividade e

20 BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 152.

21 SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros. 2005, pg. 137.

22 MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, pg. 120 a 123.

23 DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

que tipo de procedimentos devem ser aplicados.”²⁴

A economia processual e celeridade igualmente apresentam-se como princípios da relação jurídica processual. Representa a condução dos atos processuais no menor tempo possível e com o menor dispêndio financeiro. Trata-se de otimizar a relação jurídica processual, pois torná-la célere é torná-la, em última análise, eficaz.

Por fim, ressalta-se a razoável duração do processo, que com a Emenda Constitucional 45 de 2004 foi alçada à categoria de direitos fundamentais. O devido processo legalmente previsto deverá transcorrer em prazo hábil, pois a tramitação em tempo excessivo dificulta a defesa e a produção da prova, além de protelar a entrega da tutela jurisdicional prejudicando ou até mesmo inviabilizando, no plano empírico, o direito pleiteado pela parte. Ademais, a morosidade dilata o prazo de incertezas que a pendência de uma ação judicial provoca, com efeitos patrimoniais e até psicológicos nos jurisdicionados.

Samuel Miranda Arruda leciona:

“(…) é imprescindível que ao acusado seja assegurada ampla defesa, como o tempo necessário à sua preparação. É essencial que exista aqui um sopesamento, expresso através do termo razoável. Este tempo razoável deve ser compreendido como o suficiente a possibilitar um justo julgamento, mas não tão excessivo que dilate de forma desnecessária a tramitação processual.”²⁵

A celeridade pode ser considerada corolário da efetividade da tutela jurisdicional, sob o aspecto da necessidade de uma atuação positiva do Estado, revestindo-se de um caráter social prestacional, compondo verdadeiramente um direito fundamental.

Compete, pois, ao Estado organizar um sistema jurisdicional com normas processuais claras e previamente definidas em lei que garantam um processo ágil e célere, capaz de possibilitar o acesso ao Poder Judiciário, no intuito de concretização dos direitos reclamados, como forma e obtenção da justiça.

É preciso adequar a relação jurídica processual para que sua dimensão temporal não venha a inviabilizar direitos previstos no plano material. O direito à tutela jurisdicional e a garantia do processo devido constituem referências constitucionais autônomas de onde se pode extrair a constitucionalização de um direito ao tempo no processo, para que não ocorra um comprometimento da eficácia da tutela jurisdicional ocasionada, inevitavelmente, pelos efeitos negativos do tempo aferido processualmente nas relações de direito material.

3. COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

As constituições modernas, ao instituírem direitos fundamentais propagam a supercomplexidade²⁶ da sociedade e assimilam o pluralismo jurídico. Exercem um papel relevante na modificação da realidade, na medida em que propõem normas

24 BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1997, p. 19.

25 ARRUDA. Samuel Miranda. O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo. Brasília: Editora Brasília Jurídica. 2006, pg. 93.

26 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Editora RT, 2009, p. 25.

de caráter superior, as quais são vinculativas dos poderes públicos, com intuito de realizar os direitos fundamentais e preservar a estrutura estatal.

Para o neoconstitucionalismo a constituição é analisada como o conjunto de normas que consagram os principais valores sociais dentro do ordenamento jurídico, os quais devem ser observados com primazia na aplicação do direito, voltados para a realização do Estado Democrático de Direito.

Surge a partir daí a tutela constitucional do processo, preocupada com a concretização dos direitos fundamentais no plano processual e a jurisdição constitucional, com a previsão de mecanismos processuais que viabilizem os direitos fundamentais, bem como a proteção do texto constitucional. Tal qual preceitua Eduardo Cambi:

“O neoconstitucionalismo se propõe a superar o paradigma da validade meramente formal do direito, no qual bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão jurídica. [...]”²⁷

O neoprocessualismo procura constituir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional, rompendo com o formalismo dos métodos processuais. O processo deve ser pensado sob o enfoque da cidadania ativa e solidária.²⁸ O processo conduzido sob o aspecto puramente formal torna-se um processo pobre e engessado em que não se atende aos anseios das partes, nem promove de forma plena a tutela jurisdicional.

O processo democrático compreende a participação dos sujeitos do processo de forma cooperativa, guardando ao juiz o dever de fundamentação das decisões e às partes o dever de debates e direito de convencimento²⁹, tal qual:

Ao conduzir o diálogo processual, tendo como escopo final à promoção dos direitos fundamentais e à justiça da decisão, impõe-se ao juiz os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio dos litigantes.³⁰

O formalismo-valorativo, ou para alguns autores, o neoprocessualismo, propõe que as decisões judiciais, no contexto do Estado Democrático Constitucional, devem ser baseadas na visão cooperativa entre os sujeitos do processo a fim de que se respeitem os direitos fundamentais, assim como tornar possível alcançar a pacificação social e uma decisão mais acertada, adequada à realidade das partes.

Segundo o formalismo-valorativo, a ideia de processo cooperativo só pode ser concretizado num horizonte neoconstitucionalista e pós-positivista, promovido pela interpretação das normas, regras e princípios em conformidade com a Constituição Federal, marcado por um contraditório forte, onde seja garantido às partes o direito de influência e de debater os pontos do processo sobre os quais divergem as partes. Ao magistrado cabe o dever de não surpreender as partes com decisões terminativas ou definitivas sem antes assegurar a manifestação; de fundamentação das decisões judiciais, bem como a busca pela justiça material.

27 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Editora RT, 2009, p. 115.

28 MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 72.

29 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

30 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Editora RT, 2009, p. 116.

O objetivo a ser buscado com a visão cooperativa do processo é a proteção contra erros ou arbitrariedades, à medida que se tem uma atividade intelectual que ultrapassa a ação mecânica da subsunção do fato à norma, extrapola os limites do mero positivismo e amplia o alcance e aplicabilidade dos princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos atos processuais, desenvolvendo-se um posicionamento mais consentâneo com os anseios sociais e de verdadeiro mecanismo de concretização dos direitos, no plano material.

Esta importante tarefa legitimadora é atribuída ao formalismo-valorativo, já que sua metodologia científico-jurídica é, sem violar o direito positivado, trazer o imperativo participativo para o campo processual, no intuito de construir uma legislação e um processo democráticos e que respondam às demandas da contemporaneidade.

A compreensão legitimadora orientada por um processo civil participativo compatível com o fundamento racional habermasiano³¹, demonstra inúmeras contribuições no campo operativo, a exemplo da possibilidade de participação no processo de figuras não tradicionais, tais como o *amicus curiae* no processo civil brasileiro.

Um processo civil democrático deve ser compreendido a partir da restrição de violação do direito legítimo positivado com a garantia de participação efetiva dos sujeitos do processo (partes e juiz), e outras pessoas igualmente legitimadas, o que conduz a uma maior qualidade, transparência e legitimidade do direito.

A atuação do magistrado no Estado Democrático Constitucional de adequar, em razão da necessária cooperação, a lei em conformidade com a Constituição e expectativa das partes, demanda uma atividade interpretativa de densificação da norma geral e abstrata ao plano empírico, que implica na criação e renovação de direito, conforme a teoria circular dos planos,³² não se compatibiliza com as ideias positivistas de aplicação imediata da lei, subsunção e declaração do direito pelo juiz, tal qual:

“As questões materiais não são satisfeitas pelo silogismo jurídico, porque a linguagem do direito é imprecisa, podendo haver conflitos entre as normas, casos em que a norma a ser aplicada não seja válida por ferir a Constituição ou, ainda, não existir nenhuma norma suscetível de aplicação no caso concreto. [...] A regra jurídica serve apenas como uma formulação provisória, um guia, com função meramente indicativa e, portanto, seguras.”³³

As críticas apresentadas pelo formalismo-valorativo ao positivismo jurídico se fundamentam no argumento de que o positivismo jurídico é insuficiente para servir de amparo como teoria do direito para a realidade jurídica atual, baseada no neoconstitucionalismo e no pós-positivismo, ambas figuras nascidas em decorrência de uma interpretação sistemática do texto constitucional.

Uma das preocupações do formalismo-valorativo consiste em desenvolver uma metodologia jurídico-processual que preserve os valores jurídicos, promovendo uma correção das formas processuais que violem as garantias constitucionais, sem

31 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Capítulos IV e V.

32 ZANETI JÚNIOR. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

33 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Editora RT, 2009, p. 119.

abandonar a segurança jurídica, já que tem como premissa a correção do sistema de direitos, em especial o direito constitucional e os direitos fundamentais.

A filosofia do direito de Habermas³⁴ analisada sob o aspecto cooperativo e o formalismo-valorativo propõe a construção de um direito em conformidade com as demandas da sociedade atual, qual seja, democrático, participativo e garantivista, sem, no entanto, representar a perda da segurança jurídica e situações de imprevisão no plano processual, pois ambas são conquistas históricas do direito moderno.

A busca de soluções jurídicas para os casos concretos deriva de um processo dialético argumentativo, que deve revelar uma decisão reconhecidamente legítima e não uma mera aplicação do texto legal, sem a necessária adequação. A fundamentação desta decisão deverá ser pautada pela coerência de princípios e valores, tais como a ética, a justiça, a boa-fé, a igualdade, a cidadania e a democracia, sobre os quais se assenta o direito.

No projeto do novo Código de Processo Civil, pode-se identificar uma tendência de simplificação do processo civil, alcançada por modificação legislativa que preza por uma postura dos sujeitos do processo que tem por objetivo o respeito aos valores consagrados no ordenamento jurídico e na Constituição Federal, bem como a busca pela concretização da justiça.

Este objetivo é alcançado pela atuação cooperativa entre os sujeitos do processo e na proposta simplificadora do novo código de processo civil, os artigos 5º, 7º e 8º, 9º e 10 demonstram a preocupação com a qualidade e a legitimação das decisões judiciais através da participação efetiva dos envolvidos, inclusive com a normatização do *amicus curiae* com prerrogativa para intervir em qualquer grau de jurisdição quando, em virtude das peculiaridades do caso, se mostrar adequado e vantajoso e o resultado da causa ultrapassar o interesse *inter partes*. Diante desta consideração, verifica-se que o projeto de novo Código de Processo Civil abarca uma orientação democrática no processo civil.

A condução do processo cooperativo ocorre baseada na isonomia quando da sua condução, apenas assume caráter assimétrico quando importar na decisão de questões processuais ou materiais. Apenas no momento de decidir é que haverá a prevalência do direito de uma das partes em detrimento da outra, pois a imposição da decisão representa a típica atividade jurisdicional. Apresenta-se paritário no diálogo, porém assimétrico na decisão.³⁵

O processo cooperativo é fruto do Estado Constitucional, na medida em que a marcha processual será conduzida segundo os valores democráticos, tais como a isonomia da participação das partes, o contraditório e ampla defesa e devido processo legal. O processo deve se desenvolver em um ambiente democrático, igualitário, porém, a proteção jurisdicional deverá ser outorgada assimetricamente, em razão da imperatividade que lhe é inerente.

A investigação da verdade não ocorre somente em decorrência de atos unilaterais, pois provem do esforço combinado das partes, das provas produzidas

34 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Capítulo V.

35 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

pelos sujeitos processuais, da argumentação apresentada, evidenciando o caráter da socialidade do saber e da cooperação na busca da verdade, aproximando o julgador da realidade vivida pelas partes.

O processo argumentativo caracteriza-se pela dialética e propõe a colaboração das partes em uma situação controversa, razão pela qual o contraditório representa o ápice deste diálogo. O Poder Judiciário deverá oportunizar às partes a possibilidade de influenciarem na descoberta da verdade provável, fruto da elaboração doutrinária da ordem estatal.

4. A BOA-FÉ NO DIREITO COMPARADO

Ao analisar a boa-fé em outros ordenamentos jurídicos, verifica-se que se trata de uma constante, uma premissa inafastável para que o processo tramite de forma válida e consistente.

É uma tendência da common law a responsabilidade do sujeito pela própria estratégia de atuação adotada. A boa-fé tornou-se, nos ordenamentos contemporâneos, um princípio substancial de notável importância, tal qual:

(...) non può prescindire dal rilievo della sua principale caratteristica, ossia l'estrema versatilità a seconda di quelli che risultano essere gli standard di comportamento di una certa società considerata a sua volta in un determinato momento storico.³⁶

A boa-fé no ordenamento inglês é aquela que nasce dos parâmetros de comportamento apropriado, pois em determinados grupos sociais existem certos standards de comportamento e conduta social, os quais são aprovados pelo corpo social.

A boa-fé expressa o fundamento moral da atuação, geradora de responsabilidade que deriva da própria conduta legitimada e do respeito e aceitação de determinados comportamentos da parte. A cláusula geral da boa-fé é caracterizada por mitigar a vontade singular e constituir um sistema de valores universais.

Trata-se de um estado subjetivo, que operou verdadeira transformação jurídica, através da doutrina e do Poder Judiciário. Este princípio possui grande relevância, havendo doutrinadores que afirmam haver transformado o conceito de sistema e a teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres.³⁷

O Código Napoleônico instituiu no seu art. 1.135 o princípio da boa-fé no direito francês, ao dispor que “Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites qui l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.” Todavia, os juristas da época, da Escola da Exegese, não deram devida atenção ao citado artigo, já que o poder criador da Jurisprudência era limitado. Na época, o ordenamento jurídico apresentava-se fechado, seja em razão das Escolas da época, tais como a Exegese e a Pandectística, com suas concepções sistemáticas e pautadas na separação dos poderes, apregoavam o raciocínio axiomático.

O código civil germânico determinava a interpretação dos negócios jurídicos

36 FERRARIS, Eliana. La buona Fede Negli Orientamenti Della Giurisprudenza Inglese, apud O'Connor, Good Faith in English Law, Darmouth, 1990, p. 10. In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Roma, 1995, p. 761.

37 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva; Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 34.

segundo a boa-fé. Entretanto, não era um dispositivo posto com a finalidade de possibilitar margem criativa ao juiz, mas serviu como fonte aproximativa do direito alemão da common law inglesa. Tal qual apregoadado pela doutrina:

Começava a reconhecer-se no princípio da boa-fé uma fonte autônoma de direitos e obrigações; transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento.³⁸

O princípio da boa-fé endereça-se, sobretudo ao juiz e o insta a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo controle corretivo do Direito estrito, já que a boa-fé possui um valor autônomo, não vinculado à mera manifestação de vontade, criando carga obrigacional objetiva.

No ordenamento inglês, o parâmetro da boa-fé foi posto em direta relação com o dever de lealdade, como a construção de uma concessão moral indispensável em um contexto econômico e jurídico como o que se tem atualmente, exigindo da parte uma atuação positiva na concretização da obrigação assumida.³⁹

No processo inglês, há um procedimento especial chamado Discovery em que o advogado da parte é obrigado a entregar todos os documentos que poderiam ser necessários para esclarecer a situação. Trata-se do dever de colaboração com processo, na medida em que disponibiliza todos os documentos elucidativos da causa.⁴⁰

Assim, verifica-se que nos ordenamentos jurídicos europeus, existe igualmente a preocupação com a atuação cooperativa das partes, como decorrência do princípio da boa-fé processual, necessário para se alcançar decisões justas nos casos concretos, os quais deverão ser analisados segundo as provas produzidas nos autos, de modo a refletir a verdade vivenciada pelas partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização do modelo de Estado Democrático de Direito pressupõe a atuação legítima do Poder Judiciário de forma autônoma e independente com o fim de exercer a adequada tutela dos direitos e garantias fundamentais. O exercício equânime da jurisdição deve priorizar os direitos e garantias fundamentais, como forma de legitimação do exercício da função judicante à luz da denominada jurisprudência de valores constitucionais.

O direito de ação ou de socorro ao Poder Judiciário para que este exerça sua função pacificadora, deve ser pensado como direito à efetiva tutela jurisdicional, não bastando uma sentença meritória, mas buscando uma solução que seja passível de ser implementada, concretizada segundo clama a realidade social, possibilitando às partes uma participação democrática no plano processual.

Se o direito objeto do litígio constituir um direito fundamental, a atuação

38 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva; Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 38

39 CIMINO, Antônio. La Clausola Generale di Buona Fede Nell'Esperienza Francese, In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Roma, 1996, p. 790.

40 ZITSCHER, Harriet Christiane. Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.66.

jurisdicional deverá sempre ser pautada pela celeridade, a fim de garantir eficácia à tutela jurisdicional, com vistas à ampla, irrestrita e integral interpretação das normas do processo como forma de viabilizar a concretização imediata desses direitos, a fim de lhes garantir a proteção ou exercício pleno pelo cidadão, reforçando a atuação democrática dos sujeitos no plano das relações jurídico-processuais.

A necessária paridade na condução do processo encontra-se também na necessidade de possibilitar a manifestação da parte antes do juiz decidir assimetricamente, ou seja, oportunizar as partes um debate prévio antes de extinguir o processo sem julgamento do mérito, inclusive naquelas situações em que o juiz deve agir de ofício, e também no que se refere ao conhecimento das matérias de ordem pública.

A decisão jurisdicional somente é eficaz e legítima, após um amplo debate entre as partes, ocorrido em condições de paridade, de igualdade e de acesso ao processo. Trata-se da participação democrática da parte no plano processual, no sentido de litigar em igualdade de condições a fim de obter um resultado favorável por meio do acesso paritário ao processo, vencendo aquele que apresentar o melhor argumento.

A visão cooperativa do processo privilegia o contraditório entre os sujeitos do processo mediante o imperativo do direito de influência e dever de debates, bem como a decisão deverá ser apresentada como um resultado dos debates realizados no âmbito processual, caracterizada pela simetria entre os sujeitos do processo, a qual é rompida apenas no momento decisional em que o juiz, em atividade cognitiva concede o direito a um das partes.

Esta cooperação no plano do processo implica em diversos desdobramentos, tais como a necessidade de um ativismo judicial voltado para a garantia da paridade nas condições de atuação dos sujeitos no processo, mantendo-se, assim, um contraditório real; a fundamentação das decisões e argumentos, afastando-se a aplicação do silogismo jurídico, a fim de demonstrar suficientemente a adequação da lei à Constituição e garantir aplicabilidade dos princípios em geral, cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados – resultando na natureza criativa da decisão judicial, a fim de melhor se adaptar à realidade das partes; possibilitar a participação no processo de outros sujeitos, que não os tradicionalmente admitidos, com legitimidade para defender os direitos que extrapolam os interesses das partes.

O magistrado, diante dos princípios preconizados pelo Estado Democrático Constitucional, deve adequar a lei ao caso concreto, atuando como verdadeiro intérprete sem abandonar a visão da necessária cooperação no plano processual, situação que demanda uma atividade interpretativa da norma geral e abstrata ao plano empírico, ocasionando a criação e renovação de direito.

A relação jurídica processual democrática exige deliberações comuns, pressupõe a existência de espaços públicos abertos que permitam às partes a discussão de questões jurídicas relevantes. A promoção do diálogo não deve se fazer através do acirramento de disputas, mas no incentivo na obtenção de argumentos racionais necessários à efetivação dos resultados que atendam aos interesses individuais, aos preceitos constitucionais e aos objetivos da ordem estatal constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **La Construcción de Los Derechos Fundamentales**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os Poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. Temas de direito processual civil – 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O neoprivatismo no processo civil**. Leituras complementares de processo civil. 7ª Ed.. Salvador: JusPodium, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Editora RT, 2009.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. apud SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 32-33.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

CIMINO, Antônio. **La Clausola Generale di Buona Fede Nell'Esperienza Francese**, *In* Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Roma, 1996.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTURE. Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesual Civil**. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1972.

DIDIER Júnior, Fredie. **Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo**. In Revista de Processo, Ano 36, vol. 198, Agosto de 2011. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora do Tribunal, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FAZZALARI, Elio. **L'esperienza del processo nella cultura contemporânea**. Rivista di diritto processuale, 1965.

FILHO. Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARBERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Críticas e Propostas**. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Editora Palestra, São Paulo: 2007.

MARQUES. José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, pg. 120 a 123.

MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MIRANDA, Pontes de. CAVALCANTI. Francisco. **Prólogo. Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MITIDIERO. Daniel. **Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: RT, 2009.

NUNES. Dierle José Coelho. **Processo jurisdiccional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Garantia do contraditório. Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo: Ed. RT, 1999.

PASSOS, Calmon. **O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição.** São Paulo: Saraiva, 1981.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008

PONTE NETO, José Júlio. O Poder Judiciário e a concretização da Democracia Participativa. Revista Seqüência, n. 56, p. 205-224, jun 2008.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva; Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 34.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros. 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** São Paulo: Ed. Malheiros. 2009.

SILVA, Ovídio Batista. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista.** Rio de Janeiro: 2006.

ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional:** o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Artigo recebido em: 10/11/2017

Artigo aceito em: 08/02/2018

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

II. DOCTRINA INTERNACIONAL

1

A REGULAÇÃO ECONÔMICA

ECONOMIC REGULATION

*Joaquim Croca Caeiro*¹

1 Doutor em Ciências Sociais, vertente Ciência Política, pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciência Política, pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Licenciado em gestão e Administração Pública, pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa . Licenciado em Direito, pela Universidade Lusíada de Lisboa. Agregação em Economia e Política Social, pela Universidade Lusíada de Lisboa .Professor Catedrático com Agregação Convidado do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Coordenador da Escola de Desenvolvimento Local, do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Coordenador-Adjunto da Licenciatura de Administração Pública e Políticas do Território, do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Autor radicado em Portugal. E-mail: jcaeiro@iscsp.ulisboa.pt.

Como citar este artigo:

CAEIRO, Joaquim Croca. **O A regulação económica**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018; v. 2 (4): 139-155.

RESUMO

O presente artigo, procura traçar num breve apontamento, a origem, evolução e importância num sistema liberalizante da economia, das entidades administrativas independentes. Criadas na Europa e com desenvolvimento nos EUA, num contexto de crise do Estado de Bem-Estar, estas entidades administrativas independentes, têm-se revelado de importância crucial para a garantia do interesse público por um lado, e por outro, para a satisfação dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Em Portugal, em vista da adesão à U.E. e do programa de privatizações que se seguiu, também foram criados um conjunto de entidades que têm regulado os vários sectores em que se inserem.

Palavras-chave: Entidades administrativas independentes, regulação, interesse público, interesses dos cidadãos, economia

ABSTRACT

The present article seeks to outline the origin, evolution and importance in a liberalizing system of the economy of independent administrative entities. Created in Europe and with development in the USA, in a context of crisis of the Welfare State, these independent administrative entities have proved to be of crucial importance for guaranteeing the public interest on the one hand, and on the other, for the satisfaction of Legally protected interests of citizens. In Portugal, in view of joining the E.U. and the privatization program that followed, a set of entities have also been created that have regulated the various sectors in which they are inserted.

Keywords: Independent administrative entities, regulation, public interest, citizens' interests, economy

1. REGULAÇÃO ECONÓMICA: CONCEITO, IMPORTÂNCIA E EVOLUÇÃO

A defesa do interesse público impõe que se aborde o papel desempenhado pelas agências de regulação na economia, assim como a forma como os reguladores prosseguem ou não a proteção daquele interesse e como o mesmo pode ou não conflitar com os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, sabendo que a sua função decorre da maior ou menor intervenção do Estado na economia. Os reguladores independentes na esfera económica, surgiram historicamente e desenvolvem o seu espaço de intervenção tendo por base o critério de procurar suprir as “falhas de mercado” sem a intervenção direta do Estado.

Pensava-se de igual forma, ultrapassar assim, as “falhas de Estado” como as definiram nos anos 60 os teóricos da public choice (Buchanan, James. 1958; Downs, Anthony.1957; Tullock, Gordon,1958; Arrow, Kenneth.1951; Black, Duncan.1958).

A intenção era de imediato clara. Corrigindo as “falhas de mercado” e sem que o Estado interviesse promovia-se a defesa dos consumidores e dos cidadãos em geral. A regulação destinava-se assim a defender o interesse público que decorria da

correção das “falhas de mercado” e, por consequência, da estabilidade económica, o que consubstanciava a intervenção mínima do Estado.

Em termos conceptuais, a regulação, tem sido utilizada para descrever um conjunto de situações tanto do ponto de vista económico como do ponto de vista político ou social. No entanto, procurando operacionalizar o conceito, trata-se de um conjunto de regras gerais e abstratas de modo economicamente ordenado, cujo intuito é o de reforçar e controlar a livre concorrência, compreendendo um variado leque de poderes, agrupados em: (i) poderes de informação e acompanhamento, cujo objetivo é o de o regulador se inteirar das situações que caem sobre a sua alçada, acompanhando o desempenho das entidades reguladas e efetuando uma verificação prévia da informação a ser dirigida ao público; (ii) poderes normativos, ao abrigo dos quais o regulador emite regras gerais e abstratas para o sector regulado; (iii) poderes de decisão concreta, nos quais se incluem os poderes de atribuição de autorizações e licenças e manutenção de registos; (iv) poderes de fiscalização concreta, através dos quais o regulador verifica a observância do determinado; (v) poderes sancionatórios, através dos quais o regulador exerce as suas funções de prevenção e punição das violações perpetradas pelas entidades reguladas (Cordeiro, Menezes. 2006).

A regulação quando avaliada sob o prisma económico, traduz-se no conjunto das intervenções com impacto na estrutura da economia ou no comportamento das empresas no que respeita às suas decisões de preços, investimentos, qualidade ou cobertura do serviço e, bem assim, na forma como esse acesso é permitido às outras empresas, incluindo as concorrentes. Algumas das intervenções na esfera regulatória, são muitas vezes consideradas apenas como regulação social em vez de económica, em virtude da dificuldade da distinção.

Do ponto de vista da importância da regulação, ela deve-se em grande parte, à incapacidade do Estado para exercer uma intervenção direta em todos os domínios da vida económica. A transição de um Estado interventor para um estado regulador, exigiu um esforço acrescido no domínio auto regulador do mercado, e a necessidade de uma boa informação, permitiu a tomada de decisão, pela via da racionalização e da eficiência do mercado, impedindo o poder e o desenvolvimento monopolístico do sector privado e a existência de externalidades negativas. A eficiência e a racionalização do mercado que se pretende regular, decorrem essencialmente da tentativa de evitar a constituição de estruturas económicas monopolísticas, com os conhecidos desajustamentos sobre a oferta e a procura de serviços e, nos casos específicos de determinadas prestações de serviço com tendência monopolística (como a distribuição de água, por ex.), evitar o seu impacto negativo, sobretudo junto dos consumidores.

Quanto ao controlo do poder monopolístico, este decorre do facto de as empresas sempre que se encontram numa posição de monopólio natural, não evidenciarem um incentivo natural para ajustar eficientemente os preços, pelo que, a regulação pretende controlar a sua relação com o consumidor, evitando que este fique prejudicado, seja através de preços mais elevados e que se afastam dos custos subjacentes da atividade, seja pela degradação da qualidade derivada da ausência de investimento. Estes motivos, conduzem assim a regulação para a prevenção de abusos de poder das empresas que no mercado têm uma situação de monopólio.

No que respeita às externalidades, o seu impacto faz-se sentir em muitas circunstâncias, dos custos ou pela via dos benefícios resultantes da atividade

económica de empresas que prestam serviço público. Manifestando-se na poluição e implicações no ambiente de um ponto vista positivo, no evidente benefício da provisão da água e das adequadas instalações sanitárias, ou ainda das redes de transportes e comunicações. A regulação neste caso, tem a importância de avaliar o impacto das medidas positivas ou negativas que resultam de certos serviços prestados.

É sob este enquadramento iniciado nos anos 60 do século XX, que a regulação económica se concretiza numa lógica de prossecução do interesse público e como garantia da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos.

O Estado passa de gestor da “coisa” pública e interventor no mercado, para regulador, garantindo de forma indireta o interesse público ao criar instrumentos que em seu nome, mas com critérios independentes, exerciam aquelas funções. O interesse público é delimitado em cada momento pelo Estado e este, em democracia, pelos partidos que exercem o poder. Neste sentido, importa perceber que o interesse público muda em função dos interesses político-partidários dominantes e por consequência se vai ajustando a tais interesses.

Nos anos 70 e 80 século XX assistiu-se a uma intensificação da regulação por parte do Estado, associado a uma alteração do paradigma teórico materializado num estado minimalista por definição, ainda que se arrogando a prossecução da defesa do interesse público. Esta nova atuação do Estado resultava da crescente desconfiança para com a sua administração, assente no modelo keynesiano, mas sobretudo, em face da elevada politização que caracterizava os seus processos de gestão, da lentidão na organização e gestão ineficiente do património e na sua reduzida capacidade de intervenção e inovação.

A atividade reguladora que incide de forma geral sobre os agentes económicos, passa a ser executada por intermédio de uma administração assente (pelo menos teoricamente) na especialização técnica, imparcial, mas com poderes administrativos. Nos anos 90 do século XX e princípios do século XXI, acresce no que respeita à Europa, o impulso e estímulo que decorreram das políticas comunitárias nos Estados membros para a criação das entidades independentes.

Nos EUA data de cerca de 1870 a constituição das primeiras agências reguladoras para intervir no domínio dos caminhos-de-ferro. Em 1887 foi criada a primeira comissão de regulação independente federal, e em 1920, inicia-se o processo de regulação de outras indústrias públicas através da criação de instituições independentes criadas pela federação americana. No decurso do New Deal, duas novas comissões independentes são criadas, sob o impulso federal, na esfera das telecomunicações e de outras indústrias: a FCC (Federal Communications Act) e FERC (Federal Power Commission). O desenvolvimento destas entidades nos EUA, ficou a dever-se, sobretudo, ao deficiente processo judicial e legislativo no domínio do controlo económico, atribuindo-se àquelas entidades o papel de estabilização e de continuidade do processo político de regulação.

Já quanto à história das agências de regulação nos restantes países, o seu aparecimento verificou-se em, pelo menos, três períodos distintos. No Reino Unido, as agências de regulação surgiram por volta de 1980 e nos restantes países europeus, nos anos 90 e princípios do século XXI, tal como na Austrália, na Nova Zelândia.

Nos EUA o processo independente de regulação foi também subordinado ao modelo de regulação desenvolvido, fechado e associado a cada modelo judicial

existente nos estados federados. Foi este o caso do primeiro regulador federal – ICC – que era, na prática, um tribunal administrativo que adjudicava as disputas entre as partes e modelava a forma de aceitação pelo tribunal de tais disputas. Era, assim, um quase tribunal que criou enormes precedentes para o desenho e organização das entidades que a seguir vieram a ser criadas. Por outro lado, o desenho das entidades reguladoras seria diferente entre os estados federados e o estado federal, no qual o desenvolvimento da entidade reguladora foi influenciado pela emergência do papel do aparelho judicial na restrição do poder discricionário das agências. Em particular, o Administrative Procedures Act 1946 (APA), criou para as agências federais a estrutura operacional e estabilizou o processo dos tribunais federais para a revisão das decisões administrativas, tendo tido um papel importante na estruturação do processo e das atividades dos reguladores económicos atuais.

O modelo americano integrar-se-ia na Europa no início dos anos 80, onde o sistema de entidades administrativas independentes para a regulação adquiriu uma enorme importância associadas a um profundo programa de privatização do sector empresarial do estado inglês, principalmente nos domínios da eletricidade, telecomunicações, gás, água e transportes ferroviários. São os casos da OFTEL – Office of Telecommunications (1984); OFGAS – Office of Gas Supply (1986); OFFER – Office of Electricity Regulation (1989); OFWAT – Office of Water Services (1989); ORR (Office of Rail Regulator (1993).

Tomando por base o critério original desenvolvido nos EUA, criaram-se em França entidades independentes que inspirariam algumas agências reguladoras fora da área exclusivamente económica e, no Reino Unido, onde se organizaram agências com o mesmo intuito, e designadas QUANGO'S. O termo provindo da designação inicial quasi-autonomos non-governmental organisation datada do ano de 1967 e cujo objectivo era a substituição do governo na fiscalização e controle das organizações económicas privadas, e às quais se atribuía autonomia financeira e administrativa.

As inúmeras entidades desta natureza, criadas desde 1967, tiveram em termos de balanço um efeito pelo menos questionável, e tendo na base um conjunto de críticas, entre as quais a da burocracia excessiva, a existência de compadrio, corrupção e outras situações anómalas, motivo pelo qual em 2010 o governo inglês extinguiu uma parte muito significativa.

A privatização da British Telecommunications (BT) ocorreu em 1984 e, consubstanciou-se por ser um modelo para a arquitectura da regulação nos restantes sectores de actividade. O primeiro regulador independente (OFFEL) organizou-se em função da pretensão de assegurar uma competição justa de preços, e com uma estrutura independente do governo.

Diga-se, por outro lado, que a organização dos reguladores independentes no Reino Unido não seguiu o modelo organizativo dos EUA, mas procurou seguir o que existia do ponto de vista institucional do seu modelo tradicional, incluindo o modelo de autoridade da concorrência independente (OFT), assumindo a competência do governo na emissão de licenças para empresas ligadas à indústria de utilidade pública.

Nos primeiros tempos de regulação o focus principal das entidades foi, sobretudo, a tentativa de controle da posição dominante de mercado. Deste modelo resultaram importantes problemas para o desenho da regulação e para o exercício discreto do poder regulador, que não foram considerados na preparação

das privatizações. Talvez a questão mais importante que explicitamente não foi considerada no processo, terá sido a forma de valorizar o conjunto dos activos-base das empresas públicas, ficando por resolver a questão, por parte do regulador, da definição do timing da revisão de preços.

De um modo geral, no Reino Unido, as agências de regulação independentes foram desenhadas para assumir apenas uma parte do quadro jurídico e institucional da regulação dos serviços de utilidade pública, a que acresce os estatutos a atribuir no âmbito do licenciamento e as autorizações a conceder nos diferentes sectores de actividade.

Estima-se que entre 1990 e 2002, o número de reguladores na área das telecomunicações tenham passado de 20 para 120 e de cerca de 7 para 70 no que respeita aos reguladores da eletricidade. Em muitos dos países, o aumento do número de reguladores ficou a dever-se, sobretudo, às alterações tecnológicas e políticas que conduziram à privatização de muitos sectores de actividade que até aí eram considerados estratégicos para os governos.

É neste contexto que no espaço da União Europeia o sector das telecomunicações foi o primeiro a entrar no espaço da regulação, ao qual se seguiu o mercado da eletricidade, fruto das directivas comunitárias que promoveram a sua liberalização no seio dos vários Estados-membros. Em face destas alterações, vários Estados-membros criaram também entidades reguladoras independentes para organizar e controlar os novos mercados privatizados. O desenvolvimento destas entidades independentes, foi-se associando às políticas supra-nacionais comunitárias para os vários Estados-membros, na tentativa de superar os eventuais obstáculos e conflitos entre eles e, ao mesmo tempo, providenciar o controle da prestação dos respetivos serviços de utilidade pública por parte das várias empresas.

Na Austrália e na Nova Zelândia, o percurso do desenvolvimento das entidades reguladoras independentes seguiu o mesmo perfil do verificado na Europa, a partir da reestruturação dos respetivos domínios de actividade.

A metodologia adotada consubstanciou-se no recurso às fontes primárias, sobretudo a legislação produzida no âmbito da estrutura institucional e de regulação das restantes entidades locais, e secundárias, pelas quais se analisaram as várias perspectivas de especialistas nas temáticas em questão e ainda o recurso à análise estatística disponível.

A estrutura do presente artigo decorre do desenvolvimento da própria temática, começando por introduzir o conceito de regulação, a sua evolução e importância, definir os critérios de independência das entidades reguladoras, e concretizando a efectiva independência daquelas entidades, finalizando com uma análise sumária da regulação em Portugal.

2. ENTIDADES REGULADORAS: CRITÉRIOS DE INDEPENDÊNCIA

Se analisarmos o grau de independência das entidades reguladoras é possível encontrar um conjunto de critérios que permitem avaliar o seu grau de independência efectiva. Em primeiro lugar um desses critérios é o da análise dos objetivos, competências e tarefas, atribuídos à entidade reguladora. Deste critério, é possível perceber a variação do papel desempenhado pelas autoridades reguladoras

independentes nos vários Estados membros. Pese embora, o facto de a prossecução de objetivos de regulação económica ser o principal objetivo destas entidades, importa ter em atenção que também deve constar nas suas prioridades, a prossecução de objetivos sociais e/ou ambientais.

Em segundo lugar, o critério da independência é um requisito formal para a nomeação dos reguladores na maioria dos países, pelo que, por norma não estão autorizados a exercer outro cargo público no decurso do seu mandato. Em terceiro lugar, deve ter-se em atenção as regras que fazem a gestão da relação entre as entidades reguladoras independentes e o sector regulamentado, pois é possível perceber como a relação de plena concorrência entre as duas partes é interpretada na prática. Em quarto lugar, a relação entre as entidades reguladoras e as políticas mostra que, apenas em escassos casos, se define o desenho institucional das entidades reguladoras independentes de acordo com as condições relativas à autonomia financeira e organizacional ótima. Ainda assim, as autoridades reguladoras independentes conseguem usufruir de maior autonomia financeira, organizacional e decisória do que o normalmente concedido a outras instituições no contexto da hierarquia ministerial tradicional.

Para avaliar o grau de independência das autoridades reguladoras, Katja Johansen evidenciou a independência destas no contexto europeu, em comparação com os vários países onde tais entidades têm uma evidente importância (Johannsen, Katja Sander, 2003). Neste sentido, elaborou um índice no qual são comparadas quatro dimensões: 1) independência dos reguladores do governo, 2) independência das partes interessadas, 3) independência na tomada de decisões dos reguladores, e 4) autonomia organizacional.

Da análise destas quatro dimensões, conclui que é na Itália que as instâncias reguladoras apresentam um maior grau de independência, seguida pela Irlanda e Irlanda do Norte. Grécia e Áustria constituem um grupo intermédio e, Luxemburgo, Espanha e Dinamarca são os países com a menor pontuação no índice. Ainda assim, é necessário que não se atribua uma importância exagerada a este índice, pois os países alvo da avaliação mostram uma variação considerável em cada uma das quatro dimensões medidas.

Do estudo resulta também que os reguladores têm em comum características claras quanto à nomeação dos seus órgãos. Estes, tendem a ser nomeados por um período de tempo determinado, a ser inamovíveis e impedidos de exercer qualquer cargo governativo no mesmo período. Em geral, têm obrigações limitadas de prestação de contas e, de igual forma, as suas decisões não podem ser objeto de anulação pelo governo. Em suma, as autoridades reguladoras têm ainda em comum, uma série de características definidoras da sua independência. A importância destas características, advém do facto de ser relevante manifestar a capacidade da intervenção no mercado com estruturas de monopólio, evidenciando que elas não são apenas independentes teoricamente, mas que também o são na prática.

Do ponto de vista teórico, os reguladores independentes diferem de outras instituições reguladoras quanto às suas funções, à sua legitimidade, ao modo como são responsáveis perante o público e como as suas relações, tanto com a indústria regulamentada como com o governo, são organizadas. O conhecimento das características particulares de reguladores independentes é importante para perceber o seu papel na regulação de mercados liberalizados.

Importante, quanto às entidades reguladoras independentes, é a pretensão de qualificar a forma como os governos lhes delegam os poderes de decisão. Duas perspectivas teóricas têm apontado as suas análises a esta questão. A primeira é a normativa, que se preocupa em saber o motivo - a partir de um ponto de vista social- pelo qual as autoridades reguladoras independentes podem ser efetivamente importantes. A outra assenta em elementos da escolha racional e da análise do agente-principal. A questão que se coloca é saber como e em que circunstâncias, é interessante para o legislador delegar poderes às entidades reguladoras independentes.

Para os defensores da primeira é certo que a instituição de entidades reguladoras independentes sob a forma de comissões ou agências não é um fenómeno novo. Desde há mais de um século, as agências reguladoras independentes têm desempenhado um papel importante na regulação das indústrias de rede, sobretudo nos EUA e na Europa, em áreas tão diversas como na comunicação social, na concorrência, na proteção dos direitos cívicos, etc. Nas últimas duas décadas, com a liberalização das indústrias de rede europeias surgiram inúmeras agências reguladoras independentes, com incidência especial no Reino Unido, extensível depois a muitos outros países europeus (Thatcher, M. 1998; Stern, J. 1997; Majone, G. (ed.) 1996).

O principal objetivo da liberalização, foi o de conseguir preços mais baixos e maior eficiência no sector de fornecimento de energia elétrica através da concorrência, procurando eliminar as falhas de mercado e a existência de monopólios naturais neste sector. O acesso à rede de transmissão, em condições justas e iguais, era uma necessidade, para permitir o acesso a novas entidades comerciais e criar condições concorrenciais. Para além destas razões, a liberalização do mercado, ficou ainda a dever-se à necessidade de segurança do abastecimento de matérias-primas. Evitando assim que o excesso de competição num dado período temporal pudesse conduzir a uma situação de fornecimento insuficiente e à escassez de oferta, uma vez que os investidores privados exigem um elevado grau de certeza na inexistência de procura suficiente, para que possam vender os seus bens a preços superiores aos custos de produção. Esta questão tem a ver com o facto de a maioria dos produtos serem fortemente intensivos em capital, terem ativos com uma grande amplitude de vida e serem altamente específicos e não-reafectados. Tarefa regulatória importante é também a proteção dos pequenos consumidores contra a discriminação de preços, cuja preocupação é a justiça social e a redistribuição, e igualmente, a intervenção decorrente dos impactos das externalidades, no caso dos problemas tipicamente ambientais ou os que derivam de informações insuficientes e da falta de transparência no mercado (Stern, J. 1997; Olsen, O.J. 1993).

A abordagem da escolha racional tem em M. J. Horn (1995) um dos principais representantes. O seu ponto de partida é a previsão de uma situação, na qual o legislador possa decidir dar início a uma determinada política, considerando-se como sendo atores racionais que procuram favorecer certos grupos de interesse, com o intuito de ganhar o seu apoio para a reeleição. No entanto, os legisladores, têm a consciência de que a tomada de decisões não é, por si só, suficiente necessitando de se certificar de que elas são implementadas de acordo com o estabelecido. Mesmo nestas circunstâncias, existem custos que obrigam os legisladores a criar regras gerais, cuja implementação pode ser realizada por um agente que atua em seu nome, protegendo também a sua

decisão contra a interpretação errada e contra o uso das partes regulamentadas de informações privadas. Neste domínio, considera Horn a existência de quatro tipos de custos que determinam as decisões: custos de decisão (o factor tempo e outros recursos usados quando participam em processos de tomada de decisão), os custos de autorização (relacionados com a limitação do risco se houver reversão da decisão ou má aplicação pelos legisladores subsequentes), os custos de agência (relacionados com o deixar a interpretação e aplicação das decisões da organização para agentes sobre os quais não se tem controle total) e custos de incerteza (decorrentes do efeito da decisão e os custos relacionados com a implementação) (Horn, M. J. 1995).

As diferentes combinações dos fatores de custo determinam se é do interesse dos legisladores a delegação de competências aos reguladores independentes. Uma vez que a existência de diferentes tipos de pressão funcional pode dar aos políticos corruptos um aumento dos incentivos para delegar o poder de decisão aos reguladores independentes, mantendo assim os benefícios da delegação ao assumir os custos de agência que decorrem da delegação.

Para corrigir esta eventualidade recorre-se a um compromisso credível, como uma pressão funcional, que se destina a impor a delegação do poder de decisão, mostrando que os políticos se encontram tão comprometidos com a política que estão dispostos a impedir os outros e a si mesmo, de intervir para obstruir a sua implementação. Neste sentido, costumam apontar-se três tipos típicos de pressão funcional: i. A transferência de culpa; ii. A natureza técnica da regulação; e iii. Regulamento com a aplicação das políticas da UE. A transferência de culpa, ocorre quando se torna politicamente conveniente para os legisladores a delegação de competências, permitindo-lhes transferir a culpa com as decisões impopulares ou os processos de implementação infrutíferas, para o regulador independente (Thatcher, M. 1998). De igual forma, os políticos podem usar a delegação como forma de se ausentar de culpa, atribuindo a outrém (principalmente ao regulador) a culpa para o que acontece, ou eventualmente para o que não acontece.

A natureza técnica de um modelo de regulamentação também pode atuar como uma forma de pressão sobre a delegação. Por um lado, porque existem problemas efetivos com a chamada informação assimétrica que exige grande perícia do regulador e, por outro, porque quando os políticos delegam as suas competências, delegam também tarefas complicadas e aborrecidas e que não têm junto da opinião pública, impacto significativo.

Igual argumento vale para as funções de regulação, que são parte da implementação das políticas da EU, por se tratar normalmente um processo bastante complexo e que raramente dá aos políticos uma oportunidade de produzir benefícios claros para os seus eleitores (Dupuis, G. 1988).

3. REGULAÇÃO INDEPENDENTE: INDEPENDENTE?

O que faz então um regulador independente, e efetivamente independente? Esta é uma questão que, como temos vindo a analisar, depende em muito da definição que aceitarmos de reguladores independentes e do que é a independência regulamentar.

Uma definição que pode servir de contexto geral sobre o que pode entender-

se por independência regulamentar em matéria de regulação de serviços públicos, é a que considera que ela é, sobretudo, independência do controle do governo e do poder legislativo. Sublinha-se ainda que a independência não é só do governo, mas também das partes regulamentadas, afastando os arranjos corporativistas tradicionais (Dupuis, G. 1988). Alguns autores apontam o papel dos reguladores independentes no equilíbrio de interesses, fazendo com que todas as partes compreendam as regras do jogo (Stern, J. 1997; Teitgen-Colly, C. 1988). Outros ainda, evidenciam a distinção entre agências reguladoras que são verdadeiramente regulamentares e possuem poderes reais de tomada de decisão e agências que são meramente consultivas.

No contexto da distinção, os reguladores independentes devem possuir poderes de decisão exclusivos, para que possam ser verdadeiramente autoridades reguladoras. Neste sentido, as autoridades reguladoras independentes não devem produzir serviços ou executar tarefas administrativas comuns nem intervir na elaboração das políticas. Devem ter antes, o poder de estabelecer regras, podendo os reguladores independentes combinar três funções que normalmente se encontram separada: A definição de regras, as regras de aplicação e o contencioso (Colliard, C. A. and G. Timsit (Eds.) 1988).

W. Smith define a independência dos reguladores a partir de três elementos: i. A existência de uma relação de plena concorrência com as empresas reguladas, os consumidores e outros interesses; ii. A existência de uma relação de plena concorrência com as autoridades políticas; e, iii. A verificação de atributos de autonomia organizacional (como o financiamento destinado e a existência de regras salariais da função pública restritivas) necessários para promover a especialização e para sustentar essas relações puramente comerciais (1997).

Este ponto de vista tem a vantagem de enfatizar, quer a independência formal em termos das suas medidas de curto prazo com as autoridades e os actores políticos, quer as premissas organizacionais que conduzam à independência e autonomia organizacional.

A regulação independente, apresenta contudo, graus de independência maior ou menor, em função da verificação ou não de determinados factores, como sejam, a captura da agência e a assimetria de informações, a prestação de contas, a legitimidade e imparcialidade, o equilíbrio entre a independência regulamentar e o quadro institucional específico da entidade independente.

No que respeita à agência de captura e à informação assimétrica, vários são os autores que consideram que os reguladores independentes são vulneráveis no que se relaciona com a existência de estruturas muito rígidas, quer em virtude da especialização técnica das entidades reguladoras, conduzindo a um limitado volume de negócios em equipa, quer porque as autoridades reguladoras sectoriais independentes, em geral, são mais propensas a conseguir igualar o conhecimento especializado da indústria regulamentada e a limitar o problema da assimetria de informação (Mitnick, B. 1980; Majone, G. (ed.) 1996).

No que respeita à prestação de contas, uma das questões que se coloca é a de que ninguém controla os reguladores completamente, mas ainda assim, têm de cooperar com vários actores, incluindo as instituições governamentais e o sector regulamentado. Isto significa que independência e responsabilidade não são conceitos totalmente incompatíveis. Entre o que pode considerar-se como fontes de prestação de

contas, está a legislação inequívoca, que limita o critério do regulador, a existência de um mecanismo de recurso e de regras formais que implicam o uso de procedimentos justos e aceitáveis, assim como a justificação dos seus métodos e decisões (Johannsen, Katja Sander. 2003; Graham, C. 1998; Stern, J. 1997; Stern, J. and S. Holder. 1998; Majone, G. (ed.) 1996; Thatcher, M. 1998; Scott and C. Hood. 2000).

A legitimidade e a imparcialidade dos reguladores é o terceiro aspecto a ter em conta. Neste caso, ainda que eles tenham de proceder a uma rigorosa prestação de contas, não deixa de existir um défice de legitimidade democrática, que decorre da eleição popular. Motivo pelo qual alguns teóricos têm apontado aos reguladores independentes uma situação de anomalia constitucional (Majone, G. (ed.) 1996; Colliard, C.-A. and G. Timsit (Eds.). 1988). Por outro lado, a imparcialidade coloca-se sobretudo ao considerar que os reguladores independentes foram criados para tomar decisões racionais e promover o equilíbrio entre interesses divergentes, favorecendo o bem comum e o interesse público. No entanto, alguns autores têm justificado a inexistência de interesse público por parte das entidades reguladoras independentes (Mitnick, B. 1980) apontando a ingenuidade daqueles que assim o possam pensar.

Continua ainda hoje a servir de argumento para defesa das entidades independentes, a consideração de que elas promovem o interesse público, principalmente, porque a reputação da sua racionalidade, equidade e imparcialidade, é muito importante para os peritos, se comparado com a dos políticos (cujo percurso no exercício do poder tende a ser mais curto). Os especialistas têm mais a perder com uma reputação duvidosa sendo menos propensos a enganar, porque é do seu próprio interesse a protecção da sua reputação (Milgrom, P. and J. Roberts. 1992).

Em síntese, podemos aceitar que as entidades administrativas independentes, são efectivamente independentes, desde que consigam implementar os critérios de independência, accountability, previsibilidade, clareza de funções, integridade e clareza de regras, proporcionalidade, poder, características institucionais apropriadas.

A independência significa que as entidades administrativas independentes podem e devem, nos termos da lei, ser livres de tomar decisões na esfera das suas competências e autoridade, sem necessidade de obstrução prévia de autorização de outra entidade oficial ou agência governamental.

A accountability decorre da necessidade da assumpção da responsabilidade das suas ações por parte dos reguladores, tendo de sujeitar-se a algumas regras, como sejam a garantia do direito de recurso das partes envolvidas, contra decisões da agência contrários à lei, tanto na substância como no processo, declarações substantivas e obrigatoriedade de autoria da entidade administrativa, revisão de supervisão ou desempenho, através de avaliações e audiências, obrigações éticas e processuais de transparência, transparência e participação. Todo o processo de regulação deve ainda, ser justo, imparcial e aberto à participação pública. Para além disso, todos os documentos e informações utilizados na tomada de decisão devem estar disponíveis para análise pública e todas as decisões devem estar consubstanciadas em documentos escritos acessíveis ao público.

A previsibilidade, decorre da necessidade de o sistema de regulação transmitir, de forma razoável, a certeza de que os seus princípios e regras serão seguidos no quadro regulamentar e as eventuais alterações devem apresentar-se

precedidas de aviso público e com possibilidade de consulta e, dentro do possível, aplicadas gradualmente.

A clareza das funções diz respeito à definição clara e criteriosa na lei e de forma similar com os papéis das outras agências sectoriais, de modo a evitar a duplicação de funções, os conflitos interagências, a confusão de sinais para os stakeholders e a confusão de políticas.

A integridade e clareza de regras é vista como o conjunto da informação a fornecer a todas as partes interessadas, através das leis e das regras ao dispor da entidade administrativa independente, de forma clara, completa e com a antecedência suficiente.

A proporcionalidade refere-se à intervenção da entidade no respectivo sector, a qual deve ser proporcional aos desafios, devendo ser a mínima necessária para resolver os problemas, devendo os custos de intervenção ser inferiores aos resultados esperados.

O poder da entidade administrativa independente, é importante para que possa desempenhar a sua missão, incluindo a autoridade para definir tarefas para as entidades regulamentadas, estabelecer, modificar e monitorizar regras de mercado e qualidade, responder aos problemas do mercado e do projecto de mercado, realizar funções administrativas normais, investigar, julgar ou mediar reclamações dos consumidores.

As características institucionais apropriadas permitem que as entidades administrativas possam realizar, de forma profissional, com competência e rigor, um conjunto de ações entre as quais, um orçamento com fontes de receita confiável, independente e adequada, o recurso a consultores externos quando necessário, tomada de decisão sustentada por um conselho constituído por 3 a 5 pessoas e com origem profissional diversa.

Finalmente, a integridade implica que as regras que regulam o comportamento dos decisores devem estar em vigor para impedir irregularidades ou comportamento impróprio. As regras devem, entre outras, ser as seguintes: proibição de recebimento de subornos e gratificações de qualquer natureza; proibição de todo e qualquer conflito de interesse; proibição contra qualquer forma de tratamento preferencial; divulgação de interesses financeiros; proibição do uso de informações privilegiadas para usos pessoais (Brown, A. C., Stern, J. et al. 2006).

4. A REGULAÇÃO ECONÓMICA EM PORTUGAL

No que se refere à realidade portuguesa, esta apresenta-se hoje com um conjunto de entidades administrativas independentes, cujo intuito é a garantia deliberada e consciente para promover o interesse público e, substituir o Estado na sua acção fiscalizadora, na medida em que este não tem capacidade efectiva para assumir as suas responsabilidades nesta matéria. É dominante neste tema a teoria do interesse público na esfera da regulação.

Na década de 80 surgem em Portugal as primeiras agências de regulação. A intenção era a de substituir o Estado ao nível das políticas macroeconómicas necessárias em vista da privatização de vários sectores da economia nacional, da europeização das políticas públicas e do crescimento de formas indirectas de intervenção do Estado.

A regulação, no domínio das privatizações, é antes de mais, um método de controlo das novas entidades privadas por parte de entidades administrativas independentes.

Na esfera das políticas públicas, principalmente no quadro da política da U.E, a regulação serve para sustentar as políticas que promovem e suportam a dimensão da privatização europeia e as relações concorrenciais que daí obrigatoriamente decorrem, quer através de acções concretas levadas a cabo pelos órgãos comunitários, quer pela coordenação entre estes órgãos e os órgãos nacionais. Importa ainda, no domínio do tema, perceber o contexto que diz respeito ao interesse público e à protecção dos interesses protegidos dos cidadãos pelas entidades reguladoras.

Um vasto conjunto de agências de regulação, que assumem as suas funções ligadas aos sectores de atividade do mercado, têm vindo a concretizar-se na economia nacional. Tais entidades variam entre a área da energia, água, capitais, comunicações, comunicação social, medicamentos e saúde, alimentação, construção civil e imobiliário, transportes terrestres, aviação civil, seguros e economia.

Da análise dos respectivos estatutos, percebe-se que todos contemplam como obrigação, a defesa dos interesses protegidos dos cidadãos e a prossecução do interesse público.

A ERSAR (Entidade Reguladora do Sector das Águas e Resíduos) (Lei n.º 10/2014, de 26 de Março), nos termos dos seus estatutos, é uma entidade independente no exercício das suas funções, não se encontrando sujeita a superintendência ou tutela governamental – n.º 1 do art.º 2.º e art. 49.º - e prossegue como missão “fiscalizar o cumprimento pelas entidades titulares e gestores das disposições legais regulamentares e contratuais aplicáveis Garantindo o interesse público e a legalidade” – al. a) do n.º 4 do art.º 5.º

Do ponto de vista da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, a ERSAR tem por obrigação “(...) garantir o direito de acesso à informação a todos os utilizadores” - al. a) n.º 5 do art.º 5.º e art.º 13.º-

A ERSE (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos) assume também a sua independência enquanto entidade administrativa nos termos dos seus estatutos – n.º 1 art.º 1.º e n.º 2 do art.º 2.º e n.º 2 do art. 30.º - (Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho).

Por sua vez, a ERC (Entidade Reguladora para a Comunicação Social) releva a sua independência nos termos dos arts. 4.º e 18.º dos estatutos (Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro), assumindo por outro lado, a “garantia do respeito pelos direitos, liberdades e garantias”, al. d) do art. 8.º e ainda pretende promover a “protecção dos direitos, liberdades e garantias pessoais” – al. a) do n.º 3 do art.º 24.

A ANACOM (Autoridade Nacional da Comunicação), é uma entidade administrativa independente – n.º 1 do art. 1.º e art.º 5.º -e de forma expressa nos seus estatutos (Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de Março) - al. m) do n.º 1 do art.º 8.º, pretende “proteger os direitos e interesses dos consumidores e demais utilizadores finais”.

A AdC (Autoridade da Concorrência), caracteriza-se por ser uma entidade administrativa independente (Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto) -n.º 1 do art.º 1- com autonomia administrativa, financeira, de gestão, patrimonial, funcional, técnica e orgânica - n.º 2 do art. 1.º. E, a sua missão é assegurar “(...) os interesses dos consumidores” - n.º 3 do art.º 1.º -, reforçado este papel nos termos do art. 47.º, segundo o qual incumbe à AdC a “adequada promoção da defesa dos serviços de interesse geral e da protecção dos direitos e interesses dos consumidores”.

Todas as entidades reguladoras existentes em Portugal têm no seu âmbito funcional a incumbência legal de proteção dos interesses dos cidadãos, em vista do constitucionalmente estipulado, garantindo a necessidade de promover o interesse público.

Acresce que a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto - Lei-quadro das entidades administrativas independentes, com funções de regulação da atividade económica dos sectores privado, público e cooperativo - pretende uniformizar a intervenção reguladora em Portugal. Foi pelas circunstâncias internas - crise económico-financeira – e pela intervenção externa, que a regulação assumiu um avanço significativo, sustentada pela obrigação da privatização intensa da parte remanescente da intervenção do Estado na economia, e com implicações diretas na vida dos cidadãos. Tal acréscimo de regulação, contribuiu de forma principal ou suplectiva, para promover a salvaguarda do interesse público e do interesse e direitos dos cidadãos. Nos termos da Lei-quadro, reconhece-se a existência das entidades reguladoras discriminadas no art.º 3.º - Instituto Seguros de Portugal, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, Autoridade da Concorrência, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Autoridade Nacional de Aviação Civil, o Instituto da Mobilidade e dos Transportes, Entidade Reguladora dos Serviços da Água e Resíduos e a Entidade Reguladora da Saúde- (A Lei-quadro, deixa de fora um conjunto vasto de entidades que até à sua entrada em vigor eram reconhecidas como entidades reguladoras, diminuindo por esta via o número de entidades em funcionamento no mercado nacional, passando a reconhecer como tal, apenas as que expressamente cita no seu artigo 3.º. Ficam ainda de fora da vigência da Lei, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social e o Banco de Portugal, nos termos do n.º 4 do art.º 1.).

Mantém ainda como requisito fundamental das entidades reguladoras, a garantia da proteção dos direitos e interesses dos consumidores – art. f) do n.º 4 do art.º 3.º - e, ao mesmo tempo, a sua criação decorre, entre outras, da necessidade efetiva e interesse público na criação de uma nova pessoa coletiva para prossecução dos objetivos visados – al. a) do n.º 3 do art.º 6.º-.

Especificamente, as entidades reguladoras estão incumbidas de promover a “defesa dos serviços de interesse geral e de proteção dos direitos e interesses dos consumidores nas áreas de atividade económica sobre a qual incide a respectiva atuação” – n.º 1 do art. 47.º -, e nesta intenção devem assumir o princípio da transparência – art. 48.º- e prestação da informação – art.º 49.º-.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As entidades administrativas independentes têm, em conclusão, apresentado um conjunto global de competências que se destinam a garantir a satisfação do interesse público, assegurando ao mesmo tempo, a coordenação do mercado, a estabilidade económica e a proteção dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos e dos consumidores. Para que tudo isto se tornasse possível, impôs-se desde o início, um conjunto de critérios que pudessem garantir a sua independência, quer em face do Estado que as criou, quer em face do mercado que tem de regular. Para garantia do interesse público e satisfação dos interesses legalmente

protegidos dos cidadãos. Nestes termos, os critérios para garantia dos objetivos das entidades administrativas independentes, seriam a clareza de regras e objetivos, a autonomia, a participação, a accountability, a transparência e a previsibilidade (Stern, J. & Cubbin, J. 2003). Alcançando estes critérios, seria possível às entidades administrativas independentes alcançar também um elevado grau de independência e obter assim os resultados esperados.

Da evolução histórica mais recente destas entidades destaca-se a sua criação pelo Estado, em face da dinâmica de privatizações ocorridas nos finais dos anos 70 do século XX, em plena crise do Estado de Bem-Estar, com o intuito de controlar as novas condições de mercado, garantindo ao mesmo tempo, condições concorrenciais para a economia, num mercado que se pretendia liberalizado.

O mercado português, por força da adesão à U.E. em meados dos anos 80 do século XX, e pela implementação de um programa de privatizações de vários sectores de atividade, também recorreu à criação de um conjunto de entidades administrativas independentes, que de uma forma geral têm procurado a regulação dos vários sectores, com independência, ainda que questionada em alguns momentos e aspetos, procurando na maior parte das vezes a promoção do interesse público e dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROW, Kenneth - **Social Choice and Individual Values**. New York: John Wiley and Sons, 1951.

BAUMOL, W. J. - **Payment by Performance in the Rail Passenger Transportation: An Innovation in Amtrak's Operation**. Bell Journal of Economics, 1975.

Superfainness: Applications and Theory, Cambridge, MA: MIT Press, 1986.

BECKER, G. S. - **A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence**. Quarterly Journal of Economics, 1983

BLACK, Duncan - **The Theory of Committees and Elections**. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

BUCHANAN, James - **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Indianapolis, 1958.

COLLIARD, C. A. and G. Timsit (Eds.) - **Les Autorités Administratives Indépendantes**. Paris: PUF, 1988.

CORDEIRO, Menezes - **Manual de Direito Bancário**. Coimbra: Almedina, 3.^a Edição

DECKER, Christopher - **Modern Economic Regulation. An Introduction to the Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DEMARIGNY, F - **Independent administrative authorities in France and the case of the French Council for Competition**, in, 1999.

DOUCET, J. and Littlechild, S. - **Negotiated Settlements and the National Energy Board in Canada**. Energy Policy, 2009.

DOWNS, Anthony - **An Economic Theory of Democracy**. New York: Harper and Bros, 1957.

DUPUIS, G. - **Introduction**. in Colliard, C.- A. and G. Timsit (Eds.), Les Autorités Administratives Indépendantes. Paris: PUF, 1988.

GOLDBERG, V. P. - **Regulation and Administered Contracts**. Bell Journal of Economics.

GÓMEZ-IBAÑEZ, J. A. - **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts and Discretion**. Cambridge, M. A.: Harvard University Press, 2003.

HELM, D. and Yarron, G. - **The Assessment: The Regulation of Utilities**, Oxford Review of Economic Policy, 1988.

HELM, D. - **Whither Water Regulation?**. Unpublished Discussion Paper, 2003.

HORN, M.J. - **The Political Economy of Public Administration – Institutional Choice in the Public Sector**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

JOHANNSEN, Katja Sander - **Regulatory Independence in Theory and Practice – a Survey of Independent Energy Regulators in Eight European Countries**. AKF Forlaget, 2003.

KAHN, A. E. - **The Economics of Regulation: Principles and Institutions**. Cambridge, MA: MIT Press, 1971.

MAJONE, G. (ed.) - **Regulating Europe**. London and New York: Routledge, 1999.

MILGROM, P. and J. Roberts - **Economics, Organization and Management**. New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliff. 1992.

MITNICK, B. - **The Political Economy of Regulation**. New York: Columbia University Press, 198.

NISKANNEN, W. A. - **Bureaucracy and Representative Government**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1971.

OLSEN, O.J. - **Regulation of public utilities: Telecommunication, public transport and energy.** DJØFs Forlag, Copenhagen, 1993.

PELTZMAN, S. - **Pricing in Public and Private Enterprises: Electric Utilities in the USA.** *Journal of Law and Economics*, 1971.

The Economic Theory of Regulation After a Decade of Desregulation. Bookings Papers: Microeconomics, 1989.

POSNER, Richard A. - **Naturel Monopoly and its Regulation.** Stanford Law Review, 1969.

Taxation by Regulation. Bell Journal of Economics and Management Science, 1971.

SCHERER, F. M - **Industrial Market Structure and Economic Performance,** 2nd. Chicago: Rand McNally College Publishing Company, 1980.

SCHMALENSEE, R. - **The Control of Natural Monopolies.** Lexington, MA: Lexington Books, 1979.

SCOTT and C. Hood. - **Telecommunications Regulation.** London and New York: Routledge, 2000.

STERN, J. - **Effective Utility Regulation and Independent Regulation: What makes an Independent Regulator Independent?** Business Strategy Review, June, 1997.

STIGLER, G. J. - **The Theory of Economic Regulation.** Bell Journal of Economics and Management Science, 2. 1972.

STIGLER, G. J., and C. Friedland - **What can Regulators Regulate? The Case of Electricity.** *Journal of Law and Economics*, 1962.

TEITGEN-COLLY, C. - **Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution.** In Colliard, C. A. and G. Timsit (eds.). Les Autorités Administratives Indépendantes. Paris: PUF, 1988.

THATCHER, M. - **Institutions, Regulation, and Change: New Regulatory Agencies in the British Privatized Utilities.** London: West European Politics, vol. 21, n. ° 1, 1988.

TULLOCK, Gordon - **A Genreal Theory of Politics.** University of Virginia, privately circulated.

WANG, Z. - **Settling Utility Rate Cases: An Alternative Ratemaking Procedure.**
Journal of Regulatory Economics, 2004

WILLIAMSON, O. E. - **The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations.** American Economic Review, 1971.

Artigo recebido em: 11/02/2017

Artigo aceito em: 25/06/2018

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

NORMAS DE SUBMISSÃO

Os textos devem ser submetidos gratuitamente na página eletrônica da Revista após o cadastro como “AUTOR” (<http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/user/register>) seguindo-se os passos de submissão. Em caso de dificuldades, enviar e-mail para: foz.revistadireito@unioeste.br.

A Revista Direito Sem Fronteiras não cobra taxas de submissão de artigo ou taxas de processamento de artigo.

A Revista Direito Sem Fronteiras Direito publica artigos originais de pesquisadores Doutores ou Doutores acompanhados de coautor com titulação mínima de bacharel, das áreas de Direito Ambiental; Direito e Sustentabilidade; Direito Constitucional; Direito e Democracia; Direito Econômico; Direito Internacional; Direito e Transnacionalidade; que pesquisam temas na perspectiva dos descritos na revista.

Traduções somente serão aceitas caso o texto seja inédito no Brasil e o tradutor se assegure como coautor do texto.

PROCESSO DE AVALIAÇÃO

Os artigos submetidos pelo site da Revista passarão por duas fases de avaliação: a primeira fase será realizada pela Equipe Editorial e se destina à verificação do cumprimento das Diretrizes para Autores disponíveis no site da Revista; em caso de aprovação na primeira fase, o artigo será encaminhado para a avaliação cega por pares, sendo essa avaliação a segunda fase.

Na segunda fase – avaliação cega por pares – o artigo poderá ser aprovado, aprovado com correções obrigatórias ou rejeitado.

Em todos os casos a decisão editorial e as avaliações serão enviadas por email ao autor – em caso de coautoria, ao coautor que se cadastrou na submissão como contato principal. No caso de aprovação com correções obrigatórias, o autor terá 5 dias úteis para enviar pelo sistema da Revista a versão corrigida do artigo, que passará por conferência da Equipe Editorial.

DETECÇÃO DE PLÁGIO

Todos os artigos submetidos à Revista serão previamente analisados por detectores eletrônicos de plágio. Os artigos reprovados pelo detector serão minuciosamente analisados pela Equipe Editorial e, quando for o caso, a Equipe solicitará informações adicionais ao autor. Caso o plágio seja confirmado pela Equipe Editorial da Revista, o artigo será sumariamente rejeitado.

PREENCHIMENTO DOS METADADOS DA SUBMISSÃO

O nome completo, endereço de email, a afiliação e o resumo da biografia a de todos os autores do artigo deverão ser informados com a grafia correta na inserção de metadados durante o processo de submissão.

A afiliação é o vínculo atual do autor, devendo-se informar o nome completo e a sigla da instituição, bem como cidade, estado e país desta.

No campo “Resumo da Biografia” de cada autor, deve-se informar a titulação em ordem decrescente e a respectiva instituição de obtenção, indicando ainda a sigla da instituição entre parênteses. Após, deve-se informar a afiliação.

Ex.: Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Foz do Iguaçu-PR, Brasil. Professor da graduação em Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Foz do Iguaçu-PR, Brasil. Não é permitido mencionar publicações do autor no “Resumo da Biografia”.

Ao final do “Resumo da Biografia”, deve-se fornecer o link para o currículo Lattes de cada autor.

Caso os metadados não sejam preenchidos corretamente, o autor será notificado para corrigi-los em 02 dias úteis, sob pena de rejeição do artigo.

Solicita-se que, antes de transferir o trabalho, sejam retirados do texto os dados de identificação do(s) autor(es), bem como sejam apagadas as identificações em “Arquivo/Propriedades/Resumo” do Word, de forma que a avaliação seja cega (sistema de duplo cego ou *Double Blind Peer Review*).

PESQUISAS FINANCIADAS

Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento devem ser devidamente identificados por nota de rodapé inserida no título do artigo, especificando-se o órgão de fomento e o edital.

PRIORIDADE DE PUBLICAÇÃO

Os seguintes artigos terão prioridade de publicação:

- Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento,
- Artigos escritos em coautoria com professor vinculado a IES estrangeira.
- Artigos escritos em coautoria com professor permanente de Programa de IES de diferente unidade da federação.

OBSERVÂNCIA DAS DIRETRIZES PARA AUTORES

O Conselho Editorial e a Equipe Editorial reservam-se o direito, em pré-avaliação ou pós-avaliação, de apontar correções e complementações necessárias nos trabalhos recebidos, devolvendo-os aos autores para sua devida adequação às normas da Revista. Depois do *check list*, da pré-avaliação da Equipe Editorial, se aprovados, os textos seguem para avaliadores externos.

Todos os textos avaliados que tiverem indicação de correções obrigatórias, apontadas em parecer e/ou comentários, deverão ser revistos pelos autores e devolvidos para nova avaliação pela Equipe Editorial em um prazo de 05 (cinco) dias úteis.

APRESENTAÇÃO GRÁFICA DOS TEXTOS

Os textos devem ser submetidos em formato Word, tamanho A4, orientação “retrato”, fonte 12, Times New Roman, em espaço 1,5 com as seguintes margens: superior e esquerda de 3,0cm e direita e inferior de 2,0cm.

A primeira linha de cada parágrafo deve ter espaço de 1,5cm em relação à margem esquerda.

As citações com mais de 03 linhas devem ter recuo em 4,0cm, fonte 10, espaço entre linhas simples.

Na editoração os textos receberão diagramação no padrão gráfico da Revista. Tabelas, formulários, gráficos e desenhos não podem ocupar mais de 25% do total do texto, devendo ser numerados com algarismos arábicos e referenciados conforme as regras da ABNT.

Os artigos deverão ter o mínimo de 15 e o máximo de 25 laudas (aproximadamente entre 40.000 e 60.000 caracteres com espaços). Textos maiores poderão ser autorizados, a partir da avaliação da Comissão Editorial, e o registro dessa solicitação deverá ser feito como observação na submissão.

Todos os textos devem ser postados corrigidos. A Revista Direito Sem Fronteiras se reserva o direito de efetuar nos textos originalmente enviados alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical para manter o padrão culto da língua sem, entretanto, interferir no estilo dos autores.

UTILIZAÇÃO DE IMAGENS EM ARTIGOS

As imagens utilizadas nos artigos deverão ser inseridas no corpo do texto e também submetidas individualmente como “Documentos Suplementares” no processo de submissão.

O formato para submissão como documento suplementar deverá ser “.jpeg” e a imagem deverá ter alta resolução. Além da imagem, o autor deverá enviar por meio dos “Documentos Suplementares” a autorização de uso daquela.

No caso de imagens sem a resolução exigida, o autor será notificado para fornecer nova imagem em 02 dias úteis. Se a nova imagem não for fornecida e a ausência desta prejudicar o conteúdo do texto, o artigo será rejeitado pelo Conselho Editorial e/ou pela Equipe Editorial.

Caso a autorização de uso não seja enviada por meio dos documentos suplementares, o autor será notificado para fornecer a autorização em 02 dias úteis. Se a autorização não for fornecida e a ausência da imagem prejudicar o conteúdo do texto, o artigo será rejeitado pelo Conselho Editorial e/ou pela Equipe Editorial.

EXIGÊNCIAS PARA OS ARTIGOS

Autor: o autor deverá possuir a titulação de Mestre ou Doutor.

Coautoria: O artigo poderá ter no máximo três coautores, sendo que um deles deverá possuir a titulação de Mestre ou Doutor. Os demais coautores devem ter a titulação mínima de bacharel.

Título: o título deverá conter no máximo 8 palavras e ser apresentado em português/inglês. Para artigos em espanhol, o título deverá ser apresentado em espanhol/inglês. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexactidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Formatação de títulos e subtítulos: título do artigo (centralizado, caixa alta, negrito); título em inglês (centralizado, caixa alta, itálico, negrito); 1 seção primária (alinhada à esquerda, caixa alta, negrito); 1.1 seção secundária (alinhada à esquerda, caixa baixa, negrito); 1.1.1 seção terciária (alinhada à esquerda, caixa baixa, itálico); 1.1.1.1 seção quaternária (alinhada à esquerda, caixa baixa, itálico, negrito); 1.1.1.1.1 seção quinária (alinhada à esquerda, caixa baixa, sem negrito, sem itálico).

Resumo: os artigos devem vir acompanhados de um resumo bilingue (português/inglês ou espanhol/inglês), de mesmo teor, apresentando com clareza e concisão: o tema do trabalho; os objetivos; a metodologia utilizada; as conclusões. Exige-se que o resumo tenha necessariamente entre 150 e 200 palavras. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Palavras-chave: em número mínimo de 03 e máximo de 05 palavras e separadas por ponto e vírgula, indicam o conteúdo do artigo e devem ser escolhidas, preferencialmente, em catálogo de vocabulário controlado, se houver tesouro na área do tema. As palavras-chave devem ser apresentadas em português/inglês. Para os textos em espanhol, as palavras-chave devem ser apresentadas em espanhol/inglês. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Estrutura dos artigos: os artigos devem respeitar a seguinte sequência: título; título traduzido para inglês; resumo; palavras-chave; abstract; keywords; introdução; texto com subtítulos e notas de rodapé; conclusão e referências.

Observações: não utilizar tradução automática da Web para título, resumo e palavras-chave. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição; não numerar a introdução, a conclusão e as referências. Os demais títulos devem utilizar numeração sequencial em algarismos indo-arábicos; as notas de rodapé servem apenas para notas explicativas sucintas e não se destinam à apresentação de referências. As notas de rodapé devem utilizar numeração sequencial em algarismos indo-arábicos; todas as referências no corpo do texto devem adotar o sistema autor-data da ABNT. Ex.: (FIORILLO, 2013, p. 25).

Referências: as referências devem ser dispostas em ordem alfabética pelo SOBRENOME do primeiro autor, no nal do artigo e seguir as normas da ABNT. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido mencionados no texto são da responsabilidade dos autores.

As obras utilizadas para a elaboração do trabalho devem ser nacionais e estrangeiras, representativas na temática escolhida e atualizadas. A ausência de obras estrangeiras, a desatualização e a não-representatividade das obras utilizadas poderão ensejar a rejeição do artigo por decisão dos avaliadores e/ou da Equipe Editorial.

DIREITO DE RECURSO DAS DECISÕES EDITORIAIS

Aos autores fica assegurado o direito de recurso de todas as decisões editoriais. O recurso deverá ser enviado para o e-mail da Revista com a identificação completa do artigo (número da submissão e título completo) e dos autores, fundamentação recursal e demais documentos pertinentes.

A decisão do recurso será encaminhada ao recorrente em até 7 (sete) dias úteis.

Dúvidas e contato podem ser realizados por meio do e-mail: foz.revistadireito@unioeste.br ou pelo telefone (45) 3576-8175.