

Gabriel Ferreira da Fonseca
João Vitor de Souza Alves
(Orgs.)

DIREITOS SOCIAIS & INTERDISCIPLINARIDADE

Reflexões sobre saúde,
moradia, educação e
trabalho no Brasil





Há relativo consenso acerca da importância da interdisciplinaridade nas pesquisas voltadas à compreensão dos direitos sociais, como os direitos à saúde, moradia, educação e trabalho. A complexidade da sua efetivação, especialmente em países marcados de forma tão profunda por exclusões e desigualdades, como o Brasil, parece indicar que apenas esforços conjuntos de diferentes perspectivas disciplinares podem dar conta de forma adequada dessa realidade. Enquanto valor abstrato, o ideal da interdisciplinaridade é bastante agregador. As divergências costumam aparecer no plano operacional. Afinal, como executar pesquisas de caráter interdisciplinar? É possível realizá-las sem cairmos em enciclopedismos ou ecletismos teóricos, tão comuns em nossa tradição jurídica? Em síntese, como estabelecer diálogos entre diferentes disciplinas de modo a potencializar a produção de novos conhecimentos científicos em torno dos direitos sociais no Brasil? As respostas à provocação dos organizadores da obra seguiram caminhos variados. Com liberdade e inventividade, os autores e as autoras mobilizaram diferentes áreas do saber, perspectivas teórico-metodológicas e fontes de dados e evidências. O resultado é uma obra com trabalhos inovadores sobre variados problemas sociais brasileiros.



Direitos Sociais e Interdisciplinaridade



Comitê Editorial da Série

Filosofia & Interdisciplinaridade

- **Agnaldo Cuoco Portugal**, UNB, Brasil
- **Alexandre Franco Sá**, Universidade de Coimbra, Portugal
- **Christian Iber**, Alemanha
- **Claudio Gonçalves de Almeida**, PUCRS, Brasil
- **Cleide Calgato**, UCS, Brasil
- **Danilo Marcondes Souza Filho**, PUCRJ, Brasil
- **Danilo Vaz C. R. M. Costa**, UNICAP/PE, Brasil
- **Delamar José Volpato Dutra**, UFSC, Brasil
- **Draiton Gonzaga de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Eduardo Luft**, PUCRS, Brasil
- **Ernilo Jacob Stein**, PUCRS, Brasil
- **Felipe de Matos Muller**, UFSC, Brasil
- **Jean-François Kervégan**, Université Paris I, França
- **João F. Hobuss**, UFPEL, Brasil
- **José Pinheiro Pertille**, UFRGS, Brasil
- **Karl Heinz Efken**, UNICAP/PE, Brasil
- **Konrad Utz**, UFC, Brasil
- **Lauro Valentim Stoll Nardi**, UFRGS, Brasil
- **Marcia Andrea Buhning**, PUCRS, Brasil
- **Michael Quante**, Westfälische Wilhelms-Universität, Alemanha
- **Miguel Giusti**, PUCP, Peru
- **Norman Roland Madarasz**, PUCRS, Brasil
- **Nythamar H. F. de Oliveira Jr.**, PUCRS, Brasil
- **Reynner Franco**, Universidade de Salamanca, Espanha
- **Ricardo Timm de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Robert Brandom**, University of Pittsburgh, EUA
- **Roberto Hofmeister Pich**, PUCRS, Brasil
- **Tarcílio Ciotta**, UNIOESTE, Brasil
- **Thadeu Weber**, PUCRS, Brasil

Direitos Sociais e Interdisciplinaridade

Reflexões sobre saúde, moradia, educação e trabalho no Brasil

Organizadores

Gabriel Ferreira da Fonseca
João Vitor de Souza Alves



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

Imagem de Capa: Favela - Candido Portinari. FCO: 2102; CR: 4185; DATA: 1957; Técnica: Paineis a óleo / tela;
Dimensões: 46 x 55 cm. Direito de reprodução gentilmente cedido por João Candido Portinari.

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

FONSECA, Gabriel Ferreira da; ALVES, João Vitor de Souza (Orgs.)

Direitos sociais e interdisciplinaridade: reflexões sobre saúde, moradia, educação e trabalho no Brasil [recurso eletrônico] / Gabriel Ferreira da Fonseca; João Vitor de Souza Alves (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

580 p.

ISBN - 978-65-5917-238-2

DOI - 10.22350/9786559172382

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos Sociais; 2. Interdisciplinaridade; 3. Saúde; 4. Moradia; 5. Educação; 6. Trabalho; 7. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Agradecimentos

Gabriel Ferreira da Fonseca

João Vitor de Souza Alves

As contribuições reunidas nesta obra coletiva resultam do diálogo acadêmico entre pesquisadores(as) de diversas instituições de ensino superior e da colaboração entre múltiplos grupos e redes de pesquisa, cursos e programas de graduação e pós-graduação, nacionais e internacionais. Alguns trabalhos contaram, ainda, com o suporte da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), *Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD)* e *Ford Institute for Human Security*.

Participam deste volume professores(as) e pesquisadores(as) vinculados(as) a programas de pós-graduação (mestrado e doutorado) das seguintes instituições: Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter (Direito), Universidade de Pittsburgh (Administração Pública), Universidade de São Paulo – USP (Direito, Design, Arquitetura e Urbanismo), Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (Direito) e Universidade Federal da Bahia – UFBA (Direito).

A obra conta também com contribuições de professores(as) e pesquisadores(as) associados(as) aos cursos de graduação e especialização em Direito das seguintes instituições de ensino superior: Centro Universitário de Salvador, Centro Universitário Estácio da Bahia, Faculdade Baiana de

Direito, UFBA, Universidade do Estado do Mato Grosso, UniRitter, UNISINOS, Universidade Presbiteriana Mackenzie e USP.

Os organizadores e alguns dos autores e autoras desta obra integram a rede de pesquisa *Law and Social Systems*, que reúne principalmente sociólogos(as) do direito interessados(as) na teoria dos sistemas sociais. No entanto, o volume também congrega trabalhos que promovem reflexões a partir de outras perspectivas disciplinares e teóricas, contribuindo, assim, para uma abordagem plural dos desafios à efetivação dos direitos sociais no Brasil.

Agradecemos, portanto, aos(às) pesquisadores(as), grupos, redes, agências de fomento à pesquisa, programas de pós-graduação e instituições de ensino que tornaram possível a realização de cada um dos trabalhos reunidos neste livro. Somo gratos, ainda, à Editora Fi pelo cuidadoso e paciente trabalho realizado e ao Projeto Portinari pela gentil autorização de uso da imagem da obra “Favela”, de Candido Portinari, que tão bem sintetiza a realidade social do nosso país

Salvador – BA, 22 de junho de 2021.

Sumário

1 **13**

Direitos sociais e interdisciplinaridade no Brasil: um desafio, múltiplas respostas

Gabriel Ferreira da Fonseca
João Vitor de Souza Alves

Parte I

Direitos sociais, políticas públicas e tribunais

2 **31**

Direitos sociais e políticas públicas experimentalistas: federalismo cooperativo, auto-organização e parcerias público-privado-comunitárias

Lucas Fucci Amato

3 **70**

Direito e economia no Supremo Tribunal Federal: um estudo sociológico sobre o controle abstrato de constitucionalidade de direitos econômicos entre 1988 e 2018

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

Parte II

Direitos humanos, direitos fundamentais e saúde

4 **113**

Direito à saúde, orçamento público e tribunais: uma análise sociológica da relação entre o sistema jurídico e o entorno social

João Vitor de Souza Alves

5 **149**

Saúde como direito humano: elementos de comparação entre Itália e Brasil a partir da teoria dos sistemas sociais

Matteo Finco
Sandra Regina Martini

Análise ecológica do direito fundamental à saúde: da judicialização simbólica ao silêncio eloquente do sistema e das organizações jurídicas

Wálber Araujo Carneiro

Parte III

Direito à saúde e ao saneamento básico

O conhecimento interdisciplinar e o espaço jurídico entre o direito à saúde e o direito ao saneamento básico

Têmis Limberger
Márcin M. Szinvelski

A efetivação do direito à saúde pelo saneamento básico: alternativas jurídico-regulatórias

Vitor Soliano
Luciana Barreto Lemos

Parte IV

Tecnologia, saúde mental e direito do trabalho

O trabalho está doente? O direito humano à saúde mental em terra de *burnout*

Germano Schwartz
Gabriela Di Pasqua

Impactos do assédio moral organizacional virtual na saúde mental do trabalhador

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos

A proteção constitucional ao trabalho humano em face da automação

Mateus Barbosa Gomes Abreu
Ester Gondim

Parte V
Direito à moradia, regularização fundiária e população de rua

12 **391**

Movimentos sociais e direito à moradia no Brasil: reflexões sobre a posição do MTST e da UNMP na política habitacional

Gabriel Ferreira da Fonseca

13 **419**

Ensaio sobre a Lei nº 13.465/17: o bairro Nordeste de Amaralina como um núcleo urbano consolidado e a aplicação da Reurb

Larissa Alvares Ribeiro

14 **450**

O morador de rua e as instituições: o espaço contestado e a sua (não) apropriação

André Luiz Teixeira dos Santos
Maria Cecília Loschiavo dos Santos

Parte VI
Educação superior, processos regulatórios e formação jurídica

15 **513**

Os processos regulatórios da educação superior: uma análise à luz da qualidade, diversidade e identidade institucionais

Ana Carolina Fernandes Mascarenhas

16 **538**

A literatura na formação do “jurista crítico-sensível”: um estudo de caso da graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia

Sarah Mirella Moreno da Cunha
Gabriel Dias Marques da Cruz

Sobre os autores **577**

Direitos sociais e interdisciplinaridade no Brasil: um desafio, múltiplas respostas

*Gabriel Ferreira da Fonseca
João Vitor de Souza Alves*

Há relativo consenso acerca da importância da interdisciplinaridade nas pesquisas voltadas à compreensão dos direitos sociais, como os direitos à *saúde, moradia, educação e trabalho*. A complexidade da sua efetivação, especialmente em países marcados de forma tão profunda por exclusões e desigualdades, como o *Brasil*, parece indicar que apenas esforços conjuntos de diferentes perspectivas disciplinares podem dar conta de forma adequada dessa realidade.

Enquanto valor abstrato, o ideal da interdisciplinaridade é bastante agregador. As divergências costumam aparecer no plano operacional (NEVES, 2005). Afinal, como executar pesquisas de caráter interdisciplinar? É possível realizá-las sem cairmos em enciclopedismos ou ecletismos teóricos, tão comuns em nossa tradição jurídica? Em síntese, como estabelecer diálogos entre diferentes disciplinas de modo a potencializar a produção de novos conhecimentos científicos em torno dos direitos sociais no Brasil?

O desafio pode ser enfrentado de variadas formas. *Multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade* são alguns dos termos que compõem o quadro semântico e programático da ciência contemporânea. Eles costumam apontar, respectivamente, para o baixo, moderado ou alto grau de integração entre as diferentes áreas do saber. Há, contudo, quem opte simplesmente pela expressão guarda-chuva

interdisciplinaridade, preferindo não diferenciar os eventuais níveis de inter-relação entre os saberes (JACOBS e FRICKEL, 2009).

Certo é que tais discursos parecem chocar-se contra as portas da velha dogmática ou doutrina jurídica – marcada pela vinculação às normas jurídicas e à obrigatoriedade de decisão. Eles indicam a importância da abertura do direito em face do sistema da sociedade e seus subsistemas, como a saúde, a educação, a economia, a política, a arte e os movimentos sociais. O ideal kelseniano da pureza metodológica é substituído pela observação e comparação dos diferentes sistemas sociais, que não apenas operam no mundo da prática, mas também refletem e teorizam sobre as suas próprias operações. Trata-se da opção pela complexidade metodológica, que passa pelo esforço de compreensão do funcionamento e da racionalidade de cada um desses campos da sociedade. Sem que possa renunciar à sua lógica própria (interna), o direito precisa adequar-se à complexidade social (LUHMANN, 1983, p. 27-42; LUHMANN, 2007, p. 1-27).

Mais do que isso. As pesquisas no campo dos direitos sociais são levadas a tentar compreender o ambiente da própria sociedade, isto é, os seres humanos e a natureza. Busca-se uma adequação das reflexões jurídicas à complexidade psíquica e biológica que compõe o entorno da realidade social. Problemas sociais e temas de pesquisa como a pobreza, a desigualdade social e o desenvolvimento sustentável não podem ser enfrentados adequadamente por conhecimentos excessivamente compartimentalizados ou departamentalizados (DEMO, 1999).

Não se pode negar que as especializações ou verticalizações analíticas contribuem para avanços do conhecimento científico. Restringe-se o objeto de estudo com a finalidade de alcançar uma rigorosa produção teórica ou empírica. No entanto, tal estratégia epistemológica e teórico-metodológica pode conduzir a um saber preso às fronteiras disciplinares, isto é,

desatento às múltiplas possibilidades de contato entre os campos do conhecimento e, portanto, à complexidade do “real” (SANTOS, 2008, p. 73-74).

Nesse contexto, o isolamento disciplinar do direito pode oferecer conhecimentos altamente especializados e analiticamente sofisticados. Contudo, sem algum grau de diálogo com as demais ciências humanas e sociais e mesmo naturais e exatas, o direito perde a capacidade de produzir respostas adequadas aos problemas sociais e ecológicos, isto é, tende ao déficit de responsividade (TEUBNER, 2015). No mínimo, perde-se a oportunidade de propor aos especialistas de outras disciplinas “*perguntas* úteis, que eles não teriam formulado tão facilmente, se partissem de seu próprio ponto de vista” (WEBER, 2004, p. 24). Por outro lado, o direito deixa de aproveitar questões igualmente relevantes suscitadas a partir de tais lentes.

A obra que ora apresentamos representa bem a polifonia e a complexidade que o desafio interdisciplinar impõe. Os trabalhos transitam não apenas pelas reflexões teórico-jurídicas e jurídico-dogmáticas, mas também pelos saberes filosóficos, históricos, sociológicos, antropológicos, urbanísticos, pedagógicos, literários, médicos, econômicos etc. Em comum, tem-se a preocupação com uma adequada compreensão dos direitos sociais e das políticas públicas voltadas especialmente à saúde, moradia, educação e trabalho no *Brasil*.

O *lugar* aqui é particularmente importante. Ele representa um desafio adicional em muitos sentidos. Por um lado, exige-se, na medida do possível, a compreensão do “global”, o diálogo com a tradição do direito romano-germânico (europeu), a observação das aproximações com o modelo jurídico anglo-saxão (norte-americano). Por outro lado, impõe-se, em grande medida, o entendimento do “local”, o enfrentamento das especificidades de um recente passado colonial-escravista, a análise das realidades

e experiências periféricas (latino-americanas e brasileiras). Apenas para citarmos algumas das muitas questões que, direta ou indiretamente, impõem-se às leituras crítico-reflexivas do direito brasileiro, notadamente no campo dos direitos sociais.

O *espaço* intensifica a complexidade da empreitada, que, em muitas situações, precisa lidar não apenas com o universo da “oficialidade” (“estatalidade”, “direito oficial”, “cultura jurídica dominante” ou “eurocentrismo jurídico”), mas também, por exemplo, com o mundo da “subalternidade” (“experiências marginais”, “direito inoficial” ou “manifestações jurídicas plurais”) – polos que coexistem em permanente tensão (FERRAZ JUNIOR e BORGES, 2020, p. 88-96).

A vida na periferia coloca em perspectiva as experiências modernas europeias, como, por exemplo, a ciência e o direito, que, para além das luzes e inclusões prometidas, também resultaram, como espécies de sombras lógicas, em opressão e dominação. Ela convoca o pensamento e a técnica a construir estratégias de libertação, práticas de alteridade, interpretações transformadoras de um mundo e uma realidade local excessivamente injustos, ilegitimamente desiguais, historicamente excluídos.

A razão científica e a lógica jurídica certamente apresentam limites operacionais. Por maior que seja o esforço, não é possível saltar a própria sombra ou ver os próprios pontos cegos. Contudo, reflexões interdisciplinares guiadas pela preocupação com a efetivação de direitos sociais no Brasil têm a capacidade de mudar sensibilidades dentro da sociedade, produzir novos conhecimentos, encadear irritações intersistêmicas. Pode-se ouvir o grito dos corpos e o protesto dos excluídos, analisar os papéis sociais, observar as decisões institucionais, compreender as potencialidades e limitações dos sistemas funcionais.

Esse jogo de luzes e sombras, observações e pontos cegos, não é de forma alguma trivial. Os obstáculos cotidianos são incontáveis. No entanto, a situação é agravada pela atipicidade do *tempo* em que se constroem as reflexões da obra.

O *momento* é de crise sanitária, política e econômica. Uma combinação explosiva de pandemia, populismo e desemprego abre as entranhas sociais do mundo e do país, expondo feridas históricas, como o racismo estrutural, a opressão de classe, as desigualdades de gênero e as assimetrias regionais e nacionais. Em meio à conclusão e revisão final dos trabalhos deste livro, o coronavírus (COVID-19) impõe o medo da morte biológico-psíquica e revela as fragilidades do nosso pacto social, tanto no plano global, quanto nas dimensões regionais e locais. No Brasil, um federalismo descoordenado e pouco cooperativo reflete tensões entre os sistemas funcionais: ciência e política, saúde e economia.

Acrescente-se, ainda, que a pandemia desencadeou uma intensificação das comunicações virtuais. Por um lado, as novas tecnologias viabilizam, por exemplo, a construção de redes de pesquisa e solidariedade, fundamentais para o enfrentamento das questões sanitárias, econômicas, políticas, jurídicas e sociais criadas ou agravadas pelo coronavírus. Por outro lado, tais instrumentos digitais também podem ser utilizados para a veiculação de notícias falsas, a disseminação de discursos autoritários, o controle de dados pessoais etc. (CAMPILONGO, 2020).

Em resumo, mais do que nunca, espera-se uma resposta da ciência: “antídotos” contra o vírus e a ignorância (notícias falsas, populismos, manipulações). Evidentemente, em face dos limites da presente obra, não seria plausível trazer soluções para todos esses problemas, mas é possível levantar algumas das importantes questões que precisam ser enfrentadas em campos como o direito e a política.

As respostas à provocação dos organizadores da obra seguiram caminhos variados. Com liberdade e inventividade, os autores e as autoras mobilizaram diferentes áreas do saber, perspectivas teórico-metodológicas e fontes de dados e evidências. O resultado é uma obra com trabalhos inovadores sobre variados problemas sociais brasileiros. Os textos evidentemente falam por si, mas nos cabe neste momento assumir o risco de destacar de forma bastante breve as contribuições que podem ser encontradas nas diferentes partes deste livro.

A primeira parte da obra (**Direitos sociais, políticas públicas e tribunais**) conta com dois textos que, a partir da interface principalmente entre os campos da Sociologia, Direito, Ciência Política e Economia, abordam a complexidade da efetivação dos direitos sociais e da inclusão social no Brasil, seja por meio da formulação e execução de políticas públicas, seja mediante o recurso aos tribunais judiciais.

No **capítulo 2** (*Direitos sociais e políticas públicas experimentalistas: federalismo cooperativo, auto-organização e parcerias público-privado-comunitárias*), o autor Lucas Fucci Amato reflete sobre a operacionalização das políticas públicas e a sua relação com os sistemas funcionais da sociedade, como a política, o direito, a economia, a educação, a ciência, a saúde, o esporte e a arte. O texto guia-se pelos marcos da teoria dos sistemas (Luhmann, Teubner, Willke), do experimentalismo democrático (Unger, Sabel, Simon, Dorf) e da análise institucional (Elinor e Vincent Ostrom), com o objetivo de pensar sobre as possibilidades de adequação das políticas públicas à lógica dos diferentes sistemas funcionais e à finalidade de ampliar a inclusão social em tais âmbitos da sociedade. A partir das contribuições dessas diferentes tradições teóricas, o autor enfrenta os desafios do federalismo brasileiro e propõe a construção de alternativas experimentalistas para o país, que passam por formas de parcerias entre o Estado, os agentes privados e a comunidade de cidadãos.

Já no **capítulo 3** (*Direito e economia no Supremo Tribunal Federal: um estudo sociológico sobre o controle abstrato de constitucionalidade de direitos econômicos entre 1988 e 2018*), o autor Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros analisa a questão da legitimidade e da capacidade institucional dos tribunais judiciais para implementar políticas públicas. Com base no referencial da teoria dos sistemas e em uma revisão da literatura sobre o tema, o trabalho examina casos judiciais em que foram discutidas questões relacionadas aos direitos econômicos e aos direitos sociais com repercussões econômicas, como educação, previdência social e saúde. O resultado é um conjunto de reflexões sobre temas centrais para uma adequada compreensão das operacionalizações de direitos econômicos e sociais no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, como “mínimo existencial”, “reserva do possível”, “separação dos poderes”, “acesso à justiça”, “judicialização da política”, “ativismo judicial” e “consequencialismo”.

Na segunda parte (**Direitos humanos, direitos fundamentais e saúde**), o livro conta com três contribuições sobre as relações entre direito e saúde. A abordagem sociológica da teoria dos sistemas é um dos pontos em comum entre os textos, que observam as tensões entre os referidos sistemas funcionais no contexto da sociedade contemporânea. Com base em perspectivas como a da teoria da sociedade luhmanniana, os autores contribuem para a identificação dos paradoxos dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e, sobretudo, do direito à saúde.

João Vitor de Souza Alves, no **capítulo 4** (*Direito à saúde, orçamento público e tribunais: uma análise sociológica da relação entre o sistema jurídico e o entorno social*), apresenta reflexões sobre os limites, possibilidades e riscos da atuação dos tribunais judiciais na implementação do direito à saúde. Reflete-se acerca de alguns caminhos que podem contornar os problemas ligados à judicialização da saúde, como ações coletivas, audiências públicas, apoio técnico aos julgadores e, em especial,

o papel do orçamento público. Por fim, o texto examina as possíveis contribuições dos tribunais de contas à concretização do direito à saúde no Brasil.

Em seguida, no **capítulo 5** (*Saúde como direito humano: elementos de comparação entre Itália e Brasil a partir da teoria dos sistemas sociais*), Matteo Finco e Sandra Regina Martini comparam os contornos constitucionais e legais do direito humano à saúde na Itália e no Brasil. Para tanto, em um primeiro momento, o trabalho debruça-se sobre a semântica da saúde e do individualismo a partir da análise de alguns conceitos básicos, como “saúde”, “direitos” e “indivíduo”. Em seguida, desenvolve-se a análise comparativa do direito à saúde na Itália e no Brasil, tendo como foco as características centrais dos dois sistemas, os princípios e os valores que os inspiram. Ao final, considerando a existência de semelhanças e diferenças entre os sistemas nacionais de saúde, o texto, por um lado, aponta para o choque entre a ideia de saúde como direito humano e a realidade social dos dois países e, por outro lado, indica caminhos possíveis para uma garantia do acesso à saúde em larga escala.

No **capítulo 6** (*Análise ecológica do direito fundamental à saúde: da judicialização simbólica ao silêncio eloquente do sistema e das organizações jurídicas*), Wálber Araujo Carneiro desenvolve uma crítica aos deficits ecológicos das abordagens tradicionais acerca da eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, o autor avalia os impactos de ações e omissões do sistema e das organizações jurídicas na inclusão das pessoas no sistema da saúde. Em síntese, a partir de reflexões baseadas na teoria dos sistemas (Luhmann), fenomenologia hermenêutica (Heidegger) e epistemologia da complexidade (Morin), busca-se demonstrar como uma análise ecológica (heterorreflexiva) pode contribuir para a realização do direito fundamental à saúde.

A terceira parte da obra (**Direito à saúde e ao saneamento básico**) oferece dois trabalhos que dialogam com os desafios em torno da efetivação do direito à saúde e ao saneamento básico. Por diferentes caminhos, os autores e as autoras refletem sobre alternativas no campo das políticas públicas para a universalização do acesso a tais direitos.

No **capítulo 7** (*O conhecimento interdisciplinar e o espaço jurídico entre o direito à saúde e o direito ao saneamento básico*), Têmis Limberger e Martín M. Szinvelski avaliam o espaço jurídico entre o direito à saúde e o direito ao saneamento básico, destacando a importância do diálogo interdisciplinar para a construção de novas respostas jurídicas e soluções em políticas públicas. Nesse contexto, com base em uma pesquisa exploratória e qualitativa, mas também em análise de dados quantitativos, o capítulo indica que o país investe de forma insuficiente em saneamento básico, gerando, conseqüentemente, custos de ordem curativa para o sistema de saúde. A partir de tal constatação, o texto reflete sobre as possibilidades de concretização do direito à saúde e do direito ao saneamento básico sob as perspectivas macro (política pública de efeitos coletivos e individuais) e preventiva (não limitada ao quadro da judicialização).

Por sua vez, no **capítulo 8** (*A efetivação do direito à saúde pelo saneamento básico: alternativas jurídico-regulatórias*), Vitor Soliano e Luciana Barreto Lemos desenvolvem estudo em torno da estruturação jurídica do setor de saneamento básico e sua relação com a efetivação do direito à saúde. Para tanto, inicialmente, o capítulo examina os objetivos e metas estabelecidos no plano internacional, os fins positivados na Constituição brasileira e a evolução do marco legal do saneamento básico no país. Em seguida, os autores analisam os contornos jurídicos da privatização de empresas estatais, concessão de serviços públicos e outras parcerias potenciais entre o Estado e a iniciativa privada na área. Reflete-se, ainda, sobre possíveis aperfeiçoamentos nos marcos institucionais, legais e

regulatórios do setor, notadamente com o objetivo de ampliar a competição, reduzir os custos, aprimorar a qualidade e universalizar o acesso aos serviços.

A quarta parte da obra (**Tecnologia, saúde mental e direito do trabalho**) possui três textos que giram em torno dos múltiplos desafios inerentes ao contexto do trabalho humano na contemporaneidade, marcado por inovações tecnológicas e informacionais. Os capítulos dialogam com questões sensíveis, como a saúde mental dos trabalhadores em uma sociedade que opera e evolui em ritmos cada vez mais acelerados e os impactos das novas tecnologias na empregabilidade humana.

No **capítulo 9** (*O trabalho está doente? O direito humano à saúde mental em terra de burnout*), Germano Schwartz e Gabriela Di Pasqua analisam a síndrome de *burnout* ou síndrome do esgotamento profissional à luz do direito humano e fundamental à saúde. Inicialmente, com base em reflexões extraídas da filosofia kantiana e da literatura em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, o capítulo examina o direito à saúde mental no âmbito dos diplomas internacionais e do texto constitucional brasileiro. Em seguida, são enfrentadas as características e conceituações do *burnout* e sua relação com outros transtornos mentais (como a depressão e a ansiedade), bem como as áreas profissionais em que a síndrome tem se destacado, como saúde, educação, segurança, direito e jornalismo. Ressalta-se, ainda, o impacto da doença na vida de universitários. Por fim, o texto reflete sobre a importância da ampliação da atenção dada ao tema, mediante pesquisas, estratégias de conscientização e medidas de proteção ao trabalhador.

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos, no **capítulo 10** (*Impactos do assédio moral organizacional virtual na saúde mental do trabalhador*), trata da proteção à dignidade e à saúde mental dos trabalhadores em um mundo em que os espaços de trabalho, cada vez mais, confundem-se com

as plataformas digitais. A partir de uma leitura de diplomas internacionais e dispositivos constitucionais e legais, bem como da mobilização de conceitos extraídos da Medicina e da Psicologia, o capítulo realiza uma delimitação conceitual do assédio moral organizacional e reflete sobre a sua materialização por meio de tecnologias do mundo virtual, como e-mails e mensagens de texto ou voz. A autora destaca as possíveis consequências desse tipo de assédio na saúde mental e na vida do trabalhador, como o estresse, o *burnout*, a depressão e mesmo o suicídio.

No **capítulo 11** (*A proteção constitucional ao trabalho humano em face da automação*), Mateus Barbosa Gomes Abreu e Ester Gondim refletem sobre os impactos da automação nas relações de trabalho e a importância da proteção ao trabalho humano no novo contexto social e tecnológico. Inicialmente, os autores examinam alguns dos inúmeros problemas do mundo do trabalho na contemporaneidade, como a informalidade, a terceirização, a “pejotização”, o empreendedorismo desassistido e o trabalho intermitente. Na sequência, destaca-se que o cenário pode se tornar ainda mais desafiador com a massificação do uso de drones, terminais de autosserviços ou autoatendimentos, veículos não tripulados e inteligência artificial. Por um lado, nota-se a existência dos inegáveis aspectos positivos trazidos pelos avanços tecnológicos. Por outro lado, ressalta-se os reflexos negativos da nova era digital no Brasil, bem como a importância do aperfeiçoamento legal-regulatório para que, sem que haja excessivo desestímulo ao desenvolvimento tecnológico, seja possível preservar empregos em tal contexto.

A quinta parte (**Direito à moradia, regularização fundiária e população de rua**) reflete sobre as políticas públicas de habitação, regularização fundiária e atendimento da população de rua no Brasil. Os três trabalhos giram em torno da busca pela efetivação do direito à habitação adequada (e outros direitos que lhe são conexos) em um contexto

historicamente marcado pela insuficiência e desarticulação das políticas públicas.

No **capítulo 12** (*Movimentos sociais e direito à moradia no Brasil: reflexões sobre a posição do MTST e da UNMP na política habitacional*), Gabriel Ferreira da Fonseca discute o papel dos movimentos sociais na concretização do direito à moradia no Brasil. Inicialmente, o capítulo apresenta as descrições tradicionais dos movimentos sociais oferecidas pela teoria dos sistemas, que ressaltam principalmente o seu papel na condução de protestos e mobilização de valores. Em seguida, aborda-se, em linhas gerais, como evoluiu a participação dos movimentos sociais na contestação, formulação e execução de políticas sociais e habitacionais no contexto brasileiro, realidade fortemente marcada pelo deficit habitacional e pela inadequação da moradia. Por fim, o autor examina como alguns movimentos sociais brasileiros, como o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST) e a União Nacional por Moradia Popular (UNMP), constituem-se como organizações político-jurídicas locais e não apenas promovem protestos, ocupações e paralisações, mas também atuam em canais institucionais, contribuindo com suas experiências coletivas para o aperfeiçoamento da política habitacional brasileira.

Larissa Alvares Ribeiro, no **capítulo 13** (*Ensaio sobre a Lei nº 13.465/17: o bairro Nordeste de Amaralina como um núcleo urbano consolidado e a aplicação da Reurb*) examina a possibilidade de aplicação dos procedimentos de Regularização Fundiária Urbana (Reurb) no bairro Nordeste de Amaralina, em Salvador (BA). Para tanto, a partir do diálogo entre áreas como Direito, História, Geografia e Urbanismo, a autora analisa algumas das questões centrais da realidade das grandes cidades brasileiras: processos de ocupação coletiva, formações urbanas desordenadas, núcleos urbanos informais e ameaças de expulsão. O trabalho discute as alternativas trazidas pela Lei nº 13.465/2017, que reconhece a existência de núcleos

urbanos informais consolidados como áreas de difícil reversão e instituiu normas e procedimentos para a sua regularização.

No **capítulo 14** (*O morador de rua e as instituições: o espaço contestado e a sua (não) apropriação*), André Luiz Teixeira dos Santos e Maria Cecília Loschiavo dos Santos propõem uma historicização sobre a vida das pessoas em situação de rua e seu contato com os espaços institucionais na cidade de São Paulo (SP). São examinados os fatores que podem conduzir às ruas, o papel das instituições e dos espaços alternativos (redes de apoio informais e movimentos sociais urbanos), a construção de novos laços de sociabilidade, a violência, o sofrimento, a angústia, o medo, os trabalhos precários e as condições que favorecem à permanência nas ruas. O capítulo conduz-nos pelo cotidiano das ruas e suas rotinas e dinâmicas, e, ao mesmo tempo, apresenta conceitos e reflexões que ajudam a compreender as nuances de uma realidade que coloca em perspectiva os diplomas internacionais e as normas jurídicas do país. Os autores apresentam dados e análises que apontam, por um lado, para um déficit de articulação entre as políticas públicas voltadas à população de rua (assistência social, moradia, saúde, educação e profissionalização) e, por outro lado, para a possibilidade de mudanças com o objetivo de intensificar o diálogo entre serviços sociais, gestores, profissionais e usuários e ampliar as possibilidades de emancipação destes últimos.

Na sexta e última parte (**Educação superior, processos regulatórios e formação jurídica**), a obra oferece reflexões no campo do direito à educação. Aqui, a partir de conhecimentos jurídicos, pedagógicos, históricos, hermenêuticos, sociológicos, literários, dentre outros, os textos enfrentam temáticas que perpassam pela análise dos processos de avaliação e regulação da educação superior até a relevância do contato com as artes para a formação jurídica.

No **capítulo 15** (*Os processos regulatórios da educação superior: uma análise à luz da qualidade, diversidade e identidade institucionais*), Ana Carolina Fernandes Mascarenhas analisa os processos de avaliação e regulação da educação superior instituídos pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES). O objetivo da autora é observar se tal sistema tem aferido, na prática, a qualidade da educação superior e respeitado, de igual modo, a diversidade e identidade institucionais. Para tanto, após abordar a evolução histórica do direito à educação e o papel do Estado, o trabalho explicita a complexidade do SINAES. Em seguida, são examinados os conceitos de qualidade, diversidade e identidade institucionais. Ao final, a autora descreve os processos de avaliação e supervisão na educação superior, com destaque para a existência de distorções que comprometem o caráter formativo e impactam na avaliação da qualidade, diversidade e identidade institucionais.

Por fim, no **capítulo 16** (*A literatura na formação do “jurista crítico-sensível”: um estudo de caso da graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*), Sarah Mirella Moreno da Cunha e Gabriel Dias Marques da Cruz refletem sobre dois tipos ideais históricos de juristas e propõem a formação de um novo modelo de jurista (“crítico-sensível”). Os autores apostam na intensificação da formação humanística e crítica e, em especial, dos contatos interdisciplinares entre Direito e Literatura. Encerrando a obra de forma bastante coerente com o seu espírito, o capítulo oferece um convite ao fortalecimento da responsividade do direito e da educação jurídica por meio da interdisciplinaridade dos saberes (jurídicos e artísticos). São sugeridas estratégias como reformas curriculares, inserção de professores de outros cursos nas faculdades de direito, adoção de obras artísticas em disciplinas dogmáticas e criação de grupos de pesquisa e atividades de extensão com perfil multidisciplinar.

Essas são algumas das muitas contribuições que podemos citar em um apertado resumo dos 15 capítulos que, ao lado desta apresentação (**capítulo 1**), compõem a obra. Trata-se, em síntese, do resultado do esforço de diversos pesquisadores e pesquisadoras de pensar o Brasil e o direito brasileiro a partir de referenciais teóricos e instrumentos metodológicos adequados à sua complexidade.

Referências

CAMPILONGO, Celso Fernandes. [Palestra no evento Sociedade e Pandemia: Direito e Comportamento nos Tempos que correm]. **Youtube**, 14 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7SjNSRgfhqQ>>. Acesso em: 05 jul. 2020

DEMO, Pedro. **Conhecimento moderno**: sobre ética e intervenção do conhecimento. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma**: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

JACOBS, Jerry A.; FRICKEL, Scott. Interdisciplinarity: a critical assessment. **Annual Review of Sociology**, v. 35, n. 1, p. 43-65, 2009.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, jan/dez. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. **Tempo Social**. Brasil, v. 27, n. 2, p. 75-101, dez. 2015.

WEBER, Max. A ciência como vocação. In: WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

Parte I

Direitos sociais, políticas públicas e tribunais

Direitos sociais e políticas públicas experimentalistas: federalismo cooperativo, auto-organização e parcerias público-privado-comunitárias

Lucas Fucci Amato

1 Introdução

Este trabalho propõe a tese de que políticas públicas em uma sociedade complexa devem ter como objetivo amparar a estruturação de sistemas funcionais diferenciados (como educação, saúde, assistência social, ciência, arte, esporte) e ampliar a inclusão social nesses âmbitos. Em linha com tal ideia, o texto trata de propor algumas medidas de desenho institucional que podem redimensionar a concepção e a execução de políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais.

Após firmar um entendimento sociológico sobre os direitos fundamentais, os direitos sociais e as políticas públicas (sob a ótica da teoria dos sistemas), o trabalho discute uma concepção experimentalista do federalismo, que amplie o protagonismo subnacional nas políticas públicas e revitalize os governos estaduais e municipais – assim como a cooperação regional.

Vincent Ostrom (1991) reinterpretou o federalismo a partir das visões de Tocqueville e dos Federalistas americanos. O federalismo centra-se no ideal de autogoverno. Este ideal vê-se confrontado, de um lado, pelo Estado centralizado e burocrático, que coloca a execução do governo como tarefa profissional distante dos cidadãos; de outro, é contraditado pelo poder privado, ao qual o próprio Estado seria um contrapeso, quando não é capturado por interesses particularistas. Para o autor, atualizar e

concretizar o ideal de autogoverno exigiria arranjos institucionais policêntricos e um esquema de divisão de trabalho por meio do qual conflitos em um nível mais local de governo sejam resolvidos por um nível mais central, em um escalonamento subsidiário que complementa a separação organizacional de Poderes do Estado.

Neste capítulo, a proposta é redimensionar o ideal de autogoverno a partir do reforço à experimentação dentro do Estado federal, mas também a partir de outras duas medidas: de um lado, a indução à auto-organização e à autorregulação dos sistemas (educacionais, sanitários, científicos), por meio de organizações intermediárias que facilitem a coordenação das demandas desses sistemas com o Estado; de outro lado, o engajamento comunitário nas políticas públicas, entendido para além de uma forma de participação e deliberação local, e envolvendo até mesmo a participação econômica dos cidadãos em empreendimentos produtivos.

A concepção teórica que informa este trabalho é um construtivismo sistêmico-institucional (AMATO, 2017) preocupado com a autoconstrução de sistemas sociais nas condições de complexidade de uma sociedade funcionalmente diferenciada; e ancorado no pressuposto de que essa autoconstrução exige uma coevolução experimental entre sistemas estruturalmente acoplados, isto é, uma dinâmica que reforce a capacidade de abertura cognitiva de cada sistema pelo desenvolvimento de interfaces institucionais especializadas. Os aportes teóricos integrados nesta discussão advêm da teoria dos sistemas (Luhmann, Teubner, Willke), da corrente pragmatista do experimentalismo democrático (Unger, Sabel, Simon, Dorf) e da análise institucional (Elinor e Vincent Ostrom).

O tópico 2, a seguir, discute ideia de que cada direito fundamental exige a operacionalização de políticas públicas, que vinculam institucionalmente a política e o direito entre si, mas também constroem ligações com outros sistemas (como nas políticas de educação, ciência, saúde, esporte,

arte etc.). Surge então a questão: qual perfil de política pública adequa-se aos objetivos de induzir a estruturação desses sistemas, garantir-lhes autonomia operacional e ampliar a inclusão social nesses âmbitos?

Três atributos do desenho institucional dessas políticas são discutidos no trabalho (tópico 3). Em primeiro lugar (3.1), as configurações do federalismo cooperativo, com a divisão de trabalho entre governos centrais e governos locais, o uso de arranjos jurídicos como regiões metropolitanas, consórcios regionais e órgãos transfederais, e formas de cooperação rotineira e corretiva entre as instâncias da federação. A seguir (3.2), focalizam-se os meios de induzir a auto-organização dos sistemas sociais e acoplá-los ao Estado, por meio de organizações intermediárias e instâncias múltiplas de controle. Finalmente (3.3), são abordadas as formas de parcerias entre o Estado, agentes privados e a comunidade de cidadãos interessados, afetados e usuários das respectivas políticas e serviços públicos.

2 Direitos fundamentais, direitos sociais e políticas públicas

Os direitos fundamentais surgem como instituição de autocontenção do próprio sistema político e de bloqueio, por meio do direito, da expansividade estatal. Uma vez que não se possa mais identificar Estado e sociedade, nem conceber o Estado como a totalidade do bem comum, a auto-organização da sociedade ou o vértice comandante da ordem social, o constitucionalismo liberal tratou de representar-se como limitação do Estado pela sociedade. Mas essa própria distinção é simplificadora, na medida em que o Estado emerge como organização vinculada a um sistema parcial da própria sociedade (a política), dentre uma série de outros sistemas funcionais e organizacionais (economia, empresas e bancos; ciência e universidades; educação e escolas; religião e igrejas). Por esse processo de diferenciação, ao mesmo tempo em que se tornam disfuncionais as perspectivas de um Estado total, o funcionamento constitucional e burocrático

do Estado exige um incremento de suas tarefas e um desdobramento cada vez maior de cadeias decisórias. Os direitos fundamentais expressam esse paradoxo: crescem as cargas de comunicação, as decisões coletivamente vinculantes, mas essa função do Estado e as prestações do sistema político à economia, à saúde, à educação, à ciência precisam equilibrar-se entre a necessidade de manter consistência interna (sob o código do poder e dentro do sistema político) e adequação externa (solução de problemas “sociais” no sentido mais amplo – do ambiente da política). Para tanto, surgem os direitos fundamentais como garantias de reforço à diferenciação funcional – para uma ordem social já diferenciada nesses termos. Os direitos civis basicamente emergem como bloqueios à politização dos demais sistemas – liberdade religiosa, científica, econômica, artística, educacional (LUHMANN, 2010, cap. 1 e 2).

A luta por desentranhar a representação política da titularidade de direitos privados (o voto censitário, a propriedade como qualificação aos papéis de eleitor e candidato) leva à universalização do sufrágio. A ampliação da esfera pública política e de sua vinculação, pelo voto, ao centro de poder (o Estado) culmina em uma expansão e repercussão das demandas redistributivas, visando a prestações do sistema político para promover a inclusão ampliada nos demais sistemas sociais (LUHMANN, 1990, p. 26-39). De um lado, essa inclusão torna-se pressuposto da construção de uma ordem social diferenciada – a mesma ordem que a atuação autorreferente do sistema político precisaria pressupor! De outro, o Estado, como sistema organizacional, tem suas próprias fronteiras, e revela-se como organização estruturante capaz de perpassar a institucionalização dos demais sistemas sociais, por exemplo por meio da burocracia de serviços públicos nos mais diversos setores. Ao atuar para produzir um contexto que precisa pressupor em sua comunicação (a diferenciação funcional), o Estado enfrenta

graves problemas de autonomia, eficiência e flexibilidade em sua burocracia e em suas políticas públicas.

Embora possam se referir a vários sistemas funcionais – economia, saúde, educação, ciência, religião, arte, esporte, direito, política, família –, os direitos fundamentais sempre operacionalizam uma prestação dos sistemas político e jurídico a esses demais sistemas. Ao lado da parte organizacional da constituição (forma e sistema de governo, forma de Estado, separação de poderes), os direitos institucionalizam a relação entre direito e política e as formas de cooperação entre esses sistemas para proverem prestações aos demais. Os direitos fundamentais, como pretensões mínimas inerentes a qualquer personalidade jurídica (especialmente pessoas naturais, mas não só), servem para garantir aquele pressuposto operacional da sociedade funcionalmente diferenciada: a inclusão universal de toda pessoa em todo sistema funcional. Embora tal inclusão possa funcionar simplesmente como ficção para a institucionalização dos sistemas sociais, um acesso mínimo é necessário para sustentar tais direitos como pretensões normativas exigíveis – isto é, para mantê-los no horizonte de expectativas.

Direitos civis e políticos servem para possibilitar a formação de uma esfera pública política (a opinião pública) com garantias de liberdades públicas e o direito de voto (conteúdo mínimo da personalidade jurídica natural). Esses direitos também conectam e diferenciam os centros de cada sistema: a administração pública e os poderes políticos, de um lado; a jurisdição, de outro. Ainda, tais direitos envolvem prestações do direito e da política a outros sistemas, como a proteção (administrativa, policial, judicial) da propriedade (economia), da vida (saúde) e da(s) liberdade(s) (científica, midiática, artística, religiosa).

Por outro lado, direitos sociais emergem como uma contraprestação à ligação entre Estado e economia: de um lado, o Estado faz política

econômica (fiscal, monetária, cambial, industrial), provendo incentivos ao sistema econômico; de outro, compensa as dificuldades de inclusão econômica (e seus pressupostos ou repercussões na inclusão educacional, sanitária, científica etc.) por meio de políticas “sociais”. Essas políticas sociais podem ser entendidas em um sentido mais estrito, vinculado apenas à compensação econômica (direitos trabalhistas e previdenciários, assistência social, políticas compensatórias e mecanismos redistributivos), ou incluindo as prestações que política e direito acoplados fazem aos demais sistemas funcionais – por exemplo, para promover inclusão educacional e sanitária, por meio de serviços públicos ou outras formas de provisão desses serviços essenciais.

Embora seja a organização central do sistema funcional da política, o Estado é um sistema em si mesmo: um sistema organizacional. Como tal, ele ultrapassa as fronteiras do sistema político e desenha suas próprias distinções: entre seus membros e não membros (cidadania), entre eleitores e eleitos, burocratas e políticos, as decisões que ele toma e seus impactos na sociedade (isto é, no ambiente do Estado). Por meio de políticas públicas, o Estado transita então da comunicação jurídica e política (na forma de direitos) para a intervenção nos outros sistemas funcionais (educacional, sanitário, científico) e, particularmente, nos diversos mercados (de trabalho, imobiliário, de consumo de serviços educacionais, médicos etc.). Está sempre envolvida nas políticas públicas, portanto, uma tensão entre a necessidade de intervenção estatal para a ampliação da inclusão efetiva e diferenciação de sistemas funcionais e organizacionais (escolas, universidades, hospitais, sistemas nacionais de ciência e tecnologia, etc.), de um lado, e, de outro, o fato de estarem sempre em jogo as funções dos sistemas político e/ ou jurídico, seus meios de comunicação e seus programas decisórios, de modo que uma política pública para qualquer setor coloca em xeque os limites e formas de usar o poder político e o direito

positivo. O Estado pode tanto impulsionar a auto-organização dos sistemas científico, educacional, sanitário, artístico quanto instrumentalizá-los como marionetes ou fantoches do poder político, arriscando a autonomia desses sistemas. Ainda, o Estado pode ser necessário para contrabalançar o poder privado, que pode vir a instrumentalizar tais sistemas, desdiferenciando-os pela imposição de critérios econômicos, familiares, religiosos etc. Portanto, cada sistema funcional, como educação ou saúde, tem normalmente uma institucionalização mista, pública e privada (assim como a economia é “mista”, também a saúde, a educação etc.), e o que garante a diferenciação funcional, a inclusão em cada âmbito comunicativo e a desintegração (autonomia) entre esses sistemas é a forma de combinação entre esses apoios, ou mais especificamente a *qualidade* do acoplamento que a política pública (educacional, sanitária, artística) estrutura entre os sistemas político e jurídico, de um lado, e o outro sistema que recebe suas prestações.

Dentro dessa compreensão, o próprio conceito de “direitos sociais”, se vale como autodescrição de uma época, guarda pouca acuidade analítica para a teoria ou prática do direito. Na verdade, cada direito fundamental é um feixe de pretensões que envolve várias dimensões, típicas tanto de “direitos civis” quanto de “direitos sociais”. Um modelo para descrevê-las é analisar cada direito substantivo – à vida, à educação, à saúde, ao meio ambiente sadio – como um feixe que pode incluir, institucionalmente, direitos de desestabilização, imunidade, participação e autonomia (DIPA) (AMATO, 2018). Por exemplo: uma interpretação exigente do direito à educação pode incluir uma dimensão de cobrança de reparos administrativos em redes escolares defeituosas (desestabilização), uma dimensão de liberdade de consciência, de expressão e de cátedra (imunidade), uma dimensão de participação comunitária na gestão da política educacional e de organização e representação política das entidades e demandas setoriais

da educação (participação) e, logo, uma demanda de auto-organização do sistema educacional (autonomia). De fato, neste trabalho é tal a visão que informa as diretrizes sugeridas para o tratamento jurídico e a institucionalização dos “direitos sociais”.

3 Políticas experimentalistas

Rejeitada a imagem hierárquica de um Estado que comanda do alto uma sociedade amorfa, e afirmados os sistemas político e jurídico como alguns dentre outros sistemas sociais com critérios próprios de funcionamento, a qualidade do acoplamento estrutural que determinada política pública proporciona depende de que se assuma o pressuposto de que todo acoplamento é uma intensificação seletiva da irritação de um sistema por outro. Programas de governo não podem simplesmente substituir critérios próprios de aprendizagem, de pesquisa ou de atendimento médico (muito menos sentenças poderiam ter tal pretensão). O foco das políticas públicas e programas de governo deve ser coordenar a cooperação competitiva – dentro do Estado e no setor privado – para a auto-organização desses mesmos sistemas.

Políticas públicas experimentalistas são aquelas que reconhecem, na dimensão material de sentido, essa diversidade de critérios funcionais, operacionalizados por sistemas autorreferentes; na dimensão temporal, institucionalizam mecanismos de monitoramento e autocorreção, legislações experimentais (vigência temporária), órgãos de controle, procedimentos de revisão; e, na dimensão social, organizam um policentrismo decisório.

O termo “policêntrico” advém de um estudo de Michael Polanyi (1951) sobre o dinheiro como meio de expressão social de desejos complexos e subjetivos, dificilmente mensuráveis por outro padrão objetivo, e assim como ferramenta para uma distribuição racional dos bens. Para

definir a distribuição de renda que aumentaria a satisfação de um sem deprimir o estado de outro, teríamos que proceder por aproximações sucessivas, considerando a cada etapa um centro de necessidades (uma pessoa, um robô) e ajustando-o em relação a outros, e assim por diante, com novos reajustes. Esse seria, afinal, um problema “policêntrico”. Pode-se interpretar que Fuller (1978, p. 394-404) aplicou, por analogia, à esfera pública do direito – os direitos e deveres – o que Polanyi havia dito sobre a esfera pública da economia: o mercado e sua lógica de precificação e ajuste de demanda e oferta.

O exemplo de Fuller é a hipótese de, em um sistema comunista, a definição de preços e salários ser gerenciada por cortes, que teriam que alterar esses tabelamentos conforme as variações de oferta e demanda. Seria uma tarefa policêntrica, a evocar a imagem de uma rede que precisa distribuir tensões entre seus diversos nós e que é submetida dinamicamente a uma mudança de pressões, adquirindo variadas formas. Tribunais só conseguem gerenciar essas situações complexas de maneira precária e provisória – e, ainda, como já notava Fuller, quando transitam para técnicas mistas, moderando o julgamento autoritativo por formas de negociação e codeterminação junto às partes que detêm o saber específico, mas também o interesse na causa.

O policentrismo revela-se como problema para além do âmbito jurisdicional e precisa incorporar-se na problemática da administração das políticas públicas em uma sociedade funcionalmente diferenciada. Razões de mercado e de equidade recomendarão a provisão estatal de certos serviços. Mas então o desenho, a implementação e o monitoramento de políticas públicas precisariam se atualizar diante do anacronismo de técnicas rudimentares de um “fordismo” burocrático na provisão dos serviços públicos: hierarquias rígidas e disfuncionais; serviços massificados de baixa qualidade; planejamento centralizado, distante das demandas e

reclamações captadas na ponta, pelos usuários e prestadores direitos dos serviços.

As políticas públicas teriam que incorporar em seu desenho institucional, de um lado, formas de descentralização capazes de manter mecanismos de redistribuição (de pessoas e recursos), de propagação das experiências de sucesso e de mensuração de desempenho e, de outro lado, procedimentos para a audiência das partes interessadas, na identificação das demandas locais, no desenho de serviços customizados, na implementação e no monitoramento.

Esse é o conjunto de iniciativas institucionais descritas por Sabel e Simon (2011) em oposição tanto à infraestrutura do Estado de bem-estar social de meados do século XX quanto ao minimalismo institucional pretendido em fins daquele século e no início deste. Aquele modelo de Estado, expresso por exemplo a partir das reformas do *New Deal* americano, baseava-se em organizações e procedimentos burocráticos de comando e controle: a autoridade é delegada a agências com burocracia especializada e a execução fica por conta de funcionários na linha de frente da prestação dos serviços, em contato com os cidadãos. Há amplo hiato entre esses mundos, e a implementação de medidas tecnocráticas vem a perder eficácia ao longo da correia de transmissão de pessoas, medidas e métodos. A informação corre unidirecionalmente, pois a percepção e as necessidades sentidas na ponta dificilmente retornam ao centro de comando, para corrigir e reorientar as políticas públicas (PRESSMAN; WILDAVSKY, 1984). Em termos sistêmicos (ver DUTRA, 2020), o modelo de comando e controle cinde as definições do sistema organizacional (decisões tomadas pelos burocratas “de gabinete”) da experiência vivenciada nos sistemas de interação (funcionários públicos em contato com os cidadãos-beneficiários e usuários).

Para conserto desses problemas, vários propuseram um minimalismo institucional, com tendência a privatizar serviços e esquemas públicos de bem-estar, ainda que com cuidados para manter a equidade e prover compensações. Houve ampla preferência a mecanismos de mercado para balizar escolhas tomadas pelo próprio cidadão (*e.g.* THALER; SUNSTEIN, 2008) – permissões para emissão de poluentes, *vouchers* para moradia, escola e saúde. O Estado ajuda a estruturar a informação, mas delega a escolha final para o usuário dos serviços. Em termos administrativos, esse programa sustenta-se em centralização decisória no Estado combinada a simplificação regulatória para os provedores privados. É uma estratégia cujos meios são regras simples, custos baixos e precificação de riscos e compensações; o fim é a obtenção de eficiência estática (relação entre os recursos investidos e os retornos marginais).

Por sua vez, a alternativa experimentalista para a administração pública baseia-se em descentralização decisória, com unificação em termos de métricas e avaliação comparativa dos governos locais. Unificação em termos de padronização, coleta e disseminação de informações sobre as práticas combina-se à latitude para experimentar localmente as políticas adequadas. Isto é, há de um lado a reconfiguração local, com ampla discricionariedade para testar soluções alternativas; de outro, governo e burocracia nacionais devem ser centrais de consolidação das avaliações e revisão das metas e métricas. Os níveis de governo apoiam-se para corrigir e revisar práticas e procedimentos. Há preferência por normas indicativas e presunções, mais do que por diretivas estritas; o importante é haver meios objetivos de cobrar transparência e desempenho. Em termos de governança, o modelo entende que a correção das práticas depende de indução da participação, seja por obrigações e punições, seja por sanções premiais e pressões informais. Busca-se incorporar a visão das partes interessadas na gestão dos bens públicos, no desenho e na execução das

políticas e serviços, customizando-os às necessidades locais, ao perfil dos beneficiários reais. O objetivo é ampliar a capacidade de aprendizagem e adaptação contínuas, com maior integração entre a criação ou revisão de regras e seu teste prático.

3.1 Federalismo cooperativo experimentalista

Unger (2001a, pp. 474-6; 2001b, pp. 155-6, 184-6; 2011 [2008], p. 68; 2018a, p. 92-5; 2018b, cap. 14) sugere que reinventar o federalismo exigiria a devolução de poderes a autoridades inferiores (mas com garantias contra o estabelecimento de zonas de hierarquia e discricionariedade incontroladas) e o aumento da autonomia de regiões e localidades para estabelecerem formas desviantes de organização e gestão (da educação, por exemplo), em uma exceção qualificada aos modelos nacionais. Devoluções qualificadas de poder às instâncias locais ampliariam a diversidade federativa.

Para o autor, não apenas um Estado unitário ou um federalismo centralizador diferenciam-se dessa imagem de fomento ao experimentalismo federativo. Tampouco a descentralização pura e simples responde ao problema da inovação no governo e na gestão, com a experimentação de soluções por cada unidade federativa e região. Há dois princípios clássicos. O primeiro é o da subsidiariedade; recomenda que medidas e competências sejam alocadas o máximo possível nas instâncias mais locais e mais próximas do cidadão; apenas a necessidade de coordenação de ações, a solidariedade redistributiva ou a incapacidade gerencial dos níveis locais conduz à dimensão estadual ou nacional a definição e implementação de certas matérias e políticas. O outro princípio, da especialização funcional, visa a racionalizar a administração pela atribuição de cada tarefa a um agente, evitando sobreposições, rivalidades e retrabalhos. Com isso, evita também desvios, testes e variedade.

Por contraste, um federalismo cooperativo pode aumentar a autonomia dos entes federados ao mesmo tempo em que amplia, por essa própria prerrogativa de desvio, a capacidade de ação do governo central. O objetivo é ativar o poder central, enquanto se empoderam os níveis estaduais e locais de governo.

Nesse sentido, pensa-se em um direito condicional de optar fora da moldura institucional básica, definida por simetria à imagem das formas de organização do governo central. Em Estados unitários, trata-se de fortalecer a devolução às regiões. As unidades da federação, as regiões e localidades, em todo caso, hão de dispor da prerrogativa de sair condicionalmente do quadro organizativo e procedimental estabelecido como padrão nacional. As condições são que seu “direito alternativo” efetivamente sustente regras de igualdade entre os que são por ele regulados e que não possa submeter ninguém a relação de subjugação perene.

Pode-se reconhecer o direito do governo local de testar formas alternativas de organização, uma devolução qualificada de poder do governo central aos governos estaduais e locais. Haveria uma transferência temporária e condicional de certas competências. O essencial é que haja garantias que evitem o fortalecimento dos despotismos e privilégios locais. Deve haver formalização dessa autonomia estendida a determinada unidade federativa. Há que se instituir e regular órgãos e procedimentos como câmaras supervisoras, pareceres *ad hoc* e instâncias de monitoramento e avaliação internas à unidade da federação e externas a ela.

Em todo caso, um federalismo experimentalista pode sustentar a quebra da simetria dos graus de autonomia de entes federados da mesma classe: a autonomia ampliada pode ser reconhecida somente aos entes que pleiteiem correr esses riscos e se legitimem para tanto (como nas autonomias regionais diferenciadas em um Estado unitário); essa ampliação também pode ser reconhecida apenas setorialmente: para o

desenvolvimento de apenas algumas políticas públicas, em certa área, fora do uniforme moldado pelo regime federativo. Essa prerrogativa de desvio há de ser temporária, condicional e excepcional, embora factível; há de ser provocada pelos entes com um projeto coerente com este meio e analisada – *a priori* e *a posteriori*, segundo seus resultados – por órgãos administrativos, legislativos ou judiciais (inclusive, por exemplo, por instâncias transfederativas ou de política regional).

A institucionalidade-padrão de um federalismo cooperativo sustenta-se, de um lado, na separação menos rígida das competências entre os níveis da federação, com competências concorrentes e comuns de legislação e ação administrativa, e, de outro, em mecanismos de solidariedade econômica e redistribuição de recursos entre as regiões.

Pelos custos e tempos de informação e coordenação, a centralização das políticas públicas tende à ineficiência. Por outro lado, a descentralização pura e simples desrespeitará a isonomia, se produzir como resultado a oferta de serviços de qualidade variável conforme o grau de desenvolvimento econômico relativo da localidade ou região. Lembre-se que a justificação da solidariedade federativa está em tratar igualmente os cidadãos do mesmo país. Resultam obrigações a serem desincumbidas não apenas por transferências e subsídios, mas também e sobretudo pelo apoio à capacitação institucional das instâncias de governo subnacionais – e pela cobrança dessa qualificação.

A descentralização administrativa e política pode ser solapada pela centralização financeira e orçamentária. Para combinar responsabilmente essas descentralizações, sem ampliar as margens para arbitrariedades e dependências locais, é preciso desenvolver padrões de qualidade e investimento universais, nacionais, e sob tais parâmetros e controles abrir espaço para a diferenciação regional das demandas e o aperfeiçoamento das capacidades gerenciais e técnicas no nível local. Não basta formalizar a

responsabilidade solidária dos entes federados perante o cidadão e usuário dos serviços públicos; é preciso regulamentar a responsabilização da gestão em cada nível de governo pelo descumprimento dos padrões qualitativos e quantitativos de qualidade e investimento. Também a redução da autonomia federativa, pela intervenção federal, é remédio para crises agudas, mas não induz o aperfeiçoamento progressivo dos entes com competências e obrigações compartilhadas. Muito menos é suficiente a sanção pelo congelamento do repasse de verbas e transferências, ou pela suspensão de convênios e consórcios federativos – pune-se o ente subnacional, mas também seus cidadãos, e não se conserta o sistema para o futuro (CHAVES, 2010).

Fora do cenário das cidades globais e metrópoles de um país, e de seus estados e regiões mais estruturados politicamente e mais diferenciados economicamente, a universalidade abstrata do Estado nacional – monopolizador do poder, democraticamente legitimado, juridicamente limitado, com padrões de impessoalidade e certeza na administração pública – resiste a se enraizar nas realidades locais heterogêneas. Por isso, a capacitação institucional é condição para a descentralização, e esta pode progredir de forma diferenciada e condicional, passo a passo com o desenvolvimento – com apoio público e privado, estadual e nacional – das capacidades estatais subnacionais. Essas capacidades envolvem recursos pessoais, tecnológicos e organizacionais para programar as políticas públicas, da concepção à execução, do monitoramento à correção; para tomar decisões sem injunção particularista e obscura do poder econômico parquial; para monitorar e cobrar o desempenho e o profissionalismo do serviço público; para atuar segundo os ditames de um estado de direito (legalidade, impessoalidade, eficiência, isonomia, universalidade), monopolizando de fato o exercício da violência; para efetivamente impor a cobrança e praticar a arrecadação tributária; e, finalmente, para instituir

instâncias e procedimentos de controle não capturáveis pela disputa política ou por concessões corporativas.

Um federalismo experimental funda-se na ideia de que as relações “verticais” entre governo nacional e governos estaduais, e entre estes e as localidades, não devem ser apenas de legislação e regulação à distância, mas também hão de se estruturar em anéis colaborativos. A ação comum pela coordenação transfederal depende de que o governo nacional abra espaços onde, menos do que comandar, colabora; de que os governos estaduais ou locais definam áreas de colaboração e responsabilidades compartilhadas, políticas regionais conjuntas e recursos comuns, suspendendo dinâmicas de competição predatória; de que se desenvolvam regimes regulatórios que permitam controles e transparência de corpos administrativos semiautônomos, instituam meios de solucionar duplicação e sobreposição de serviços, papéis e responsabilidades, mas também desarmem condicionalmente vetos à capacidade das unidades federativas de propor, executar e testar iniciativas (PAINTER, 1998).

O federalismo clássico baseia-se em uma repartição horizontal estanque das competências entre os níveis de governo, com competências materiais exclusivas e competências legislativas privativas. A Constituição brasileira de 1988 abriu, ao lado deste figurino, espaço para o federalismo cooperativo, estruturado a partir de competências materiais comuns (artigo 23) e competências legislativas concorrentes (artigo 24). Políticas de educação, saúde e assistência, de cultura, meio ambiente e ciência, entre outras, estão constitucionalmente programadas para serem planejadas e executadas a partir da cooperação entre municípios, estados e a União. A organização efetiva dessa cooperação precisa contar com instrumentos.

A questão envolve ao menos dois aspectos: o que centralizar/ descentralizar e como centralizar/ descentralizar. Quanto ao primeiro, trata-se

da divisão de trabalho entre governo central e governos locais (entre União e estados, ou entre estados e municípios).

O federalismo cooperativo quer expandir o potencial de inovação das regiões. Depende de que se estructurem mecanismos de monitoramento, correção e difusão das inovações. Afinal, haverá tentativas e erros nas trajetórias divergentes experimentadas pelas diversas unidades e regiões da federação. Os erros não precisam ser repetidos e, segundo recomenda a solidariedade federativa, as vantagens advindas dos acertos de uns devem ser compartilhadas, difundidas para as demais regiões, estados e municípios. O destino de uma inovação bem-sucedida é, afinal, ser reestabilizada, integrada enquanto elemento rotineiro das práticas políticas e gerenciais de toda a federação.

O que deve ser centralizado são parâmetros, monitoramento, avaliação, difusão das melhores práticas e redistribuição de recursos para políticas públicas. O que deve ser descentralizado é a execução dessas políticas, com latitudes para a experimentação e a divergência local. Um federalismo experimentalista demandaria critérios universalistas de mensuração do desempenho, mecanismos de propagação das experiências bem-sucedidas e práticas de tomada de decisão que incorporassem em seu desenho, implementação e monitoramento os atores locais, a burocracia federal e o judiciário, evitando que as estratégias inovadoras sejam bloqueadas pelo exercício sancionador dos controles administrativos ou judiciais externos. Na divisão de trabalho da descentralização federativa, instâncias locais ganham mais liberdade para definir objetivos e estratégias, enquanto instâncias nacionais (ou regionais) determinam e cobram a conformidade com metas e métricas nacionais, agregando informações dos entes federados, comparando suas experiências e disseminando as melhores práticas e experiências de sucesso (DORF; SABEL, 1998).

O segundo aspecto da nossa questão diz respeito aos mecanismos de descentralização. O “princípio da simetria”, que toma a constituição federal (nacional) como paradigma para as constituições estaduais e estas como modelo para as leis orgânicas municipais, apenas deveria servir como critério interpretativo para a colmatação de lacunas: se algo não está regulado, aplica-se tratamento equivalente ao dado na legislação do nível federativo maior. Entretanto, os constitucionalismos estadual e municipal são subdesenvolvidos no Brasil – não apenas recursos são concentrados no nível nacional, mas também os próprios meios de inovação institucional e produção do direito.

3.1.1 Mecanismos de governança federativa

Além de alargar a divergência possível entre as programações jurídicas de cada estado e entre os direitos de cada município, ampliando a variedade regulatória dentro do país e dentro de cada unidade da federação, um federalismo experimentalista pode valer-se de três outros níveis de organização intraestatal: as regiões metropolitanas, os consórcios horizontais e os órgãos transfederais.

As regiões metropolitanas foram previstas no artigo 25, § 3º da Constituição Federal: “Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”. O Estatuto da MetrÓpole (Lei 13.089/2015) especifica os princípios e instrumentos do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) para as políticas públicas de interesse comum dos municípios em regiões metropolitanas. O Estatuto da MetrÓpole prevê alguns instrumentos de governança compartilhada e interfederativa para a organização do planejamento, gestão e execução das políticas públicas (funções públicas de

interesse comum, isto é, “translocal”). Dentre tais instrumentos, destacam-se, entre outros (artigo 9º): planos de desenvolvimento urbano integrado, operações urbanas consorciadas interfederativas, consórcios públicos, convênios de cooperação, contratos de gestão e parcerias público-privadas interfederativas.

Os consórcios públicos são regidos pela Lei 11.107/2005. Destaca-se no Brasil a recente organização de consórcios estaduais, responsáveis pela formação de níveis regionais de governança: é o caso do consórcio Brasil Central (criado em 2016), do Consórcio Amazônia Legal (2018) e do Consórcio Interestadual de Desenvolvimento do Nordeste (2019). Os resultados ainda não são obviamente mensuráveis a ponto de se firmar uma avaliação definitiva dessas iniciativas. Elas são, porém, um novo mecanismo de articulação da governança, na medida em que podem permitir a coordenação de políticas públicas entre os estados, o fortalecimento de seu poder de negociação junto à União e mesmo a captação de financiamentos internacionais diretamente negociados nos níveis regional e estadual.

Esses consórcios dão concretude a nova concepção de política regional. A política regional tradicionalmente tomou a forma de órgãos deliberativos regionais a gerirem recursos do governo central (caso paradigmático no Brasil é a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, SUDENE, autarquia idealizada por Celso Furtado e implantada durante o governo de Juscelino Kubitschek em 1959). Esses órgãos eram uma resposta ao diagnóstico de que a integração econômica entre regiões com marcadas diferenças de desenvolvimento tendia a causar a concentração de recursos – renda, riqueza e investimentos públicos e privados – nas regiões mais desenvolvidas, mais capazes de oferecer economias de escala e complementaridade (FURTADO, 2013). Era então necessário que

o governo central desse compensações e subsídios para as regiões “atrasadas”.

Uma concepção alternativa, como a proposta por Unger (ver TEIXEIRA, 2014), muda os objetivos e o método da política regional. Entende que ela pode se estruturar como consórcio entre os próprios estados-membros de determinada região; a delimitação da região há de atender, sobretudo, às sinergias e vantagens comparativas comuns, existentes ou potenciais. O objetivo, então, é equipar o empreendedorismo emergente e acalantar inovações – novos mercados, tecnologias e formas organizacionais – a partir dos recursos existentes. Para tanto, os fóruns regionais funcionam para orquestrar as políticas voltadas a desenvolver e dominar mais fases da agregação de valor nas cadeias produtivas. Assim, o objetivo regional compartilhado com o qual se afinam as próprias unidades da federação é colocar-se na ponta do desenvolvimento, ao menos em certos setores, em vez de enfileirar-se como vagão na locomotiva dos estados e regiões mais ricos. Além de uma estratégia comum de desenvolvimento econômico, é claro, as regiões haveriam de orquestrar as políticas sociais complementares e associadas a tal movimento.

Já para coordenar o exercício de competências comuns e concorrentes, e superar a acomodação em um esquema de combinação de omissões por parte das diversas instâncias federativas, uma solução é o estabelecimento de órgãos transfederais – com colegiados envolvendo as diversas instâncias da federação e procedimentos de colaboração e troca de informações entre as respectivas estruturas administrativas. Esses órgãos facilitariam o monitoramento, a avaliação e a correção das práticas (em vista dos parâmetros nacionais, com seus índices e métricas) e ajudariam a difundir conhecimentos sobre experiências bem-sucedidas testadas em uma ou outra região ou localidade. Ainda, ajudariam a unificar o planejamento e a fiscalização de uma multiplicidade de políticas e serviços, sob

regime capaz de abrir espaço à variedade sem gerar ineficiências, retrabalhos, ações desconexas e desperdício de recursos. Exemplos de governança transfederal no Brasil são o Sistema Único de Saúde (SUS), disciplinado pelas leis 8.080 e 8.142, ambas de 1990, e o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), regido pela lei 12.435/2011. Ainda restam muitos aperfeiçoamentos nesses sistemas, em termos de métricas de avaliação e mecanismos de responsabilização e correção da gestão local, padrões nacionais de investimento e canais redistributivos (CHAVES, 2010).

Os órgãos transfederais são também um epicentro para que se desenvolvam parâmetros corretivos pelos quais as diversas instâncias de governo possam se apoiar no conserto de redes de serviços públicos defeituosas e administrações que persistam no descumprimento dos padrões universais de investimento e gestão. Quer dizer: além da colaboração de rotina, os entes da federação podem unir esforços em missões de recuperação administrativa.

3.1.2 Missões de recuperação administrativa de políticas públicas

Pode-se identificar dois modos de funcionamento do experimentalismo em políticas públicas. Um modo é a execução rotineira dessas políticas, com latitudes para divergência e mecanismos de avaliação e revisão. O outro são as missões de recuperação administrativa pontual. Os institutos da intervenção federal ou estadual (artigos 34 e 35 da Constituição Federal) são desenhados para aplicação em circunstâncias muito excepcionais e restringem muito severamente a autonomia governamental do ente que sofre a intervenção. Para a correção de políticas públicas (estaduais ou municipais) que venham falhando reiteradamente, com problemas persistentes de gestão, é preciso uma intervenção pontual, cirúrgica, mas estrutural, por meio da qual uma junta de especialistas coordenada por diferentes instâncias federativas possa realizar reformas na

rede de serviços (de saúde, de educação, de pesquisa) defeituosa. Trata-se de atuação para a qual os poderes e órgãos clássicos do Estado não estão capacitados: a burocracia pública está desenhada para a execução rotineira de políticas e serviços, não para sua correção pontual; o judiciário trata de soluções individualizadas, mas tem problemas de legitimação e capacidade operacional para realizar “injunções estruturais” (UNGER, 2004, p. 46-50). Portanto, o federalismo cooperativo experimentalista e as parcerias público-privado-comunitárias, além da colaboração rotineira intraestatal e extraestatal, dão novas oportunidades para se encontrar o agente adequado a tal tarefa corretiva.

Tomemos o exemplo da educação pública (UNGER, 2001a, p. lxxxiv). Uma rede de cooperação envolvendo suporte estatal e a comunidade local há de assegurar as condições para a dedicação da criança à escola e ao estudo. Garantias de investimento educacional mínimo para cada criança ou jovem, com a cobrança de desempenho educacional mínimo para cada escola, viriam junto com a redefinição do federalismo cooperativo, articulado em torno de mecanismos de redistribuição (mais recursos para regiões com menor renda *per capita*) e corpos colegiados transfederais de supervisão (ou, em sua ausência, gestores independentes definidos por concurso e/ ou indicação judicial, por analogia à recuperação de empresas). Esses órgãos poderiam fazer intervenções reconstrutivas temporárias, corretivas, em escolas que fracassassem em atingir os resultados esperados.

3.2 Autorregulação construtiva

O Estado de bem-estar social foi construído com base em um direito finalístico, que estabeleceu amplamente fins que o aparato público deveria perseguir, abrindo-lhe a discricionariedade quanto à escolha dos meios com que promover aqueles objetivos. Esses meios são as políticas públicas.

Nos Estados Unidos, todo o pensamento jurídico após a Segunda Guerra Mundial, e especialmente durante o auge do Estado de bem-estar social, foi moldado por essa visão (NONET; SELZNICK, 2001, cap. 4).

Tem-se apontado, entretanto, que tal concepção depende de uma centralização burocrática excessiva, pouco eficaz à governança de uma sociedade policontextural. Teubner (1986) diagnosticou um trilema quando o direito trata de regular os demais sistemas sociais: ou (1) o sistema jurídico assume sua ineficácia e simbolismo, sua incapacidade regulatória diante de arenas sociais regidas por “regras” próprias (como as disputas políticas, a competição econômica, o capital cultural que rege as oportunidades de acesso ao sistema escolar...); ou (2) o direito é instrumentalizado, invadido pelos imperativos de outros sistemas (cedendo à “razão de Estado” política, ao poder econômico etc.); ou (3), ao tentar regular outros âmbitos sociais, lhes bloqueia o funcionamento, juridificando-os (travando a política, distorcendo os incentivos econômicos, criando privilégios no acesso a serviços públicos e benefícios sociais).

Como visão para uma saída desse trilema, os conceitos de “direito reflexivo” (TEUBNER, 1983) e de “programas relacionais” (WILLKE, 1986) encaminham propostas que dizem respeito a formas de programação jurídica pelas quais o Estado abre espaço a outras ordens jurídicas e remete certas matérias a essas ordens jurídicas privadas ou público-privadas, mais bem acopladas a outros sistemas funcionais, como a economia, a educação ou a ciência. Em outros termos, aqui o direito estatal cuida de parâmetros “metarregulatórios”: de regulação da autorregulação (AMATO, 2018, p. 249, 257). O Estado desempenha um papel de controle, uma prestação construtiva de indução à auto-organização dos sistemas de saúde e educação, por exemplo, ao mesmo tempo em que seleciona competitivamente as organizações e coopera com elas na definição de parâmetros para políticas públicas.

No desenho das relações interorganizacionais, tem-se destacado a necessidade de formatar arranjos cooperativos de modo a facilitar a autocorreção da tomada de decisões de política pública por uma forma descentralizada de parceria entre organizações públicas e privadas, entre o Estado que apoia os outros sistemas e organizações (da saúde, da educação etc.) e os monitora, as sociedades e associações privadas que levam informações e demandas de apoio institucional ao Estado e organizações intermediárias (mistas) de coordenação experimental (SABEL; REDDY, 2006; UNGER, 1998, p. 187-212).

Para que este tipo de neocorporativismo não recaia nos vícios da caça à renda, do uso patrimonial e clientelista dos recursos públicos e da captura regulatória, é necessário garantir a “autonomia inserida” (EVANS, 1992) da burocracia pública: nem seu alheamento às demandas efetivas (da economia, da educação, da saúde etc.) nem sua corrupção pelos poderes privados enraizados nesses setores. Algumas medidas devem sustentar tal autonomia: 1) a construção de carreiras de Estado e de mecanismos de imunidade da burocracia diante dessas pressões; 2) a execução efetiva de critérios de monitoramento, avaliação e seleção dos parceiros privados; 3) o próprio pluralismo na indução à auto-organização e à competição entre diferentes organizações representativas dos vários setores e interessadas em colaborar na provisão de informações, políticas e serviços públicos. Mais amplamente, Unger (2015a) propõe que a transparência, a responsabilização e o monitoramento da administração pública precisam ocorrer: (a) em cada departamento, por si mesmo; (b) depois, por um ministério; (c) por um órgão administrativo fora do executivo, e finalmente (d) fora do Estado, pela sociedade civil (isto é, por conselhos participativos).

3.3 Parcerias público-privado-comunitárias

A provisão de serviços públicos requer formas de apoio à auto-organização em variados sistemas funcionais – por exemplo, sociedades cooperativas de profissionais da educação e da saúde autogeridos –, que podem fornecer serviços de maneiras mais experimentais e qualificadas que a estrutura unitária da burocracia estatal.

Toda a ordem social depende de certa coevolução e acoplamento entre políticas de Estado e iniciativas ancoradas nos demais sistemas – economia, saúde, educação. Assim, a disjunção mítica entre o público e o privado perde lugar para a pergunta sobre a forma como a política se acopla seletivamente aos demais sistemas sociais (referidos tradicional, mas enganosamente, como a “sociedade civil” ou o “setor privado”).

A obrigação constitucional de que o Estado proveja serviços públicos, enquanto meio adequado à efetivação dos direitos prometidos, deixa em aberto a questão: o Estado deve garantir o acesso (à saúde, à educação, à cultura, ao emprego), mas tal obrigação correspondente aos direitos pode ser desincumbida pela provisão direta de bens e serviços, pela regulação dos negócios privados ou, como ocorre na prática, pela combinação de ambas as formas. Assegurar a universalidade do acesso acaba por envolver, enfim, um terceiro gênero mediador entre essas categorias: aquele que se refere aos pontos de articulação entre a infraestrutura pública e seus serviços e a garantia do provimento de bens e serviços no mesmo setor por organizações fora do Estado – organizações com fins lucrativos ou não (empresas, associações, ONGs, negócios sociais).

Assim, do lado dos serviços públicos – exemplarmente os de saúde –, em vez da provisão em massa de serviços de baixa qualidade (cujas universalidade é comprometida tanto pela falta de recursos quanto pelo desinteresse que as classes mais influentes têm, ao se refugiarem em

planos de saúde privados), uma diretriz plausível seria a especialização do Estado em prover os serviços básicos e atuar prospectivamente no desenvolvimento tecnológico daqueles serviços mais custosos e complexos. Entre esses extremos, não há a única opção de abertura à competição privada e respectiva regulação, mas também as formas de parcerias com organizações sociais e cooperativas na oferta público-privada de bens e serviços (UNGER, 2009, p. 85-7; 2015b, p. 246-7; 2017, p. 69; 2001a, p. 470.).

Termos de colaboração e contratos de gestão entre o poder público e “organizações sociais” – isto é, entidades sem fins lucrativos (associações, fundações, cooperativas) – podem instituir seleção competitiva, financiamento público, acompanhamento por metas e responsabilização dos dirigentes pelos recursos recebidos e serviços prestados (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 317-26; 1998, p. 235-50). Ou mesmo se pode pensar em parcerias público-privado-comunitárias, envolvendo negócios sociais e investimento de impacto socioambiental, por associação entre investidores privados, capital estatal e fornecedores auto-organizados de serviços produtivos, ambientais, educacionais, sanitários, culturais. Uma vantagem da prestação de serviços públicos por entidades não estatais é a maior flexibilidade para contratação de pessoal e insumos, além de parâmetros de administração profissional, com eficiência e autonomia gerencial.

Esses serviços não são atividades naturalmente monopolísticas, a sugerirem exploração direta pelo Estado, com especiais riscos em caso de privatização. Por outro lado, a universalidade de cobertura que se pretende de um sistema público pode contrastar com a falta de interesse privado em investir em certos mercados, serviços e regiões. O financiamento parcial pelo Estado, a partir de seleção competitiva, permite a estruturação de um setor público não estatal – que não é departamento do Estado, com seus

poderes e competências, nem puramente empresa privada, com desempenho mensurado por lucro.

Educação e saúde, por exemplo, dependem altamente de informações sobre preço e qualidade e da possibilidade de escolha efetiva (e de “saída”), variáveis que podem não ser articuladas nem puramente pelo mercado, nem centralizadamente pelo Estado. A produção das artes, por outro lado, é presa fácil de preferências e favorecimentos estatais, ou da distorção mercadológica que reproduz assimetrias, barreiras e limites da cultura industrializada pelos meios de comunicação de massa. Fenômeno análogo ocorre com o jornalismo. O fomento ao pluralismo – à dispersão de produtores e provedores, à democratização do acesso aos recursos e meios para essa produção – é importante em todos esses casos.

Para que surta seus efeitos em melhoria da eficiência, e também em independência de injunções políticas, essa política de parcerias depende de que haja incentivos, regras e políticas que levem à multiplicação dessas organizações, que facilitem a associação dos profissionais das artes, da educação, da saúde. Só assim pode haver pluralismo de candidatos, parceiros e métodos, e uma seleção realmente competitiva.

Por outro lado, a provisão de serviços públicos dentro da própria estrutura do Estado pode vir a ganhar atributos especiais de autogestão, experimentalismo e controle do desempenho. Nesse sentido, instituições de excelência em setores como ciência, educação ou saúde podem vir a firmar contratos de autonomia (*e.g.* ESCOLA BÁSICA DA PONTE, 2013) que expandam suas prerrogativas de desvio dos regimes-padrão, fazendo-as servir de laboratórios para práticas inovadoras, a serem progressivamente disseminadas.

Outro exemplo de parceria, análoga àquela com organizações sociais para a provisão de serviços públicos, é a comunitária. Por exemplo: por seu potencial de repercussão de vantagens e desvantagens econômicas, a

educação é um setor sensível das políticas públicas. O vínculo entre escola e família é crítico na potencialização do sucesso ou do insucesso escolar. A escola tem que muitas vezes compensar a incompetência das famílias em prover os pré-requisitos cognitivos e comportamentais para o estudo. Como nos direitos sociais de modo geral, a política educacional depende de o Estado prover infraestrutura e receber informação e apoio das comunidades, que atuem assim como rede de proteção e monitoramento das políticas implementadas (UNGER, 1998, p. 182-7).

A auto-organização dos variados sistemas funcionais é crucial para a sua complexificação, que não pode ser contida nos termos de uma única organização, inclusive do Estado. Mas as “falhas de governo” e os vícios da centralização burocrática contrapõem-se, de outra parte, a “falhas de mercado” (por exemplo, as grandes assimetrias de informação nos serviços de saúde, ou as altas externalidades positivas da formação profissional ou da pesquisa científica). Há insuficiência do investimento privado nesses setores ou ocorre a instrumentalização desses sistemas por agentes privados poderosos, que podem atingir a própria integridade das operações de produção do conhecimento especializado, de formação profissional ou de atendimento médico (submetendo-as a critérios estritamente mercadológicos de produtividade e lucratividade, por exemplo). O Estado pode (e deve – por uma interpretação adequada dos direitos fundamentais que assim o obrigue) não apenas cingir-se a uma função de controle antitruste nesses mercados ou de regulação setorial da saúde, da educação etc., mas pode-deve cumprir a função de estruturar esses serviços públicos, não necessariamente apenas por meio da administração pública, mas possivelmente em parceria com outros agentes privados e com as próprias comunidades interessadas. Se por meio de parcerias público-privadas, o Estado pode atrair capitais necessários para suas políticas, por meio do engajamento comunitário passa a contar com uma base de legitimação

para essas próprias políticas e um mecanismo de correção, dado o envolvimento dos próprios usuários-interessados.

Neste tripé – em que se fundam as “parcerias público-privado-comunitárias” –, o Estado pode assumir funções de selecionar competitivamente seus parceiros privados (provedores de capital ou prestadores de serviços), estabelecer parâmetros para as políticas e serviços prestados e avaliar sua execução. Mas pode também atuar como investidor-âncora ou investidor-anjo em empreendimentos (educacionais, científicos, sanitários) que demandem um investimento inicial estratégico para o negócio, podendo com o tempo o Estado desinvestir seu capital. Os vários níveis de controle devem garantir ao Estado uma autonomia burocrática para que as políticas não se degenerem em clientelismos e favorecimentos (a fornecedores ou consumidores dos serviços); os órgãos de coordenação entre os vários níveis de governo e entre o Estado, a comunidade especializada (*e.g.* universidades, associações, fundações) e os profissionais de cada setor (em regime cooperativo ou empresarial), por outro lado, devem garantir que as políticas públicas não se alheiem das demandas e inovações em cada área (pedagógicas, médicas etc.).

Dos parceiros privados, por sua vez, exige-se, de uma parte, a contribuição para a capitalização do negócio e o conhecimento técnico e de gestão da prestação do serviço. De outra parte, requer-se a conformidade com os parâmetros aprovados e monitorados pelo Estado (deste, frise-se, é demandada a seleção competitiva desses parceiros).

Finalmente, a comunidade afetada pela política ou serviço e nele interessada deve ter sua parte. Nesse sentido, é possível pensar desde esquemas de copropriedade (participação societária) de organizações criadas para a prestação desses serviços e execução dessas políticas (por exemplo, por meio de sociedades cooperativas) até a participação apenas no nível da governança e gestão de tais políticas ou serviços.

3.3.1 Governança dos recursos comuns

Os trabalhos de Elinor Ostrom fornecem uma série de ferramentas analíticas para a avaliação dos arranjos institucionais que envolvem a propriedade e gestão de bens e recursos comuns (os “*commons*”). Na medida em que possamos entender muitos dos direitos fundamentais e das políticas públicas como instituições relacionadas à provisão desses bens e serviços, sua teoria contribui para adensar a visão das formas de organização da participação comunitária na própria concretização daqueles direitos e políticas.

A governança de um recurso como a água – e, por que não, a educação e a saúde – exige uma ação coletiva que pode compreender a constituição de uma associação civil, o desenho legislativo, eleições locais e o apoio judiciário. Os termos “propriedade privada” ou “propriedade coletiva” não parecem então úteis à descrição de qual é, afinal o conteúdo de uma instituição (OSTROM, E., 2014, p. 85). Melhor se pensar em “arenas de ação”. Uma “arena de ação” é formada por atores aos quais se atribui determinada posição no contexto. Essas posições estão associadas a informação e controle sobre os recursos, isto é, a uma série de condutas permitidas, incentivadas ou vedadas. O contexto é recortado diante de variáveis externas e define os custos e benefícios associados aos resultados potenciais.

A arena de ação na gestão de determinado recurso inclui três grupos de variáveis (OSTROM, E., 2014, p. 87): (1) as regras adotadas pelos participantes; (2) os atributos de estados do mundo que influem sobre tal regulação; (3) a estrutura geral da comunidade na qual tal arena de ação está inserida. “Regras são entendimentos compartilhados entre aqueles envolvidos que se referem a prescrições executáveis sobre quais ações

(ou estados do mundo) são exigidas, proibidas ou permitidas” (OSTROM, E., 2014, p. 88).

Um analista pode identificar a configuração de diferentes tipos de regras que explicam as ações e resultados advindos da ação coletiva da comunidade gestora de um bem. Elinor Ostrom (2014, pp. 91-2) identifica sete tipos de regras que determinam tal configuração:

- (1) *Regras de fronteira*: definem o número de participantes, seus atributos e recursos, as condições de entrada e saída na gestão dos recursos. Por exemplo: pode-se exigir que o participante da organização gestora de determinado recurso seja apenas o residente local, ou determinada classe de profissionais; pode-se definir o pagamento de algum valor ou a alienação de algum direito para a entrada na organização; quanto a regras de fronteira, costuma-se recomendar a limitação do número de pessoas autorizadas a se apropriarem de um recurso de uso comum. A cooperação é limitada, e depende de uma densa teia de reciprocidade e confiança, com participantes conhecidos na comunidade, com relações e interesses de longo prazo e que sofreriam graves perdas reputacionais em caso de violação das regras (OSTROM, E., 2014, p. 94);
- (2) *Regras de posição*: definem as posições relativas na situação, isto é, como alguém deixa de ser apenas um membro do grupo em geral e passa a exercer determinada tarefa especializada, na divisão de trabalho coletiva;
- (3) *Regras de escopo*: delimitam os resultados potenciais e as ações a eles vinculadas. São os entendimentos compartilhados sobre os bens que se está gerindo e o que se pode ou não fazer com respeito a eles;
- (4) *Regras de escolha*: junto ao conhecimento sobre a natureza, determinam o espectro das decisões possíveis e seus resultados esperados; incluem a determinação sobre as formas possíveis de uso e fruição de determinados recursos, inclusive das técnicas e tecnologias autorizadas ou proibidas;
- (5) *Regras de agregação*: determinam o nível de influência que o participante em determinada posição detém sobre as decisões a respeito da gestão do recurso;
- (6) *Regras de informação*: determinam o grau de publicidade ou privacidade de uma ou outra informação;

- (7) *Regras de recompensa*: estabelecem os custos e benefícios de certos resultados, os incentivos e dissuasões para determinadas condutas. Definem-se sanções positivas ou negativas, pecuniárias (multas) ou de expulsão, órgãos e procedimentos de monitoramento e sanção, e a intensidade da responsabilização.

Na prática, a configuração daquelas diversas regras se dá por testes de experiência e por intuição, até que se encontre a combinação que funciona. Considerando a “não linearidade e complexidade das situações de ação, é difícil prever o efeito produzido pela mudança de determinada regra” (OSTROM, E., 2014, p. 94): por exemplo, a alteração de uma regra de fronteira que diminua o número de participantes diminui também a probabilidade de quebra das regras de escolha; mas reduz ao mesmo tempo o número dos potenciais vigilantes sobre as condutas desviantes e respectivas sanções (regras de recompensa).

Essas regras muitas vezes estão institucionalizadas em um nível tácito, informal, do saber local dos participantes. E. Ostrom (2014, p. 93) destaca alguns pressupostos da ação humana, como os de que as decisões tomadas por um indivíduo visam a aumentar o benefício líquido para si e potencialmente para outros, e de que as escolhas são tomadas em um quadro cultural dado, mas tentam alterar a estrutura da situação em que se encontram. Daí que recomende uma “governança policêntrica” auto-organizada, pela qual os sistemas de regras que tratam da gestão de um recurso aumentem sua capacidade adaptativa, combinando processos de cima para baixo com a configuração local de regras. Esse sistema multinível inclui em seu desenho instâncias e procedimentos de solução de conflitos, de aprendizagem, de monitoramento e de aperfeiçoamento regulatório. É uma alternativa tanto à gestão local isolada quanto à centralização burocrática. Busca aumentar a experimentação das políticas adequadas para evitar a “tragédia dos comuns” – quando a apropriação de recursos

coletivos segundo a racionalidade privada individual acaba por gerar a destruição desses recursos, e não seu uso eficiente, como se esperaria de uma harmonização natural dada pela “mão invisível” do mercado.

E. Ostrom (2014, pp. 102-3) aponta as vantagens e os limites dessa governança policêntrica inserida na comunidade que se beneficia do próprio recurso comum – ou, no nosso caso, de qualquer serviço ou política pública. Dentre as vantagens, destaca-se o uso de conhecimentos locais e o caráter “desagregado” das respostas: todos individualmente colaboram com seus saberes e avaliações, de modo que uma multiplicidade de pontos de vista é considerada, com a rapidez da experiência imediata junto aos recursos. A rede de confiança entre os participantes diminui os custos de execução das regras e de monitoramento da conformidade. No mesmo sentido, a redundância garantida por múltiplas instâncias de elaboração, interpretação e execução das regras é vista ainda como uma vantagem, e não como um retrabalho inútil. De outra parte, há os riscos: da falta de mobilização para a organização coletiva, incluindo o oportunismo daqueles que desejem se beneficiar dessa organização sem contribuir para tanto; do fortalecimento de conflitos, discriminações e tiranias locais, que reafirmem seus interesses contra a participação democrática e o esclarecimento republicano das deliberações; da estagnação, quando a governança local deixe de considerar novidades na situação de fato e nas técnicas e conhecimentos que exijam um aperfeiçoamento da regulação. A governança de recursos comuns de grande escala também se coloca como um desafio.

Assim, E. Ostrom (2014, pp. 103-5) rejeita a visão que romantiza e idealiza o autogoverno local diante das instituições organizadas em escala nacional ou global. A variedade de desafios ambientais e sociais envolvida na gestão de recursos comuns recomenda os sistemas policêntricos de governança, que, embora possam não atingir combinações ótimas de regras, tendem – segundo evidências – a um desempenho melhor do que sistemas

puramente centralizados ou puramente descentralizados de gestão. Falhas da gestão local – como a falta do conhecimento no estado da arte ou o reforço de hierarquias e discriminações entrincheiradas – podem ser remediadas, de um lado, pelos critérios e canais procedimentais da burocracia mais centralizada; de outro, pelo contato com instituições universitárias, por parcerias que assessoram os gestores e difundam as informações de ponta. Em um sistema policêntrico, cada unidade tem uma discricionariedade considerável para criar e executar suas próprias regras e políticas; algumas unidades têm escopo mais amplo de governo e fornecem apoio jurídico e judicial, outras são especializadas na forma de distritos especiais, associações privadas ou agências locais de governo. O próprio federalismo, como abordado neste trabalho, é um exemplo desse esquema de auto-organização experimental e multinível.

Conclusão

Em uma sociedade funcionalmente diferenciada, a inclusão em um âmbito social não significa necessariamente inclusão em outro setor. A inclusão social – ponto de chegada dos direitos sociais – deve, portanto, ser tratada de sistema a sistema. O Estado, como sistema organizacional com especial capacidade estruturante para os demais sistemas, usa os meios do sistema funcional da política (poder), mas também consegue acumular meios como dinheiro e saber, adentrando sistemas como a economia ou os serviços especializados de educação e saúde.

Partindo de tal entendimento, este trabalho avançou algumas propostas de uma construção institucional capaz de expandir o experimentalismo dentro do Estado e em cooperação com outros sistemas funcionais e organizacionais. Tais propostas alinham-se à concepção de Willke (2016, p. 27-33) de que a policontexturalidade sistêmica exige que qualquer “intervenção” deva ser contextural, isto é, alinhada à dinâmica

autorreferente do sistema no qual se intervém. Se pensarmos as políticas públicas como esse acoplamento capaz de fortificar a aprendizagem mútua dos sistemas (política e educação, saúde, economia etc.), reconhecendo que a abertura cognitiva dos sistemas repousa em seu fechamento operacional, alguns requisitos vêm à tona. A intervenção exige autolimitação do sistema interventor e adaptação aos critérios e dinâmicas do sistema que está sendo apoiado, com fomento à capacidade de auto-organização deste sistema. A construção de interfaces procedimentais – âmbitos de negociação (conselhos, comitês, comissões), organizações intermediárias mistas (público-privadas), procedimentos regulados de seleção e monitoramento – ajuda a encaminhar produtivamente os conflitos e reger os discursos dos representantes de cada sistema funcional e organizacional em heterorreferência. O que se visa, afinal, é menos ao consenso do que à conectividade de novas informações, à tradução das comunicações de um sistema a outro, conforme seus códigos, programas e intransparências mútuas. O ponto de chegada é uma expansão das opções (políticas, educativas, sanitárias, assistenciais, artísticas) para cada sistema; portanto, uma ampliação de sua liberdade.

Referências

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais**: direitos e poderes. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

_____. **Construtivismo jurídico**: teoria no direito. Curitiba: Juruá, 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o estado republicano**: democracia e reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

_____. **Reforma do estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998.

CHAVES, Vitor Pinto. Políticas públicas e reconstrução do federalismo brasileiro. **Interesse Nacional**, São Paulo, vol. 3, n. 9, pp. 38-47, 2010.

DORF, Michael C.; SABEL, Charles F. A constitution of democratic experimentalism. **Columbia Law Review**, New York, v. 98, n. 2, p. 267-473, 1998.

DUTRA, Roberto. Sistema político-administrativo e interações na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 35, n. 102, p. 01-21, 2020.

ESCOLA BÁSICA DA PONTE. **Contrato de autonomia**. Lisboa: Governo de Portugal, Ministério da Educação e Ciência, 2013. Disponível em: <<http://www.escoladaponte.pt/ficheiros/doc/orienta/CA.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2017.

EVANS, Peter. The state as problem and solution: predation, embedded autonomy, and structural change. In: HAGGARD, Stephan; KAUFMAN, Robert (Eds.). **The politics of economic adjustment: international constraints, distributive conflicts, and the state**. Princeton: Princeton University Press, 1992. pp. 139-181.

FULLER, Lon Luvois. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), vol. 92, n. 2, pp. 353-409, 1978 [1961].

FURTADO, Celso. Nova concepção de federalismo. In: D'AGUIAR, Rosa Freire (Org.). **Celso Furtado Essencial**. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2013. pp. 377-385.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

_____. **Political theory in the Welfare State**. Translated John Bednarz Jr. Berlin: De Gruyter, 1990.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition: toward responsive law**. 2 ed. New Brunswick: Transaction, 2001.

OSTROM, Elinor. Institutions and sustainability of ecological systems. *In*: GALLIANI, Sebastian; SENED, Itai (Eds.). **Institutions, property rights, and economic growth: the legacy of Douglass North**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 84-106.

OSTROM, Vincent. **The meaning of American federalism: constituting a self-governing society**. San Francisco: Institute for Contemporary Studies, 1991.

PAINTER, Martin. **Collaborative federalism: economic reform in Australia in the 1990s**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

POLANYI, Michael. Profits and polycentricity. *In*: _____. **The logic of liberty: reflections and rejoinders**. Indianapolis: Liberty Fund, 1951. pp. 170-188.

PRESSMAN, Jeffrey L.; WILDAVSKY, Aaron. **Implementation**. 3 ed. Berkeley: University of California Press, 1984.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. **Georgetown Law Journal**, Washington, vol. 100, n. 1, pp. 53-93, 2011.

_____.; REDDY, Sanjay. Learning to learn: undoing the Gordian knot of development today. **Columbia Law and Economics Working Paper** No. 308. New York: Center for Law and Economic Studies, 2006.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. A economia política da transformação do nordeste: de Furtado a Unger. **Caderno CRH: Revista de Ciências Sociais do Centro de Estudos e Pesquisas em Humanidades da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, vol. 27, n. 70, pp. 201-214, 2014.

TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. *In*: _____. (Ed.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986. p. 299-325.

_____. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.

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

UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental**: repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018a.

_____. **A economia do conhecimento**. Tradução de Leonardo Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018b.

_____. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito**: outro tempo, tarefa maior. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

_____. **Seminário Reforma Gerencial 20+20**. São Paulo: FGV, 2015a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Skbh68lmPaE&t=26s>>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Conclusion: The task of the social innovation movement. *In*: NICHOLLS, Alex; SIMON, Julie; GABRIEL, Madeleine (Eds.). **New frontiers in social innovation research**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015b. p. 233-251.

_____. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 257, p. 57-72, 2011.

_____. **The left alternative**. London: Verso, 2009.

_____. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. 2 ed. London: Verso, 2001a.

_____. **A segunda via**: presente e futuro do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2001b.

_____. **Democracy realized**: the progressive alternative. London: Verso, 1998.

WILLKE, Helmut. Formas de autoorientación de la sociedad. Tradução de Aldo Mascareño. **Revista MAD**, Santiago, v. 34, p. 1-35, 2016.

_____. Three types of legal structure: the conditional, the purposive and the relational program. *In*: TEUBNER, Gunther (Ed.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986. p. 280-298.

Direito e economia no Supremo Tribunal Federal: um estudo sociológico sobre o controle abstrato de constitucionalidade de direitos econômicos entre 1988 e 2018 ¹

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

1 Introdução

O direito econômico é um ramo jurídico de difícil definição em virtude da variedade e abrangência de seu conteúdo, cujo desenvolvimento foi constatado no início do século XX. Ao longo da história é possível notar diferentes experiências qualificadas como “econômicas” pelo sistema jurídico, tais como: direito do desenvolvimento; direito do planejamento econômico; direito da concorrência ou, ainda, direito da regulação dos mercados.²

Para algumas perspectivas mais radicais - como a posição do jurista italiano Francesco Carnelutti - a vinculação entre direito e economia é, em verdade, uma constatação de origem já que a guerra, a propriedade e o contrato podem ser reputados como fenômenos econômicos antes de serem jurídicos. A tarefa, então, de definir um conteúdo para o direito econômico perde propósito já que qualquer matéria jurídica possui sempre um fundo econômico na sociedade.

¹ Uma primeira versão deste texto foi publicada como “Direitos econômicos, sociedade e o Supremo Tribunal Federal: observando a atuação da corte no controle abstrato”. In *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 1, p. 99-123, mar. 2020. O estudo apresentado é derivado em parte de pesquisa de doutorado do autor, com apoio da Fapesp, intitulado *Tribunais, complexidade e decisão: o argumento consequencialista no direito brasileiro*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. O presente texto foi ampliado e atualizado.

² As normas de direito econômico disciplinam desde ações para o desenvolvimento, como a elaboração de planos econômicos, dirigindo-se à toda a coletividade, mas também se reservam a proteger direitos subjetivos individuais, por exemplo, ao possibilitar as operações de fusões e aquisições nos mercados ou ao reprimir o abuso de poder econômico de um dado agente econômico.

A despeito da dificuldade de encontrar uma definição última sobre direito econômico prevalece um ponto em comum em relação a todas as experiências mencionadas: o direito econômico viabiliza o tratamento jurídico de uma política econômica e, com efeito, dos agentes (públicos e privados) que dela participam.³ Este texto argumenta que o direito econômico é uma área transformadora do direito, pois, exige, a todo o momento, das organizações jurídicas uma revisão sobre como a adjudicação deva ocorrer para zelar uma política econômica.

Assim, para decidir sobre demandas envolvendo direitos econômicos, a autoridade necessita saber primeiro como operar com o fato econômico, seja via exame da eficiência (*eg.*, análise econômica do direito) ou da análise da conjuntura macroeconômica, seja por meio de outras metodologias jurídicas e extrajurídicas. O desafio é entender como o direito traduz o fato econômico, eventualmente produzindo uma nova comunicação e delimitando uma nova fronteira entre os sistemas jurídico, político e econômico – em verdade, para este texto, a definição dos limites entre os sistemas mencionados requer a observação das operações das organizações jurídicas.⁴

Desde 1934, durante o governo de Getúlio Vargas, observou-se a constitucionalização dos direitos econômicos no país. Isto significa que no Brasil, o direito é tanto forma prioritária e superior de organizar a ordem econômica (art. 170, CF/88), quanto meio de realizá-la mediante políticas

³ Vale resgatar Carnelutti ao afirmar que “o contato é um instrumento jurídico sem o qual não poderiam atuar as duas formas fundamentais da colaboração econômica: o intercâmbio e a associação. Os dois contratos típicos, sob este aspecto, são a venda e a sociedade, mas em torno deles veio florescendo e constantemente germina novamente uma flora contratual maravilhosamente rica” (p. 37). A “flora contratual” mencionada pelo jurista italiano pode representar justamente a questão do tratamento jurídico da economia (*ie.*, área da interpretação e argumentação jurídica), ponto tematizado neste texto.

⁴ Fábio Konder Comparato, observando a peculiaridade em relação ao método de aproximação entre direito e economia retrata com precisão o chamado “indispensável direito econômico”, pois “o surgimento do direito econômico representa um estímulo constante ao aperfeiçoamento das instituições jurídicas em função de seus objetivos concretos. A compreensão do direito como técnica incita à crítica e à renovação incessante do direito positivo” (2012, p. 472).

econômicas constitucionais - basta considerar as políticas de redução das desigualdades regionais (art. 3º, II e III da CF/88), da política urbana (art. 182, da CF/88), da política agrícola e fundiária (art. 184 e seguintes, da CF/88) ou da política de incentivo a micro e pequenas empresas (LC 123/2006). Estas políticas inseridas no texto constitucional, definem-se por normas constitucionais programáticas, que estabelecem objetivos e metas que devem ser concretizadas pela Administração Pública.

Todavia, nas últimas décadas, o que se observou foi uma série de dificuldades na concretização dessas normas, revelando uma tensão entre os sistemas sociais, mediados por diferentes operações organizacionais: tribunais; bancos; Estados e empresas estão imbricados a partir de diferentes relações jurídicas, com o intento de assegurar a ordem econômica.

Os tribunais, por exemplo, se transformaram num importante centro decisório destas políticas no país. Desde a superação da cultura dos juízes “boca da lei”, com o progressivo aumento de legislações que autorizam expressamente uma integração via argumentação e interpretação judicial na aplicação da lei, consolidou-se uma discussão sobre ativismo judicial vis-à-vis judicialização da política,⁵ o que também revela uma questão de fundo sobre os limites e o papel dos juízes na sociedade brasileira.

Qual é o papel dos tribunais em relação à efetivação dos direitos econômicos? De um lado, o ativismo enfatiza o exame dos comportamentos dos juízes. Argumenta-se que “é uma estratégia mais expansiva e proativa de interpretação do direito, usada pelos juízes para maximizar o sentido e o alcance das normas constitucionais” (Faria, 2017). Ativismo é uma visão exógena do papel dos juízes, que combina com o diagnóstico sobre a omissão e a ineficiência da atuação dos demais poderes do Estado, e que, em tese, justificaria a conduta proativa dos juízes em protegerem os

⁵ Para uma apresentação completa desta transformação veja Ferraz Junior, 2014.

direitos fundamentais ao julgarem os casos. Do ponto de vista do direito econômico, tal posição impõe a autoridade um ônus argumentativo maior já que implica em construção e aplicação de métricas que viabilizem o exame das consequências econômicas da decisão.

Do outro lado, a judicialização da política enfatiza a constante ampliação da forma do direito na sociedade, que, por sua vez, significa a juridificação de todo e qualquer problema social. Destaca-se que “é um fenômeno resultante da crescente complexidade socioeconômica do país, o que obrigou a Constituição a ter de tratar de uma ampla gama de matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária” (Faria, 2017).

Judicialização é uma visão endógena do papel dos juízes, que se ajusta com o diagnóstico da transformação da legislação e da interpretação jurídica no interior do direito após a promulgação da CF/88. Cada vez mais se observa a positivação de textos legais abertos e flexíveis no país, que se valem de diretrizes e princípios jurídicos para orientar a solução dos casos – como é o caso do princípio da liberdade econômica, base central que protege a ordem econômica brasileira via a livre iniciativa e a liberdade de trabalho.⁶

Tais perspectivas podem ser consideradas como faces da mesma moeda, pois a discussão de fundo tanto no ativismo como na judicialização é a ampliação do poder judicial na sociedade⁷ e, no caso desse texto, esta discussão está relacionada com a questão sobre como o direito traduz o

⁶ É possível interpretar esse movimento à luz do fenômeno do hiperpluralismo indicado por Karl-Heinz Ladeur ao mencionar o incessante alargamento de funções estatais que exige novas intervenções, bem como criam novos problemas de regulação. Diz o jurista alemão: “(...) em todos os países industrializados do ocidente, o pluralismo clássico do Estado Social, que se baseava nos grandes grupos sociais representativos, encontra-se em ruínas. Seu lugar é tomado por uma multiplicidade de pequenos grupos operantes e bem organizados de novos processos da fragmentação de interesses, aos quais também se acrescentam, crescentemente, o próprio interesse de funcionários públicos e de seus clientes na conservação de “deveres de proteção” exigidos por programas de assistência. Com essa constatação, não se trata de depreciar a legitimação política do legislador. Trata-se, entretanto, de conferir mais contornos às constituições intrínsecas da auto-organização social da econômica, dos meios de comunicação etc., que são garantidas por meio de direitos fundamentais” (2016, p. 139).

⁷ Veja a discussão apresentada por Nobre; Rodriguez, 2011.

fato econômico. O problema é entender, então, como e o que esta ampliação representa à luz dos casos concretos.

Para alguns autores (Gargarella et al., 2006), é possível aceitar esta ampliação na medida em que representaria o aumento do acesso à justiça. O ativismo poderia supor, por exemplo, uma maior aproximação dos juízes com a sociedade, pois ao observar que, agora, qualquer cidadão pode recorrer ao tribunal para proteger os seus direitos fundamentais, aí incluído o controle de políticas públicas que foram constitucionalizadas. A dificuldade estaria, então, em formular desenhos institucionais ótimos que assegurem o acesso prioritário de demandas mais graves e concretize a igualdade material de maneira eficiente na sociedade.

Outros autores (Tushnet, 1999 ou Waldron, 2014) seguem uma linha mais crítica em relação à ausência da legitimidade democrática para justificar este aumento dos poderes dos juízes. Subjacente à posição está a defesa da regra da maioria dos mandatários vis-à-vis as decisões judiciais. Discute-se, portanto, o papel contramajoritário dos juízes e as limitações que este papel impõe na articulação com os outros poderes do Estado, inclusive alertando para o risco de um governo dos juízes.

Este texto adota um outro caminho. Acredita-se que a Sociologia Jurídica pode revelar novas tensões não debatidas por entusiastas do ativismo ou da judicialização em relação à efetivação dos direitos econômicos. Sustenta-se que, na visão sociológica, sobretudo de raiz sistêmica, o interesse recai na observação da fixação dos limites do sistema do direito em relação ao ambiente social, bem como da constatação das operações organizacionais que transitam entre diferentes subsistemas sociais e produzem uma comunicação diferenciada em relação ao direito econômico.⁸

⁸ Em *Direito da Sociedade* Niklas Luhmann – importante representante da sociológica sistêmica – já indicava isto quando sustentava a transformação da organização do tribunal na sociedade, que cada vez mais passou a assumir a centralidade do sistema para se isolar cognitivamente, mas também para assegurar o fechamento operativo do

Por sinal, estas operações organizacionais confirmam a aquisição e transformação do conhecimento na sociedade, pois “direitos fundamentais como direito subjetivo tem efeitos transsubjetivos bastante importantes que residem na autonomia da auto-organização dos âmbitos sociais funcionais (economia, mídia, artes etc.)” (Lauder, 2016, p. 199). Isto exige entender que a prestação desses direitos não depende apenas da centralização da atuação do Estado, mas também da observação da auto-organização da sociedade em diferentes âmbitos funcionais via o desenvolvimento de um direito cooperativo e inovador.⁹

Afirma-se que o tema do ativismo ou da judicialização é, na verdade, um debate sobre os limites estabelecidos pelo sistema jurídico, que são revistos a todo instante quando o juiz decide as controvérsias. O interesse, portanto, reside na observação sociológica da argumentação jurídica, que deve ser parte integrante de uma teoria social que observa, simultaneamente, a autodescrição do direito e a da sociedade.

Este texto não busca defender modelos ou programas decisórios, mas busca compreender como estes limites são delineados pelos juízes no âmbito decisório de demandas envolvendo direitos econômicos no Brasil. Como será visto, ponto de destaque é entender o desenvolvimento de uma argumentação consequencialista nos tribunais, orientada para verificar os efeitos em disputa. Para tanto, este texto se vale de uma pesquisa jurisprudencial acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), no controle abstrato de normas no ordenamento em relação à proteção dos direitos

sistema. Qualquer tipo de demanda ensejaria uma decisão judicial, garantida pela vedação do *non liquet* (2016, pp. 274-281).

⁹ Para algumas leituras é o caso de resgatar e complementar o modelo clássico liberal de direito, diz Lauder: “Quando o Estado age de forma não paternalista, ele almeja distanciar-se da realidade produzida pela sociedade. Portanto, uma concepção liberal de direitos fundamentais, consequentemente, deveria perguntar-se se e até que ponto a sociedade (pós) moderna realmente se transformou e como o Estado e a Ordem Jurídica reagiriam a tal transformação, porém sem pressupor as tarefas de distribuição e alocação de forma incontestada e irrefletida” (2016, p. 197).

econômicos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), nos últimos trinta anos (1988-2018) de atuação desta corte.

Por meio da apresentação de uma amostra de julgados sobre a matéria, discute-se o comportamento decisório do tribunal, bem como são delimitados alguns aportes sociológicos que servem como ponto de partida para refletir sobre a relação entre o tribunal e a sociedade no país. Questiona-se: (i) O que autoriza juízes (não eleitos) a implementar políticas econômicas que são necessariamente premissas para um efetivo gozo dos direitos à saúde, educação, habitação entre outros? (ii) Afinal, na prática, tribunais são institucionalmente capazes de lidar com as complexas questões técnicas e políticas que permeiam este tema?

Na primeira indagação, discute-se a legitimidade dos juízes; na segunda, são trazidas a lume questões internas sobre a estrutura e a operação dos tribunais. No final, considerando o caso brasileiro, o texto indica as dificuldades de o STF gerir as incertezas jurídicas da economia, que, por vezes, acarreta maior turbulência social e, simultaneamente, revela a necessidade de uma maior abertura para a inovação e a cooperação entre as organizações sociais do direito.

2 Notas Metodológicas

Para discutir o tema da fixação dos limites do direito pelos juízes, o texto se vale de uma pesquisa jurisprudencial. A amostra é composta por julgados extraídos do STF; a opção por este tribunal justifica-se por sua posição como órgão de sobreposição responsável por assentar o entendimento e a interpretação do direito brasileiro, proferindo a última decisão nas matérias de sua competência, além da própria interface de uma corte constitucional em razão do acoplamento estrutural entre direito e política numa leitura sistêmica.

Diante deste recorte institucional, optou-se por trabalhar com a adjudicação de julgados referentes à aplicação de direitos econômicos assegurados constitucionalmente. Por direitos econômicos entendem-se temas relativos às normas de regulamentação da economia afetas às políticas cambial, monetária, salarial e de preços; e direitos sociais são casos conexos aos direitos da ordem social. Estes temas foram selecionados em razão da grande quantidade de normas programáticas que fixam objetivos e regras a estes direitos.

Vale destacar que no âmbito do direito econômico o STF se tornou verdadeiro protagonista em razão da proteção do Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”, da CF/88. Recentes julgados da corte viabilizam o exercício da atividade econômica em face de novas relações de produção, consagrada no país por meio da livre iniciativa e da liberdade profissional. Importante exemplo foi a decisão que protegeu a operação de serviços remunerados de transporte de passageiros por aplicativos em face da coerção arbitrária por parte do Estado (ADPF 449, rel. min. Luiz Fux, DJE de 2-9-2019).

Procedeu-se, ainda, a um recorte processual, selecionando-se apenas casos de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADI por omissão, ADC e ADPF) e com decisão já transitada em julgado, incluindo julgamentos monocráticos. Esta limitação é necessária em decorrência da quantidade de casos disponíveis, embora se admita a possibilidade de recortes por outros meios, sobretudo o recurso extraordinário.¹⁰ O respeito pelo trânsito em julgado é importante para que sejam analisados os argumentos vencedores e a eventual estabilidade das decisões da Corte diante de situações anteriores similares.

¹⁰ Sublinhe-se, inclusive, que muitos casos de controle de constitucionalidade acontecem de forma concreta e difusa pelos recursos extraordinários, o que não se discute no texto.

Cumpra lembrar que não se pretende, aqui, esgotar e codificar todos os casos possíveis nem apresentar uma palavra final sobre a adjudicação de direitos econômicos pelo STF. O interesse reside em verificar como os juízes fixam os limites do direito, por isso acredita-se que a observação sobre como os argumentos consequencialistas são mobilizados em algumas situações seja suficiente para indicar este propósito.

Em muitos casos de adjudicação de direitos econômicos, o juiz, ao decidir, acaba considerando em alguma medida as consequências de sua decisão de diferentes maneiras, seja para enfrentá-las ou não na solução da demanda. Admite-se, neste texto, que uma das formas de raciocínio jurídico é a que se desenvolve por meio dos argumentos de consequência ou do argumento consequencialista, aquele operado pelo tribunal a partir das consequências da decisão, independentemente do que tenha sido admitido e avaliado pela decisão.

Ao observar e analisar a crescente utilização de argumentos consequencialistas em juízo, é possível precisar o fenômeno da expansão da atuação dos juízes e tribunais para além do direito e compreender os efeitos da expansão da sua operação em outros sistemas (*i.e.*, econômico e político). Destarte, a amostra abrange jurisprudência do STF sobre controle concentrado de constitucionalidade relativo a direitos econômicos e sociais com repercussões econômicas com decisão transitada em julgado, incluindo julgamentos monocráticos, no período de 1988 a 2018. A partir desta delimitação, a busca realizou-se pela inclusão de palavras-chave no link “Pesquisa de Jurisprudência” do site do STF (<http://www.stf.jus.br/>), especificamente os termos “política cambial”, “monetária”, “salarial” e de “preços”, “ordem social”, “saúde”, “educação”, “cultura” e “seguridade

social”. Após a filtragem, a amostra foi comparada e ajustada com duas contraprovas.¹¹

Os resultados de controle concentrado com decisão final totalizam 3.045 casos, dos quais 301 (aproximadamente 10%) formam a população amostral da pesquisa:

Casos analisados por tipo de controle			
281 ADIs	4 ADIs por omissão	2 ADCs	14 ADPFs

Tabela 01. Casos analisados

A população amostral foi tabulada segundo os códigos construídos para extração do resultado, elaborados para responder às perguntas da pesquisa e atingir o objetivo deste texto. Os campos foram preenchidos com leitura do inteiro teor de todas as decisões finais (a última decisão de mérito), fossem elas acórdãos ou decisões monocráticas. Além dos dispositivos, foram considerados na leitura todos os votos disponibilizados por cada Ministro. Não se pode perder de vista que ações de controle de constitucionalidade comportam medidas cautelares, decisões finais (monocráticas ou colegiadas), embargos declaratórios e decisões em agravo regimental; por isso, houve o cuidado de observar se em tais atos existia algum argumento importante a ser analisado.¹²

Destarte, o texto apresenta o banco de dados e a análise quantitativa a fim de possibilitar uma observação crítica dos julgados.¹³ O banco de dados permitiu extrair padrões sobre como o STF atua em casos que exigem

¹¹ As contraprovas utilizadas foram o banco de dados do STF na área “Estatística do STF/Controle concentrado” (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>) e o banco de dados da pesquisa de Oliveira (2016).

¹² Deve ser lembrado que as ações de controle de constitucionalidade podem apresentar medidas cautelares, decisões finais (monocráticas ou colegiadas), embargos declaratórios e decisões em agravo regimental. Neste caso adotou-se o cuidado de observar se em tais atos existia algum argumento importante para ser analisado.

¹³ O detalhamento deste banco de dados, bem como a indicação das métricas e tabulações realizadas, serviu de material empírico para a pesquisa de doutorado deste autor e intitulada “Tribunais, complexidade e decisão”, cujo conteúdo pode ser acessado na íntegra no seguinte endereço: <https://repositorio.usp.br/item/002891134>

o exame de circunstâncias fáticas e de efeitos de programas governamentais, bem como compreender como a corte se comportou ao longo das últimas décadas. No final, o texto aponta, em termos sistêmicos, a própria autodescrição produzida pela corte, indicando os diferentes limites do sistema jurídico brasileiro traçados pelos Ministros.

3 Análise Quantitativa da Amostra

Os temas da amostra incluem preponderantemente casos de direito econômico, em relação aos casos de direito social com repercussão econômica.

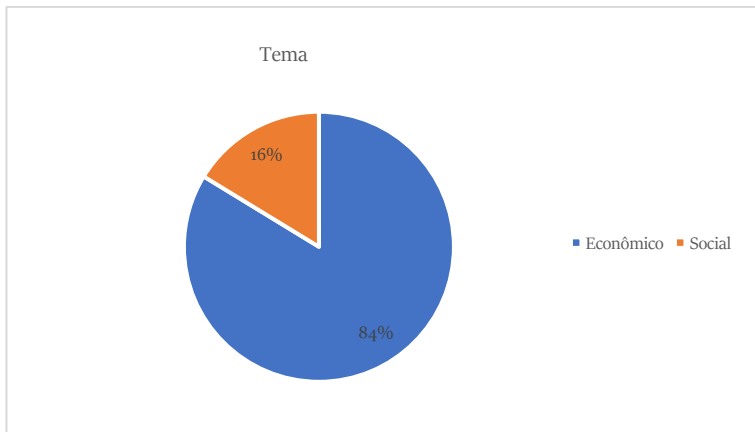


Fig. 01. Tema

A busca resultou em 252 casos de direito econômico vis-à-vis 49 de social com repercussão econômica. Numa subdivisão, as principais controvérsias no campo econômico versavam sobre regulação da atividade econômica, sistema de consórcios e sorteios e consumo (figura 02).

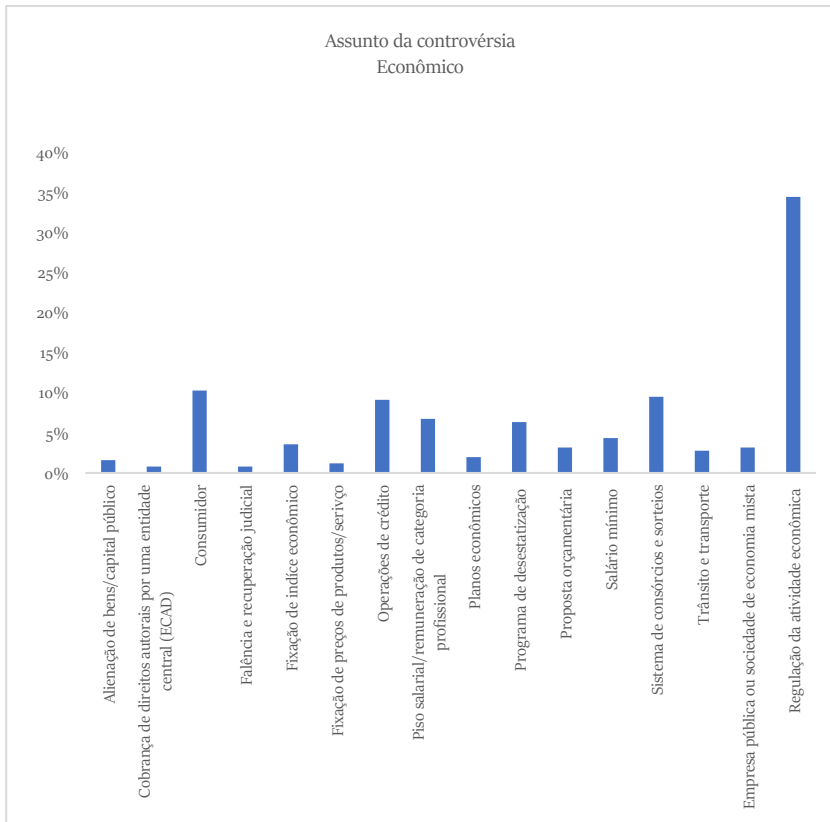


Fig. 02. Assunto da controvérsia em direito econômico

No que tange aos temas da ordem social com repercussão econômica, destacam-se educação, previdência e contribuição social e saúde – tais temas discutiam a disponibilidade econômica da Administração Pública para o atendimento de políticas públicas diante da responsabilidade pela execução do Orçamento Público, que, por vezes, busca afastar a exigibilidade de uma prestação social invocando a denominada reserva do possível.

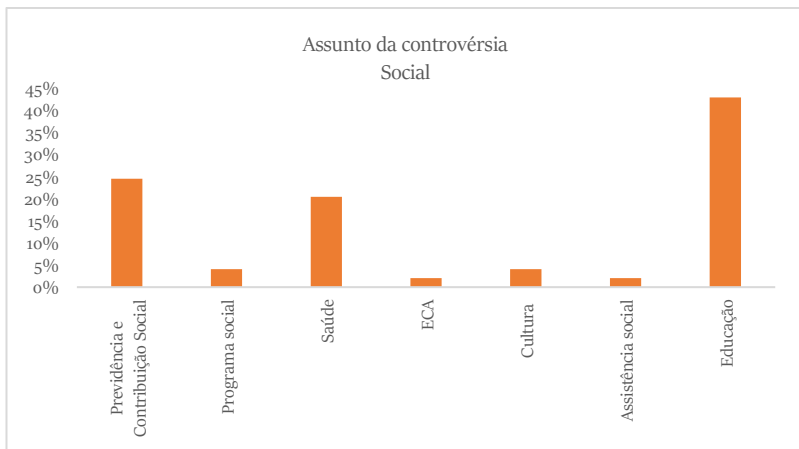


Fig. 03. Assunto da controvérsia em direito social

É importante, também, saber os resultados e como foi tomada a decisão nestes casos. Confirmou-se uma hipótese demonstrada por outras análises de que predominam no STF atuações monocráticas, em detrimento da forma colegiada, provocando um esvaziamento do plenário em casos de controle concentrado de constitucionalidade.¹⁴

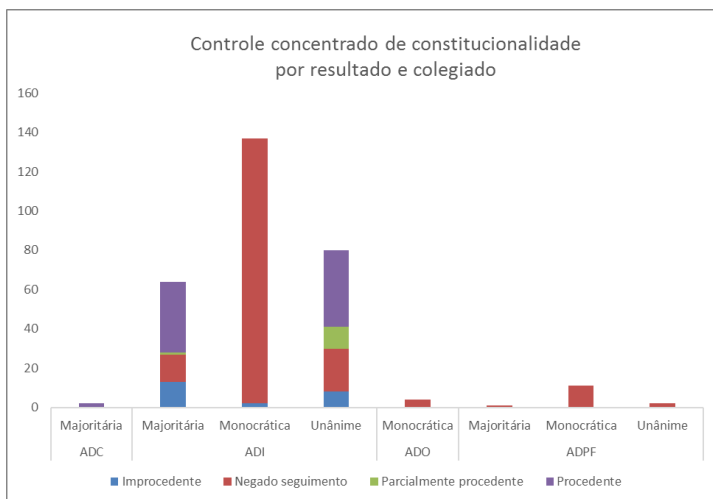


Fig. 04. Controle concentrado de constitucionalidade por resultado e colegiado

¹⁴ Cf., nesse sentido, Falcão et al., 2011 e Falcão et al, 2017.

Vislumbra-se, portanto, que à maioria dos casos analisados foi negado seguimento, de forma monocrática, sobretudo em ADIs e ADPFs. Na totalidade dos casos de procedência ou parcial procedência respeitou-se a colegialidade, principalmente nas ADIs.

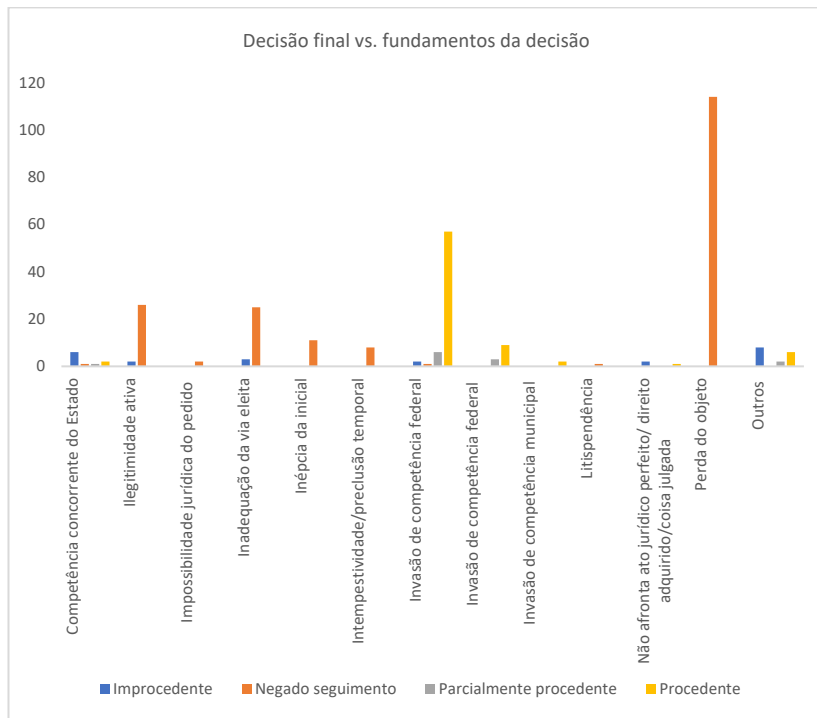


Fig. 05. Decisão final versus fundamentos da decisão

Dentre os casos aos quais foi negado seguimento, 114 justificaram-se por perda do objeto da ação. Em relação aos casos procedentes e parcialmente procedentes, 61 casos alegavam desrespeito e invasão da competência privativa da União provocada pelo legislador estadual ou pelo governador. Cumpre observar que, de fato, poucas decisões de mérito fundamentaram-se predominantemente nos princípios que justificam a

ordem econômica e social e, ainda que estes princípios fossem mencionados nos votos, não se encontravam reproduzidos nas ementas da decisão.

A série temporal de propositura de processos novos e o tempo de demora para a tomada de decisão também revela dados interessantes. No recorte temporal selecionado, os anos em que se observa a maior ocorrência de propositura de ações de controle concentrado em direitos econômicos e sociais foram 1997 (presidência do Ministro Celso de Mello) e 2003 (presidência do Ministro Maurício Corrêa), sendo que a partir de 1998 a corte reduziu o tempo de demora para a tomada de decisão final para cinco anos ou menos, e em 2012 para dois anos ou menos (figura 06).

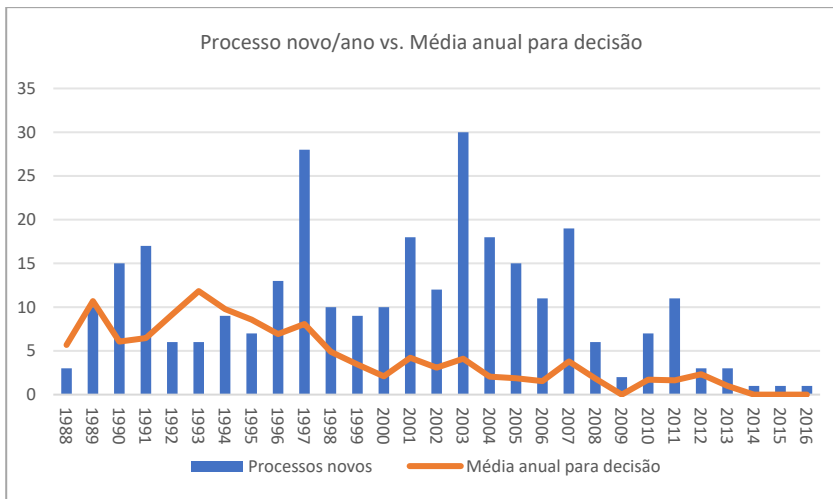


Fig. 06. Processos protocolados por ano versus média anual para tomada de decisão

A relação dos autores, por sua vez, é apresentada na figura 11.

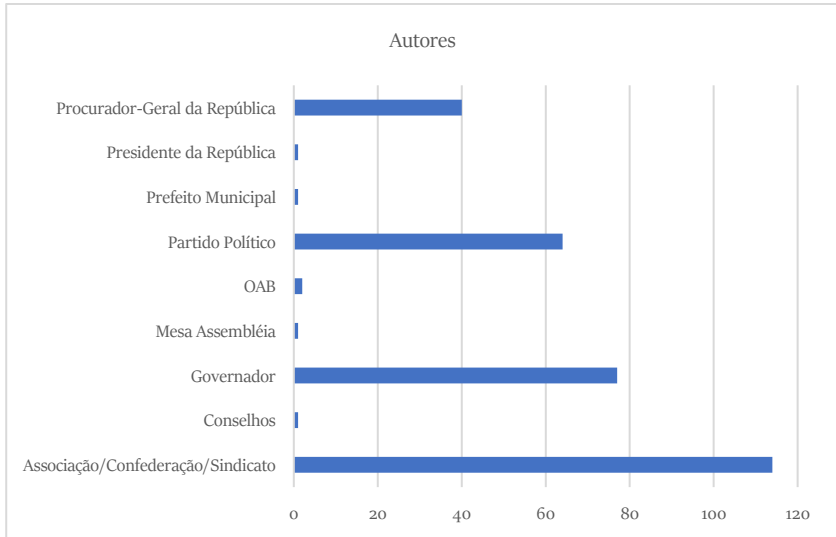


Fig. 07. Autores dos processos

Os órgãos da Associação/Confederação/Sindicato foram autores de 114 casos, seguidos por Governadores e Partidos Políticos. Esta prevalência pode ser explicada ao se considerar a legitimidade e o interesse especial da Associação/Confederação/Sindicato conforme os temas e assuntos mobilizados.

O achado é confirmado por pesquisas que apontam a frequente atuação estratégica de Partidos Políticos e de certos atores do Poder Executivo com o intuito de modificar decisões majoritárias nas quais foram derrotados por via legislativa¹⁵ e fica mais evidente com o dado de que a maioria das ações propostas por Governadores eram requeridas em face do Legislativo Estadual equivalente – o que possibilita cogitar a utilização da corte como uma arena privilegiada para a disputa de políticas econômicas.

A fonte dos fundamentos e, sobretudo, a mobilização dos argumentos consequentialistas estão ilustradas na figura 08.

¹⁵ Cf., neste sentido, Taylor, 2008.

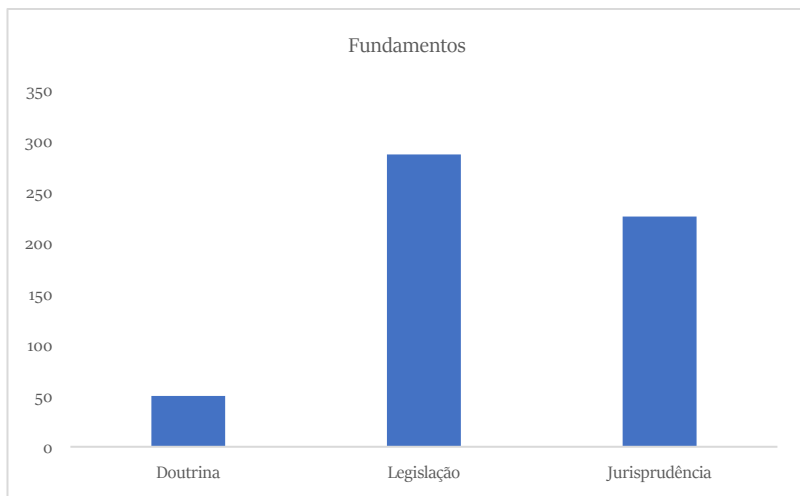


Fig. 08. Fundamentos

O gráfico acima ilustra as fontes utilizadas nos julgados para fundamentar as decisões. Para categoria, a resposta foi “sim” ou “não”, de modo que, do total, 287 recorreram à legislação e 226, à jurisprudência. Para essas categorias, consideraram-se apenas as ocorrências originais no texto dos votos, e não aquelas contidas em citações de julgados anteriores ou do dispositivo.

Somente em poucos casos não houve referência à legislação — precipuamente, nas decisões monocráticas por perda de objeto, talvez pela exigência mais branda quanto aos fundamentos de uma decisão desta natureza. Observou-se, ainda, um cuidado da Corte em citar e respeitar decisões passadas, demonstrando, na grande maioria dos casos, que Ministros preocupavam-se com as consequências das decisões no ordenamento jurídico.

Em relação à mobilização de argumentos consequencialistas, estes foram utilizados em 58 casos, porém em apenas 13 o argumento foi predominante para a tomada de decisão vencedora, sendo reproduzido na ementa – ilustração nas figuras 09 e 10.

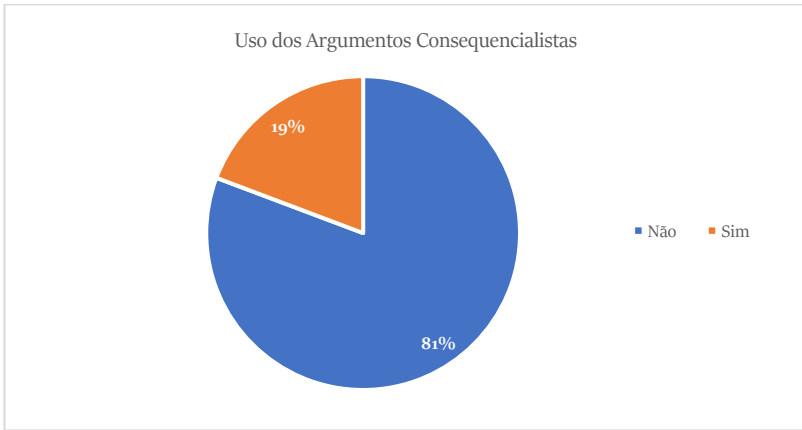


Fig. 09. Uso dos argumentos consequencialistas



Fig. 10. Preponderância do argumento consequencialista para solução do caso

Os dados reforçam a hipótese de que Ministros consideram com muitas ressalvas as consequências econômicas nos seus votos, estabelecendo maiores exigências para mobilizar e avaliar esses argumentos como razões para decidir (*ratio decidendi*).

Além disso, as informações da figura 10 também permitem formular e confirmar uma descrição do STF como corte formalista — no que tange à escolha dos argumentos para fundamentar e tomar sua decisão — diante

de casos de direitos econômicos e sociais com repercussão econômica em sede de controle concentrado.

Nesse sentido a transformação operada pela efetivação de direitos econômicos pode ocorrer por outras operações, para além da atuação dos tribunais – o que justifica, por exemplo, compreender o desenvolvimento nas últimas décadas de outras estruturas decisórias mais adequadas para o exame das consequências econômicas como o caso das câmaras de arbitragem.

Depreende-se, ainda, que mesmo em temas que, em tese, envolvam princípios e normas programáticas – exigindo a consideração das consequências sociais para a tomada de decisão –, a corte tende, quase que exclusivamente, a decidir com base em argumentos devidamente filtrados pelo direito, *i.e.*, que sigam o conteúdo do programa condicionado, fixado por um sentido específico, e recebido em sua totalidade como uma razão decisória vinculante. Ao invés de se indagarem sobre “como seria se”, nestes casos os Ministros operam, na maioria das vezes, com modelos “se X, então Y”.

Uma possível justificativa subjacente a essa descrição decorre do fato de que o impacto das decisões em sede de controle concentrado é maior do que em outras ações e recursos, muitas vezes adstritas somente às partes litigantes – o que justificaria a cautela adicional dos Ministros em considerar outras consequências não jurídicas como razões de decisão, sobretudo porque afetam outras autoridades.

Os 58 casos nos quais se observou a mobilização de argumentos consequencialistas exemplificam esse processo decisório em que razões condicionadas dos programas prevalecem em relação a argumentos consequencialistas. Ao diferenciar uma posição judicial original de outra consequencial, constata-se que Ministros tangenciam uma avaliação mais ampla e dados técnicos que escampam ao conhecimento da Corte – neste

sentido é possível supor um certo uso velado do consequencialismo no país (Schuartz, 2011).

Isto ocorre mesmo quando o STF acredita que a posição consequencial levaria a um resultado melhor, ou socialmente mais desejado, que o da posição formalista, porém os Ministros teriam que considerar outros fatores no conjunto e que por vezes lhe escapam por falta de estrutura ou formação.¹⁶ Este comportamento reforça o isolamento sistêmico da Corte, e não há garantias de que as expectativas da sociedade estejam sendo atendidas plenamente nos casos das ordens econômica e social, quando demandas são judicializadas. Existe, aqui, uma preocupação maior com as

¹⁶ Para ilustrar o ponto, um caso interessante foi a ADI 4432/PR proposta pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo contra a Lei n. 16.470/10, do Estado do Paraná, que fixava uma série de valores de piso salarial para diferentes profissões cujo piso não está definido em outro texto legal e que também não substitua o salário mínimo, com base no inciso V, do artigo 7º, da Constituição Federal e na Lei Complementar Federal n. 103, de 14 de julho de 2000. A Confederação argumentava que a fixação de um mesmo piso salarial para todo o Estado do Paraná, diante da diversidade de realidades econômicas e demográficas dos diversos municípios, violaria o princípio constitucional do pleno emprego, consubstanciado no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal, e aduzia que as categorias criadas não respeitavam o próprio inciso V, do artigo 7º da Lei, que determina que o piso salarial deve ser proporcional à extensão e à Corte conheceu da ação e, por maioria, julgou-a improcedente. No voto, o relator, Ministro Dias Toffoli, sustentou, primeiramente, que desde 2006 o estado vem reajustando os pisos salariais de seus empregados, prática recorrente em outros estados e constitucional, de maneira conforme à estipulada pelo constituinte na proteção salarial. Em segundo lugar, destacou que a competência legislativa para dispor sobre direito do trabalho é privativa da União, que, por sua vez, delegou mediante lei complementar esta competência para os estados, os quais estariam, portanto, autorizados a legislar sobre questões específicas das categorias relacionadas à matéria, de modo que não seria o caso de questionar a invasão da competência legislativa nem as especificações da lei, com base em critérios oficiais. O ponto mais relevante do mérito foi o enfrentamento da alegação da Confederação de que a fixação não se atentava às diferentes realidades econômicas e demográficas dos diversos municípios do estado, violando o princípio constitucional do pleno emprego. Neste momento específico o Ministro Dias Toffoli incorporou em seu voto argumentos extrajudiciais, indicando, fundamentado na manifestação da Advocacia-Geral da União, que o piso salarial possibilita a valorização do trabalho como principal fator de produção e sustentando, inclusive, que a lei estadual questionada estava em consonância com os objetivos esperados, a saber, assegurar às classes de trabalhadores menos mobilizadas – e, portanto, com menor capacidade de organização sindical – um patamar salarial mínimo.

O relator desdobrou o ponto no voto, afirmando que a lei estadual reduz as desigualdades sociais, conferindo maior proteção aos trabalhadores menos organizados no plano sindical e assegurando melhor condição salarial, o que exige uma postura mais ativa do estado. Em seu voto, postulou que “(...) a fixação de piso salarial pela via legislativa se dá exatamente como uma forma de tutela estatal àquela parcela de trabalhadores que não tem força sindical suficiente para negociar melhores salários”.¹⁶ Em acréscimo, asseverou que a fixação do piso não desprestigia a atividade sindical; ao contrário, reforça a importância da negociação e não inviabiliza convenções ou acordos coletivos de trabalho. Tal argumento foi aceito e acompanhado pela maioria dos ministros e incorporado na ementa da decisão.¹⁶ No entanto, o relator não avançou no debate sobre como a fixação de piso salarial melhora a condição salarial e reduz a desigualdade, deixando de indicar dados concretos e suficientes que comprovassem suas afirmações. complexidade do trabalho, bem como ofendiam o princípio da autonomia sindical, disposto no artigo 8º da CF, justamente por interferir nas negociações coletivas. Cf. BRASIL – STF. ADI 4432/PR. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.04.2011.

operações internas do sistema jurídico e um fortalecimento da atuação subótima da corte, que segue um tipo judicial original.

Nos casos de controle concentrado de constitucionalidade de direitos econômicos e sociais – que, pela matéria, já poderiam sugerir uma atuação catalisadora – dos últimos 30 anos, a incorporação de razões condicionadas e a jurisprudência limitaram os Ministros, os quais deixaram de considerar fatores que não estejam presentes ou que não tenham sido filtrados pelo sistema jurídico,¹⁷ justificando, talvez, o elevado número sentenças improcedentes ou que negam seguimento.

Estes 58 casos indicam, ademais, que um tribunal judicial original – situado no centro do sistema jurídico – não é sinônimo de corte formalista nem de dedutibilidade mecânica,¹⁸ sobretudo porque as consequências foram consideradas em 19% dos casos, tendo sido, contudo rejeitadas na sequência como razões para decidir.

Por outro lado, essa subotimização e inflexibilidade diante das consequências podem prejudicar a estabilização do próprio sistema jurídico a longo prazo e propiciar o surgimento de outros centros de tomada de

¹⁷ Este ponto é também ilustrado pelo recorrente debate em juízo acerca da discussão entre a reserva do economicamente possível vis-à-vis a proteção do mínimo vital, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Para algumas análises, a teoria do mínimo vital serve como parâmetro objetivo para a tomada de decisão que afasta toda e qualquer discussão acerca da investigação da disponibilidade financeira da Administração Pública, que assume o ônus de comprovar o não tolhimento do mínimo vital à luz do caso concreto, por exemplo, veja o seguinte entendimento: "(...) Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “escolhas trágicas” (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros) –, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte” (voto do Min. Celso de Mello no RE 580252 / MS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 16/02/2017, p. 174).

¹⁸ Os problemas residiriam na ideia de que tribunais judiciais originais estão obrigados a aceitar e a seguir cegamente as regras, ou de que o formalismo caracteriza-se como uma forma apolítica, mecânica e não responsiva de tomada de decisão. Na verdade, a observação indica o contrário: que mesmo uma corte prioritariamente formalista pode considerar argumentos extrajurídicos ao decidir.

Trata-se, antes, de uma análise do tipo de comunicação produzida nos tribunais, do que propriamente do comportamento dos juizes. Se assim não o fosse, seria possível aproximar o comportamento de obediência cega às regras da visão do “juiz-computador”, definição de Schaffer e Bañkowski (2007).

decisão concorrentes – como ocorreu com a expansão de tribunais arbitrais e de tribunais administrativos, além da “fuga do direito” dos tribunais judiciais para outras estruturas decisórias.¹⁹

Os achados apresentados devem ser cotejados considerando-se todas as limitações da amostra, uma vez que casos de controle concreto e difuso não foram incluídos – além, é claro, da atuação de outros órgãos e instâncias –, bem como o contexto social da história brasileira que justificou essas transformações.

Todavia, a amostra aponta para um recente aumento do uso deste argumento no STF, sobretudo a partir de 2010, sugerindo uma tímida abertura da Corte para este tipo de argumento como razão para decidir em sede de controle concentrado nos últimos anos.

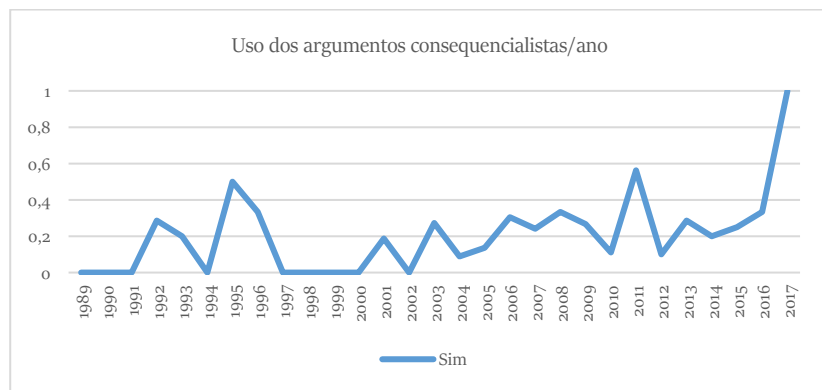


Fig. 11. Uso dos argumentos consequentialistas a cada ano

Por fim, sopesando-se que a amostra incluiu apenas casos de direitos econômicos e sociais com repercussão econômica, era esperado um resultado que indicasse maior ocorrência de consequências econômicas e

¹⁹ Em vista disso, paradoxalmente, o protagonismo do STF também favoreceu o desenvolvimento de organizações extrajudiciais e concorrentes para a tomada de decisão. Cf., neste sentido, Barros, 2018.

sociais em detrimento das consequências políticas, o que se verifica na figura 12:

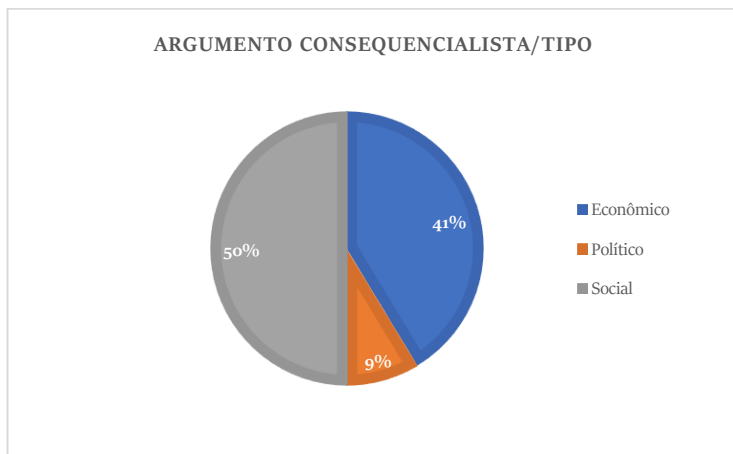


Fig. 12. Tipo de argumento consequentialista na amostra

4 Legitimidades dos Juízes na Adjudicação dos Direitos Econômicos

Como interpretar a atuação do STF em relação à tomada de decisão no campo do direito econômico? Como visto na amostra selecionada a Corte optou na maioria dos casos em afastar o enfrentamento das consequências envolvidas. Por qual motivo os ministros adotaram este comportamento decisório? Seria possível admitir um problema em relação à legitimidade dos juízes na sociedade ao avançar no controle judicial de políticas públicas - esfera de competência atribuída tradicionalmente para a Administração Pública?

Do ponto de vista sistêmico, não faz sentido discutir legitimidade de juízes em aplicar direitos sociais e econômicos diante da constitucionalização destes direitos, que representou uma transformação de diferentes programas de políticas públicas em obrigações constitucionais. Não há nem mesmo que se debater a existência - ou não - de eleição de juízes para seus cargos, pois direitos econômicos e sociais são programas

jurídicos, autorizando *prima facie* a intervenção judicial em face da arbitrariedade.

A efetivação destes direitos compreende uma nítida passagem do sistema político para o jurídico e, evidentemente, que sua centralidade não reside apenas no Executivo, por meio de suas agências públicas, mas também nos juízes, figuras nucleares para a aplicação desses direitos.

Em uma sociedade funcionalmente diferenciada e fragmentada, problemas sociais não são resolvidos somente pelo primado do sistema político; tribunais possuem significativa importância na imposição desses direitos e, em alguma medida, juízes assumem uma posição de poder dentro do sistema político, sobretudo diante do enfraquecimento do Estado nacional e da “libertação” do direito na sociedade mundial.²⁰

Vale também destacar a posição e a importância desses direitos na sociedade. Dentro do sistema político, a constitucionalização desses direitos conferiu-lhes *status* prioritário diante de propostas não constitucionalizadas. A principal evidência disso talvez seja o princípio da não regressão – controlado no plano internacional pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –, que impede, no plano doméstico, a redução de benefícios sociais existentes e estipula, ao menos em tese, que

²⁰ Considerando as transformações mencionadas na sociedade, Bruce Ackerman fala numa nova separação dos poderes (2000, p. 73): “The separation of powers is a good idea, but there is no reason to suppose that the classical writers have exhausted its goodness. To the contrary. As we explored each of separationism’s three rationales, we found plenty of reasons to question received American wisdom.” Numa outra abordagem Fischer-Lescano e Moller observam o surgimento de novas arenas transnacionais de solução de conflitos em relação aos direitos econômicos e sociais, ultrapassando as soluções centralizadas nos Estados, afirmam que: “There are three different arenas where transnational social rights must be strengthened: A) at global level, the main challenge is to find a timely solution to the threats to social rights posed, not by states, but by transnational corporations. At European level B), we have to make sure that a social Europe becomes a reality. This is of utmost importance with regard to the strengthening of transnational social rights: a social union which resist the temptation to establish imperial and exploitative (transnational) relations, could be a powerful resource which promotes social rights. Lastly, we must ensure that C) states and the political organisations of global governance are held to the standard of the emancipatory ideal” (2016, p. 36). Não restam dúvidas que tanto a nova separação dos poderes quanto o surgimento de novas arenas transnacionais de solução de conflitos apontam para uma mudança na implementação dos direitos fundamentais, que exigem novas formas reflexivas de operar para além do Estado.

restrições sujeitem-se a um exame mais rigoroso, a fim de determinar sua adequação.

O argumento da não regressão baseia-se no fato de que a implementação de direitos sociais e econômicos é progressiva, dada a escassez de recursos e o pouco acesso a saberes científicos enfrentado por muitos países. Estados devem abster-se de cortar subsídios de bens essenciais, como alimentos, água e energia, a fim de evitar causar sofrimento indevido às pessoas. Reduzir gastos com educação, cuidados de saúde ou outros serviços sociais constitui flagrante violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, a menos que o Estado prove que não dispõe dos recursos necessários. Note-se que, como regra geral, a não regressão afirma que em qualquer nível de disponibilidade de recursos deve-se priorizar estes direitos, de modo que haja progresso contínuo em seu gozo pelos povos.

Tal perspectiva ganha relevância quando se compreende que direitos sociais e econômicos possuem um potencial democratizante, na medida em que colocam a ordem socioeconômica à disposição da sociedade. Fischer-Lescano e Möller (2017), inclusive, avançam no tema, sustentando que esses direitos são uma condição necessária para a radicalização do princípio da democracia, pois voltam-se contra todas as relações de dominação que se oponham à autonomia e à autodeterminação da sociedade (op. cit., pp. 77-84).

Violações a estes direitos representam rupturas significativas no sistema político. É dizer, veda-se à Administração Pública a edição de normas ou regulamentos que prejudiquem o acesso aos direitos sociais e econômicos, sendo que esta deve assumir uma postura protetiva e assecuratória desses direitos – muitas vezes vinculados a um padrão mínimo de fruição (*minimum core*) –, respaldando-se em acordos e tratados internacionais.

Desta forma, sobreleva-se a questão do acesso à justiça. A tese dos sobreintegrados de Marcelo Neves (2006) ganha relevância neste ponto.

Segundo o sociólogo do direito brasileiro o termo “exclusão”, por exemplo, alcança ao mesmo tempo àqueles que não possuem acesso à estrutura de serviços estatais – como os tribunais –, embora incidam em prescrições impositivas do Estado, e também aos sujeitos que gozem de determinados poderes e prerrogativas, apesar de não se submeterem a uma série de restrições e à atividade punitiva estatal, diz Neves “(...) a generalização de relações de subintegração e sobreintegração fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acoplamento estrutural entre política e direito. Isso tem efeitos alopoiéticos, especialmente com relação à esfera jurídica” (ibidem, p. 251).

Não surpreende que os litigantes encontrados na amostra selecionada pertençam, em sua maioria, a órgãos do governo ou representam as demandas referentes às classes média e alta, que podem arcar com os altos custos judiciais.²¹ Como resultado, o Judiciário tende a ser uma arena exclusiva para soluções internas de interesses partidários – com a menção ao STF como “órgão de deliberação corporativa do Estado”²² – ou para requerentes privilegiados economicamente, deixando pouco espaço para uma transformação no que tange à adjudicação de direitos sociais e econômicos ou à justiça social.²³

²¹Nesse sentido, sustenta Oliveira (2017): “Ainda temos justiça demais para poucos e justiça de menos para a grande maioria da população brasileira. Basta olhar a pauta temática do Supremo para ver os interesses que a dominam, destacando-se o grande tempo que o tribunal dispense decidindo sobre aumento ou contenção de privilégios de carreiras públicas do Estado, e sobre o destino de atores políticos que contam com foro privilegiado” (op. cit., p. 145). Sobre a discussão dos perfis dos litigantes e dos custos envolvidos na adjudicação do direito à saúde no Brasil, Cf. Ferraz, 2014 e Wang, 2015.

²² Cf. Oliveira, 2016.

²³ Isto ficou evidenciado no julgamento conjunto - ainda em andamento - dos recursos extraordinários 566471 e 657718, que discutem o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O Ministro Luís Roberto Barroso defendeu como regra geral o não fornecimento de medicamentos não listados pelo Sistema Único de Saúde. A liberação por decisão judicial só seria admitida numa situação excepcional e propôs uma série de requisitos a serem observados pelo juiz para obrigar o governo a fornecer o remédio, dentre o qual se destacava a incapacidade financeira do paciente, diz o Ministro: “A vida e a saúde de quem tem condições de ir a juízo não tem mais valor do que as dos muitos que são invisíveis para o sistema de justiça”.

Além disso, ainda que tribunais determinem a governos que direcionem recursos para educação e cuidados de saúde, nada garante que essas decisões sejam efetivamente aplicadas. Direitos sociais e econômicos acabam, portanto, em alguns casos, sendo confirmado mais como expectativas normativas frustradas do que protegidas. Interessante é perceber que muitas vezes a questão da reserva do possível levantada pela Administração Pública, para a adjudicação da Corte também não está necessariamente ligada ao limite econômico do Estado, mas sim ao limite econômico em relação à concretização de direitos fundamentais. Todavia, por carecer de subsídios para definir essa dimensão econômica dos direitos fundamentais, a Corte prefere afastar a discussão e se limitar a proferir uma decisão que discuta a razoabilidade da pretensão vis-à-vis o enfrentamento do tema da disponibilidade de recursos.²⁴

Não se nega, contudo, a contrapartida da adjudicação desses direitos, como um controle judicial dos atos da Administração Pública: passa-se a exigir que decisões políticas futuras sejam direcionadas àqueles mais necessitados e subintegrados nos sistemas sociais, sobretudo se a maioria dos beneficiários destas decisões já está sobreintegrada.²⁵

²⁴ A comprovação da aplicabilidade da reserva do possível se torna um ônus da Administração Pública, havendo a necessidade de que se evidenciar a indisponibilidade de recursos e o justo motivo em não atender determinada pretensão individual ou coletiva. Veja, por exemplo, o voto do min. Barroso: “No caso em questão, já seria suficiente para afastar a incidência da cláusula da reserva do possível o fato de que o Estado não se desincumbiu do ônus da prova da insuficiência de recursos para custear a indenização assegurada ao preso. Na verdade, o recorrido limitou-se a argumentar, de forma genérica, que não há disponibilidade orçamentária para garantir melhor tratamento aos presos. O Estado não trouxe nenhum elemento capaz de demonstrar que não teria capacidade financeira para o pagamento da indenização pecuniária ao recorrente” fixada no valor de R\$ 2mil” ou para conceder o mesmo direito aos presos que se encontrem na mesma situação. Não se pode, porém, admitir a invocação da cláusula da reserva do possível como argumento meramente retórico, de modo a permitir que o poder público se exima de seus deveres legais, inclusive de reparação dos danos por ele causados” (STF: RE 580252 / MS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 16/02/2017, p. 76).

²⁵ A importante chave de distinção entre subintegrados e sobreintegrados, que possibilita entender o caso brasileiro à luz da teoria dos sistemas, está em Marcelo Neves (2006), inclusive enfatizando o campo do direito constitucional, diz o autor: “(...) é no campo constitucional que o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros da camada socialmente subalternas, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do “aparelho estatal”, ou seja, das ações violentas ilegais da polícia. A subintegração é indispensável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito(...) Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do

Diante destas considerações, é relevante entender a complexidade que envolve a adjudicação desses direitos. Tradicionalmente, tribunais têm sido refratários a procedimentos que visam à implementação de direitos econômicos, ou a mecanismos alternativos que lidam com problemas distributivos. Talvez isto ocorra no Brasil, pois as principais operações no Judiciário decorrem de demandas individuais (e não coletivas), exigindo, portanto, soluções mais criativas para problemas redistributivos. Neste sentido, o problema encaminha-se para uma discussão sobre a capacidade institucional.

5 Capacidade Institucional dos Juízes na Adjudicação dos Direitos Econômicos

Debater sobre capacidade institucional significa discutir como direitos econômicos são adjudicados a partir do enfoque das estruturas disponíveis para a tomada de decisão pela autoridade. De modo geral, é possível fazer duas distinções: *decisões de deferência* e *decisões de não deferência*. No primeiro caso, tribunais abstêm-se de decidir alegando que se trata de uma atribuição do sistema político que depende exclusivamente da atuação do Poder Executivo por meio de seus programas que possibilitam um melhor planejamento (*eg.*, contratos administrativos, concessões e outorgas, termos de parcerias e cooperação entre outros modelos negociais). Nesta posição, sustenta-se que alguns países sequer preveem constitucionalmente estes direitos, o que, portanto, inviabilizaria sua adjudicação.

Todavia, este argumento não subsiste, pois mesmo nestes países que não dispõem expressamente sobre direitos econômicos e sociais no texto constitucional – como no caso dos Estados Unidos da América – há sua

sobrecedadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais” (ibidem, p. 249-250).

concretização pelos tribunais. Neste sentido, ilustrativamente, observa-se a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Dandridge v. Williams*, que discutiu se uma lei do Estado de Maryland que fixou um padrão para determinar a necessidade de benefício para famílias com crianças dependentes violava a cláusula de proteção à igualdade (*equal protection clause*).

Mesmo sem uma previsão na constituição estadunidense sobre benefícios ou programas de assistência social, o tribunal concluiu que não houve violação à cláusula de proteção à igualdade. A decisão baseou-se em precedentes para indicar que o programa era “um esquema de federalismo cooperativo” e deu ao Estado “poder indiscutível” para calcular o padrão de necessidade. O tribunal argumentou, ainda, que “o estatuto federal não proíbe um Estado de equilibrar os estresses que a ausência de pagamentos impõe as famílias hipossuficientes diante da maior capacidade financeira das famílias numerosas para acomodar suas necessidades” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1970).

No caso de *decisões de não deferência*, admite-se a adjudicação pelos tribunais. No entanto, o grau de interferência judicial varia, oscilando entre orientações moderadas, recomendações ou mesmo determinações concretas e ordens de implementação, criando novas obrigações e direitos. Ilustrando uma ação intervencionista moderada, retome-se o famoso caso *Governo da República da África do Sul v. Grootboom e outros*, decisão da Corte Constitucional da África do Sul que, diante do despejo de inúmeras famílias alojadas em propriedade privada de terceiro, reconheceu a obrigação do Estado de fornecer-lhes abrigo adequado, independentemente da disponibilidade de recursos. Especificamente, a corte não impôs condições de execução da obrigação, apenas exigiu que o Estado adotasse medidas

razoáveis para cumprir o dever de fornecer abrigo a famílias desamparadas.²⁶

Há, evidentemente, soluções mais intervencionistas, como a da Corte Constitucional da Colômbia, que inaugurou a tese de “estado de coisas inconstitucional”. Este argumento depende, primordialmente, da avaliação dos seguintes critérios: (i) violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afete um número significativo de pessoas; (ii) descumprimentos sucessivos por parte das autoridades de suas obrigações de garantia dos direitos; (iii) uso reiterado de práticas inconstitucionais, demandando uma ação de tutela (*acción de tutela*) para garantir o(s) direito(s) violado(s); (iv) a ausência de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias que evitem a violação de direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução exija a intervenção de várias entidades – *e.g.*, mobilização de um conjunto complexo e coordenado de ações e uma quantidade de recursos que requer um esforço orçamentário adicional importante; (vi) inviabilidade de proteção individual.

No caso concreto, a corte colombiana reconheceu este estado de coisas inconstitucional devido à omissão das autoridades de prover cuidados a milhares de pessoas sem moradia que sofriam múltiplas violações a seus direitos humanos. Em contraste à demanda sul-africana, reconheceu-se que as violações aos direitos eram falhas estruturais profundas do Estado colombiano, posicionamento que resultou numa série de ordens concretas com o intuito de remediar as insuficiências orçamentária e administrativa,

²⁶ Destaca-se seguinte passagem do voto: “Estou consciente de que é uma tarefa extremamente difícil para o Estado cumprir essas obrigações dadas as condições que prevalecem em nosso país. Isto é reconhecido pela Constituição, que prevê expressamente que o Estado não é obrigado a ir além dos recursos disponíveis ou a realizar esses direitos imediatamente. Afirmo, no entanto, que, apesar de todas essas qualificações, estes são direitos, e a Constituição obriga o Estado a dar-lhes efeito. Esta é uma obrigação que os tribunais podem em circunstâncias apropriadas impor” (*Governo da República da África do Sul v. Grootboom e outros*, 2000, p. 94, tradução livre).

além de tentar estabelecer níveis mínimos de proteção dos direitos dessas pessoas em tempo razoável.

No Brasil, mesmo sem previsão expressa na Constituição ou em qualquer texto legal, o STF reconheceu, no julgamento parcial da ADPF 347, a tese que “confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes”, entendendo “que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado”.²⁷

Nesta ADPF, debate-se a situação atual do sistema penitenciário brasileiro, que viola preceitos fundamentais da CF/88 e, em especial, direitos fundamentais dos presos. Ainda sem solução definitiva, o plenário já se manifestou preliminarmente no sentido de reconhecer o cabimento da ação diante do quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Neste sentido, o STF determinou a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e tornou mandatória a realização de audiências de custódia por tribunais e juízes inferiores.

Subjaz a estas análises a compreensão de como o tribunal pode adjudicar esses direitos. Como apontado por Campilongo, De Giorgi e Faria: “[m]as até que ponto a Justiça pode atender às expectativas de quem vê seus direitos negados por falta de políticas públicas?” Ainda prosseguem os autores, afirmando que “[n]o plano dos ideais, estamos diante de valores políticos fundamentais para a coesão social, é certo. Mas o Direito opera no plano das realidades sociais e econômicas que é capaz de

²⁷ ADPF 347, Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09/09/2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acessado em: 13 jan de 2017.

construir e controlar. Assim, invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina” (2015).

Retomando-se o caso colombiano, a situação das pessoas vulneráveis tem se agravado a despeito dos esforços daquela corte. Deve-se lembrar, inclusive, que tribunais podem desdobrar os riscos que não podem assumir em seu ambiente, possivelmente acarretando maiores perigos para outros sistemas sociais. As estruturas que operam para reduzir os riscos tornam-se um perigo para as partes afetadas em seu ambiente.

É ilusão acreditar que a afirmação de que o “estado de coisas inconstitucional” é capaz de resolver todos os problemas sociais pela judicialização. Novamente, concorda-se com Campilongo, De Giorgi e Faria que afirmam que “[n]um país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais” (ibidem).

Ninguém nega as dificuldades estruturais enfrentadas pelos tribunais ao apreciar estas demandas, especialmente proferir uma sentença que consiga avaliar consequências extrajudiciais. Em termos sistêmicos, é preciso reconhecer os déficits de filtragem e de formalização envolvidos na passagem entre periferia e centro – que representam óbices à atuação dos tribunais²⁸ –, bem como afirmar as mudanças na semântica da teoria do direito sobre como lidar com estes casos a fim de não incorrer em arbitrariedades.

No início deste texto discutiu-se a importância de definir a metodologia capaz de vincular direito e economia. A importância desta definição decorre da própria obrigatoriedade da operação de um direito racional e formal – na orientação weberiana – capaz de estabelecer com clareza para

²⁸ Cf. Villas Bôas Filho, 2009; Campilongo, 2002.

os jurisdicionados os critérios para a seleção e avaliação das consequências. Caso contrário, a estrutura decisória do Judiciário poderia comprometer a observação de regras preestabelecidas pelo ordenamento, acarretando em indistinção em relação às operações jurídicas.

Entretanto, deve-se considerar, também, que estas ações excepcionais impõem e demandam outra postura do sistema político, ou, nos dizeres de Rodriguez, pretendem “constranger e manter alertas os donos do poder para evitar o arbítrio. A separação dos poderes nunca foi pensada como regra administrativa a impor uma divisão estanque de funções entre dois, três, quatro, ou entre quantos forem os poderes do Estado” (2015).

Trata-se de reconhecer a atuação de uma corte catalisadora e a pergunta é saber se estratégias e interesses fora do direito estão sendo ocultados? Talvez, mas, como já mencionado, direitos econômicos representam uma forma de controle do governo e, portanto, são modelos que implicam em renovação das operações jurídicas e são uma condição necessária para a radicalização do princípio democrático.²⁹ É forçoso reconhecer o caráter político desses direitos e, portanto, a existência de múltiplas arenas de discussão dessas demandas e a competência dos tribunais para adjudicá-los. Caso contrário – sem as reivindicações – não seria possível realizar expectativas normativas já asseguradas pelo direito, que são rotineiramente frustradas, ou produzir novas expectativas.

Não é o caso, porém, de admitir falsas críticas de que estes direitos são demasiadamente vagos e dependentes de recursos,³⁰ revelando-se, destarte, inexigíveis. Vale lembrar que todo e qualquer direito é determinado por meio de uma decisão e que muitos direitos individuais dependem

²⁹Cf. Fischer-Loscano; Möller, 2017, pp. 59-84.

³⁰ O argumento da dependência de recursos foi popularizado no Brasil a partir da doutrina produzida pelo Ministro Gilmar Mendes ao glosar decisões da Corte Constitucional alemã que recorriam à teoria da reserva do possível. Para uma crítica da incorporação desta teoria no Brasil, cf. Correia, 2014, pp. 132-142.

de recursos – *e.g.*, a implementação de um sistema de proteção de patentes –, ao passo que diversos conflitos de direitos sociais e econômicos não demandam investimentos vultosos – evitar a poluição do rio, reconhecer direitos indígenas, não ordenar o despejo de famílias, entre outras, são ações de baixo custo.

Da mesma forma, é possível observar a atuação dos tribunais às margens de outros sistemas sociais, pois, no fundo, eles se revelam, enquanto organizações sociais, uma arena de disputas políticas, participando do jogo entre governo/oposição. Novamente, na amostra selecionado percebeu-se o importante papel desempenhado pelos partidos políticos como litigantes em face da implementação de políticas econômicas. Pontue-se, contudo, que isto não ocorre apenas nos casos de adjudicação de direitos sociais e econômicos, mas também naqueles que não implicam necessariamente garantias da sociedade, que servem de barganha para outros interesses da organização.

Sublinhe-se, por ser relevante, que casos de direitos econômicos exigem uma reflexão sobre como a observação dos tribunais na sociedade ocorre, bem como uma consideração a respeito de outras estruturas de tribunais e novos desenhos institucionais.³¹

O STF, segundo os apontamentos já feitos, na prática, a proteger esses direitos propondo soluções “menos” intervencionistas ou por meios “negativos” – *e.g.*, declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato administrativo –, ou, ainda, buscando uma resposta individual. Estes são desfechos “tradicionais” aos quais tribunais judiciais originais recorrem

³¹ Reitera-se a opinião de Amato de que não há muitas opções de abertura à competição privada nem adequada regulação que favoreça parcerias e cooperações para a implementação de programas sociais. O modelo das políticas públicas precisa superar técnicas rudimentares e centralizadas de prestação dos serviços para “incorporar em seu desenho institucional, de um lado, formas de descentralização capazes de manter mecanismos de redistribuição, de propagação das experiências de sucesso e de mensuração de desempenho e, de outro lado, procedimentos para a audiência das partes interessadas” (2017, p. 294).

com frequência, sobretudo ao se deparar com problemas retributivos que dependem quase exclusivamente da provisão estatal.

No entanto, é possível observar novos arranjos de controle e adjudicação judicial, tais como as formas fracas de controle de constitucionalidade,³² que exigem uma visão mais colaborativa e dialógica entre os poderes do Estado e oferecem potencialmente benefícios para reduzir as pressões depositadas por decisões judiciais sobre organizações políticas, pois admitem a necessidade de interação e deliberação legislativa.

Não há dúvidas também de que tribunais arbitrais ou administrativos resolvem mais facilmente problemas referentes à determinação de gastos relacionados a serviços e bens sociais, que geralmente devem ser apreciados por grande parte da sociedade e dependem da incorporação de profissionais com outra formação para decidir. Todavia, vale ressaltar que nem sempre organizações paraestatais e privadas podem contribuir enormemente propondo soluções inovadoras para as deficiências estatais diante de sua incompetência econômica.³³

Em alguns casos de adjudicação, os conflitos distributivos ultrapassam o raciocínio retributivo (jogos de soma zero) ou soluções ganha-perde das ações judiciais tradicionais (escolher quem está certo ou errado na lide). Neste sentido, a arbitragem de direitos econômicos consegue

³² Segundo a caracterização de Gardbaum (2013), o modelo fraco, desenvolvido e praticado em países da *commonwealth*, possui três características essenciais: (1) a existência de uma declaração de direitos; (2) a conferência de alguma forma de poder superior judicial para fazer valer esses direitos através da avaliação da consistência da legislação e de outros atos governamentais com esses direitos fundamentais, que devem ir além da presunção tradicional e dos modos comuns de interpretação normativa; e, mais claramente, (3) a existência de uma legislatura que tenha a palavra final sobre a constitucionalidade das leis no país, por maioria simples. Para uma discussão da aplicação do controle de constitucionalidade fraco no Brasil, cf. Barros, 2017 e em outros países após processos de democratização, cf. Gardbaum, 2015.

³³ Assim, destaca-se a importância da família na educação, do empreendedorismo e da universidade no desenvolvimento de políticas industriais e comerciais, das parcerias público-privadas na gestão de áreas da saúde e habitação. Estas organizações, diferentemente do Estado, decidem a partir de um raciocínio distributivo e proporcional capaz de mediar o acesso simultâneo de indivíduos e grupos distintos a estes serviços para além da disponibilização estatal.

produzir decisões negociadas sobre a utilização de recursos materiais ou equacionar, a partir dos interesses das partes, questões orçamentárias e regulatórias. Estas decisões exigem mediação, negociação, construção de critérios para avaliação e incentivos para soluções de construção conjunta – e não como resultado de uma subsunção a regras ou a construções adversativas –, cabendo somente aos tribunais judiciais sua homologação e sua execução.

Do ponto de vista sistêmico, não se pode considerar a adjudicação de direitos econômicos apenas como uma técnica de compensação, porque a autoridade é compelida a compreender os riscos e os perigos da decisão quando estes direitos estão em juízo. Uma vez que decisões podem produzir exclusão diante de potenciais beneficiários, não é possível pensar em organizações insensíveis às consequências da decisão, ainda que não consigam antecipar seus perigos ambientais.

Em suma, não há um tribunal mais adequado, ou mais desejável. Aponta-se, aqui, que a adjudicação de direitos econômicos e sociais com repercussões econômicas funciona com paradoxos que devem ser observados e desdobrados pela autoridade decisória a partir de estruturas sensíveis ao ambiente. Muitas vezes, é possível controlar os riscos e minimizar as exclusões da decisão quando estas são limitadas temporalmente – *i.e.*, assegurando-se de que as exclusões não se tornem permanentes, ou de que os paradoxos não se desdobrem e acarretem problemas mais severos para a sociedade. Nestas situações de decisão, há riscos de arbitrariedade – *i.e.*, aqueles que não se relacionam com a própria atividade decisória, não atendem aos interesses negociados ou a descumprimentos no momento da execução.

Considerações finais

Este texto discutiu como a temática do ativismo judicial ou da judicialização da política pode ser encaminhada por outro enfoque sociológico a partir das análises da argumentação judicial em demandas envolvendo direitos econômicos. A ênfase, aqui, recaiu nas considerações das consequências no processo de tomada de decisões pelos juízes.

O texto adotou um recorte para mostrar que, na prática, em muitos casos, são os próprios Ministros que definem quando e como vão considerar os efeitos das consequências extrajurídicas durante o julgamento. A falta de padrão argumentativo é a regra geral extraída destas análises.³⁴ Para além desta constatação também foi importante observar os tipos de interesses que são arbitrados no STF enquanto corte constitucional, sobretudo na defesa dos direitos econômicos e sociais, que, geralmente, são monopolizados pela Associação/Confederação/Sindicato, seguido por Governador e Partido Político.

É certo que estes dados representam um pequeno percentual da totalidade de decisões que a corte profere todo ano, inclusive no controle abstrato. Todavia, a pesquisa revela problemas e questões que são comuns na adjudicação em geral de casos que exigem a seleção e avaliação das consequências para a tomada de decisão.³⁵

Este texto defende que a análise destes tipos de julgados é um bom medidor para verificar como os limites do direito vem sendo estabelecidos pelos tribunais vis-à-vis a inócua discussão do ativismo ou da judicialização. É o caso, portanto, de reconhecer a necessidade de ampliar um campo

³⁴ No estudo apresentado constatou-se que o STF, por razões institucionais, pode hoje ser ao mesmo tempo uma corte original e peremptória, deferencial, consequential e catalisadora já que pode escolher quem, quando e como julgar. Para além das inúmeras garantias funcionais e institucionais, prevalece um adicional reforço que permite a irrestrita independência dos Ministros já que o STF pode determinar as suas próprias competências, possibilitando decidir como operar, inclusive, em qualquer sistema social.

³⁵ Neste sentido, não importa tanto o recorte processual, pois ações constitucionais, recursos extraordinários e outras ações ordinárias podem lidar com os problemas das consequências para a tomada de decisão do mesmo modo.

de estudo sociológico da argumentação jurídica e dos tribunais, enfatizando a adjudicação de direitos econômicos e sociais. Em breve síntese, é possível dizer que esse ramo da sociologia jurídica se preocupa em estudar a atuação dos tribunais da sociedade, abrangendo temas como modelos de trajetória do Estado e sua articulação com o Judiciário, formas de organização e comunicação organizacional, formas de recrutamentos e gestão dos tribunais, comunicação judicial, processos de economicização ou politização dos tribunais. Desta forma, este campo de pesquisa pressupõe uma teoria social ao mesmo tempo que se vale de embasamento empírico.

Ponto sustentado foi que direitos econômicos são importante forma jurídica capaz de revelar as tensões da sociedade e, ao mesmo tempo, possibilitar um processo de experimentação e coordenação entre diferentes organizações, não apenas em relação ao Estado. Ainda, a dificuldade notada nas adjudicações do direito estatal sobre a ordem econômica pode indicar sinais de esgotamento do modelo intervencionista do Estado – inclusive das cortes – como suposto garantidor de todas as melhorias da sociedade, bem como revelar formas alternativas de solução de conflitos e de formação de relações de cooperação e coordenação entre indivíduos e organizações sociais, capazes de atender demandas jurídicas provenientes de outras atividades econômicas como as comunitárias ou verdes.

Direito e economia devem e podem, por sua vez, irritar e gerar ruídos nos respectivos subsistemas por meio de novos conhecimentos. No caso dos tribunais, estes devem zelar para a formação de padrões dentro de uma ordem estrutural das decisões – distribuindo o novo conhecimento no interior do sistema, sem comprometer a vedação do *non liquet* e a proteção das expectativas normativas. Qual é o limite? É o caso de observar a capacidade de auto-organização da própria sociedade, inclusive para bloqueio ou transformação.

Referências

ACKERMAN, Bruce. "The New Separation of Powers." **Harvard Law Review**, vol. 113, no. 3, 2000, pp. 633-729.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Sociedade, direito e concorrência**: reflexões sociológicas sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

_____. Constitutional design and the Brazilian judicial review: remarks about strong and weak-form review in the Brazilian Federal Supreme Court. **Revista Opinião Jurídica**, 2017, pp. 180-206.

CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO, Celso; DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo. Opinião. Estado de coisas inconstitucional. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 30 out. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 923, p. 37-52, 2012.

CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais**: escassez, justiça e legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

FALCÃO, Joaquim et al. **Onze Supremos**: O Supremo em 2016. 1. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

_____. **I Relatório do Supremo em Números** - O Múltiplo Supremo. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FARIA, José Eduardo. O Supremo e o ativismo. **O Estado de São Paulo**. 11 março 2017. Disponível em: <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,o-supremo-e-o-ativismo-judicial,70001695353>

FERRAZ, Octavio. Between Activism and Deference: Social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. In: GARCÍA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy (eds). **Social & Economic Rights in Theory and Practice: A Critical Assessment**. New York: Routledge, 2014, pp. 121-137.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. São Paulo: Manole, 2014.

FISCHER-LESCANO, Andreas; MOLLER, Kolja. **Transnationalisation of Social Rights**. Cambridge: Intersentia, 2016.

GARDBAUM, Stephen. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies? **Columbia Journal of Transnational Law**, United States, v. 53, n. 2, 2015, pp. 285- 320.

_____. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto et al. **Courts and Social Transformation in New Democracies: Na Institutional Voice for the Poor?** London: Routledge, 2006.

LADEUR, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais – apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação, método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social** - Ensaios traduzidos. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 133-224.

LUHMANN, Niklas. **Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos CEBRAP** (Impresso), 2011, pp. 05-20.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo. **Cadernos Adenauer**, v. 1, 2017, pp. 125-148.

_____. Agenda Suprema – interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Tempo Social**, Brasil, v. 28, n. 1, 2016, pp. 105-133.

SCHAFER, Burkhard; BAŃKOWSKI, Zenon “Double-click Justice: Legalism in the Computer Age”. **Legisprudence**. vol 1, 2007, pp. 31-49

SCHUARTZ, Luiz Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In MACEDO JUNIOR, R. P. (org). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 383- 418.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Dandridge v. Williams, 397 US 471. 1970. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/471/>>. Acesso em: 18 set. de 2016.

TUSNHET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton University Press, 1999.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WALDRON, Jeremy. “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?” In **Yale Law Journal**, n. 6, April 2014, pp. 1626-2133.

WANG, Daniel. Right To Health Litigation In Brazil: The Problem And The Institutional Responses. **Human Rights Law Review**, v. 15, 2015, pp. 617-641.

Parte II

Direitos humanos, direitos fundamentais e saúde

Direito à saúde, orçamento público e tribunais: uma análise sociológica da relação entre o sistema jurídico e o entorno social

João Vitor de Souza Alves

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 adotou um modelo de constitucionalismo social, dirigente e compromissário, com o intuito de resgatar as promessas não cumpridas da modernidade, especialmente no que se refere aos direitos sociais, econômicos e culturais. Dentre os direitos sociais previstos no capítulo II, artigo 6º, da Constituição Federal, está o direito à saúde, cabendo ao Estado garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas (BRASIL, Constituição, 1988, art. 196º).

Neste contexto, tendo em vista que o cenário brasileiro tem refletido um panorama de contraposição entre o texto constitucional incluyente e a realidade excludente (NEVES, 2011, p. 101), entende-se que o grande problema relacionado aos direitos sociais não mais reside no reconhecimento formal das suas garantias, mas sim na sua efetividade (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 535).

Em virtude de múltiplos aspectos (políticos, econômicos etc.), de certo modo, a concretização do direito à saúde está migrando dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário. Trata-se do fenômeno da judicialização da saúde, tema que tem sido objeto de diversas análises doutrinárias e jurisprudenciais ao longo dos últimos anos.

A despeito disso, até o presente momento, o que se observa é o alto número de ações judiciais sobre saúde e, em grande medida, a ampliação

do controle jurisdicional de políticas públicas sanitárias, sob uma perspectiva casuística, com diversos riscos jurídicos, políticos e econômicos, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho.

O texto se concentra no exame dos riscos do controle jurídico de políticas públicas sanitárias, bem como na realização de uma análise sociológica da relação entre o sistema jurídico e o seu entorno social. Destacam-se, aqui, alguns caminhos para o enfrentamento dos problemas relacionados à judicialização da saúde, tais como: ações coletivas, apoio técnico ao Poder Judiciário, audiências públicas e, em especial, o papel do orçamento público.

Um passo adiante, considerando a importância de desenvolver estudos em torno das organizações comprometidas com o respeito aos direitos fundamentais, o presente trabalho examina o potencial de contribuição dos Tribunais de Contas para a concretização do direito à saúde no Brasil.

Para tanto, sem ignorar as demais perspectivas teóricas, adota-se a teoria dos sistemas sociais. Isso, pois, além de possibilitar uma descrição útil da realidade social, a referida teoria enfrenta com seriedade a complexidade e a contingência da sociedade moderna, enquanto grande sistema social. Tal matriz teórica aponta para o fechamento operacional e para a abertura cognitiva dos subsistemas sociais, como o direito, a economia e a política, proporcionando um instrumental promissor para a investigação sobre direito à saúde, orçamento público e tribunais.

A metodologia a ser desenvolvida possui um caráter interdisciplinar, demandando uma revisão das obras, nacionais e internacionais, que versam sobre o tema, principalmente nas seguintes áreas: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Sanitário, Direito Financeiro, Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito.

Feitas essas considerações, o desenvolvimento do trabalho encontra-se estruturado nos moldes descritos abaixo.

A seção 2, intitulada *Direitos fundamentais na sociedade complexa*, ocupa-se do papel de tais direitos nas sociedades modernas, destacando-se, sobretudo, as possibilidades de relações entre o sistema jurídico e o seu ambiente. Propõe-se, ao final, uma leitura sistêmica do direito à saúde, com a ampliação da capacidade de diálogo entre o direito e seu ambiente (sentido amplo), sem prejuízo da sustentabilidade e da coerência funcional do sistema jurídico.

Na seção 3, cujo título é *Direito à saúde: uma perspectiva sociológica e sistêmica*, objetivou-se esclarecer o sentido (sistêmico) de direito à saúde adotado nesta pesquisa. Ademais, destaca-se a importância de uma leitura atenta à complexidade do tema, o que contempla, por exemplo, os diversos direitos que influenciam o sentido de saúde e as tensões existentes entre os sistemas sociais.

Na seção 4, intitulada *Direito à saúde e Poder Judiciário*, o trabalho se projeta para o enfrentamento da seguinte indagação: no contexto de judicialização da saúde, como o referencial sociológico da teoria dos sistemas pode contribuir para se repensar a relação entre o sistema jurídico e o seu entorno social, de modo a proporcionar consistência (ponto de vista interno) e adequação social (ponto de vista externo)? A partir de tal questionamento, abordam-se temas como ações coletivas, audiências públicas, apoio técnico aos julgadores e orçamento público.

Na seção 5, sob o título *Direito à saúde, Orçamento público e Tribunais de Contas*, objetiva-se responder ao seguinte questionamento: quais as possibilidades organizacionais dos Tribunais de Contas na concretização do direito à saúde? Nesse particular, sem pretensão de esgotar o tema, são examinados alguns aspectos relevantes para a compreensão da atuação de tais Cortes no país, tais como: atribuições constitucionais, funções, instrumentos de fiscalização, prestações de contas, caráter interdisciplinar e relações com os sistemas sociais.

Por fim, na conclusão, seção 6, expõe-se uma síntese das reflexões apresentadas ao longo do trabalho, ressaltando que, em grande medida, elas suscitam ideias que comportam desenvolvimentos posteriores. Trata-se, portanto, da indicação de uma agenda de pesquisa do autor para os próximos anos.

2 Direitos fundamentais na sociedade complexa

Utiliza-se, aqui, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que parte de uma explicação baseada na distinção entre sistema e ambiente (LUHMANN, 2016a, p. 34). Um sistema é caracterizado “pela diferença com seu ambiente e pelas operações internas de autorreprodução de seus elementos” (CAMPILONGO, 2011a, p. 66), sendo que a sociedade forma um grande sistema social, contemplando, em seu interior, todas as formas de comunicação.

Nesse horizonte teórico, os sistemas sociais da sociedade moderna, como a Economia, o Direito e a Política, “são funcionalmente diferenciados”. Cada sistema parcial possui o seu próprio código e a sua função específica, “ou seja, clausura operativa (ou fechamento operativo)”, mas também acoplamentos estruturais, como a Constituição, que permitem uma “abertura ao ambiente” (CAMPILONGO, 2011a, p. 66).

Como alerta Luhmann, esse raciocínio não indica que o ambiente seja algo simplesmente imaginário. Em outras palavras, o ambiente contempla diversos sistemas, “os quais podem entrar em contato com o sistema para o qual eles são ambiente” (LUHMANN, 2016b, p. 208).

Há, portanto, uma clara abertura cognitiva do sistema jurídico ao seu ambiente político e econômico, como pode ser observado no âmbito dos direitos sociais¹. A título ilustrativo, segundo o art. 196 da Constituição

¹ A ideia de uma análise sistêmica dos direitos sociais está relacionada à formação de uma teoria crítico-reflexiva sobre o Direito, que não ignora os imperativos sistêmicos da sociedade moderna. Para tanto, há de se encarar a

Federal, cabe ao Estado garantir o direito à saúde mediante *políticas* sociais e *econômicas*, o que revela a influência dos sistemas político e econômico no sistema jurídico (e vice-versa).

De tal modo, Luhmann (2016a, p. 44) sustenta que “o sistema jurídico é um subsistema do sistema social”, com o acréscimo de que a relação do sistema jurídico com o sistema da sociedade é multifacetada, ou seja, “por um lado, a sociedade é o ambiente de seu sistema do direito; por outro, todas as operações do sistema do direito são também operações na sociedade e, portanto, operações da sociedade” (LUHMANN, 2016a, p. 45).

Nesse ínterim, De Giorgi (2017, p. 337) sugere a necessidade de uma “ecologia dos Direitos Humanos”, a saber, “uma observação dos Direitos Humanos que pressupõe a perspectiva da relação do sistema da sociedade com o ambiente deste sistema”. Tal perspectiva viabilizaria uma observação realista da função dos direitos humanos e, principalmente, das possibilidades de futuro que podem ser construídas a partir de tais observações.

De modo similar, Carneiro (2018, p. 145) defende que “os direitos fundamentais atuam como ‘eclusas’ que controlam o fluxo de sentido entre o direito e seu ambiente”, o que proporcionaria “a observação da complexidade constitutiva das expectativas no entorno e na camada periférica do sistema jurídico”.

Sobre o tema, Campilongo alerta para o fato de que, “entre nós, muitas vezes, a efetividade dos direitos fundamentais, o seu gozo efetivo ou a sua garantia jurisdicional, acaba sendo corrompida por alguma forma de intromissão política na gestão das coisas do direito”, quer dizer, em diversas situações, “o que se percebe é um condicionamento político da

sociedade como sistema social complexo, “que exige cada vez mais subsistemas, como o direito, a economia, a religião, etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente” (ROCHA, 2005, p. 35).

atividade jurisdicional”. Perde-se, com essa politização, “a possibilidade de explorar ao máximo as reais potencialidades que o sistema jurídico oferece” (CAMPILONGO, 2011b, p. 103-104).

Nota-se, portanto, que uma análise sistêmica do direito à saúde envolve a identificação das múltiplas possibilidades de relações entre o sistema jurídico e o seu ambiente, incluindo as relações entre os próprios sistemas funcionais², o que pode contribuir para a compreensão dos principais problemas que permeiam a inefetividade do direito à saúde no Brasil e, posteriormente, para a proposição de alternativas a fim de equilibrar a relação entre o sistema jurídico e o entorno social.

Posto isso, mediante observações de segunda ordem, propõe-se uma leitura sistêmica do direito à saúde, com a ampliação da capacidade de relação intersistêmica entre o Direito e seu ambiente, sem prejuízo da sustentabilidade e da coerência funcional de tal sistema.

3 Direito à saúde: uma perspectiva sociológica e sistêmica

Neste trabalho, o sentido de saúde é analisado sob uma perspectiva sociológica e sistêmica. Tendo como base a teoria dos sistemas de Luhmann, a saúde pode ser observada como um sistema social complexo, que varia em função da sua própria evolução e do avanço dos sistemas com os quais se relaciona, sobretudo, o Estado – centro do sistema político – e a sociedade – sistema social global³ (SCHWARTZ, 2001, p. 37-39).

Dessa forma, a saúde pode ser compreendida como:

² Para Teubner, “a orientação ecológica do Direito, em seu sentido mais amplo, poderia ser a mais importante contribuição que a teoria dos sistemas, com seu persistente enfoque na diferenciação-sistema-ambiente, acrescenta ao debate sobre a justiça”. Isto, pois, “a justiça direciona a atenção do Direito positivo para a questão problemática de sua adequação em relação ao mundo exterior” (TEUBNER, 2011, p. 28). Sobre o princípio da sustentabilidade e o sentido mais amplo possível de “ambiente”, Cf. TEUBNER, 2016, p. 292.

³ Nesse sentido, Martini (2015, p. 126) vislumbra a existência de “pressupostos capazes de, diante do processo evolutivo, sustentar que a saúde aprimorou suas comunicações e estruturou-se como um subsistema social, ou em sistema social, diante das complexidades advindas da própria sociedade”.

[...] um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar. (SCHWARTZ, 2001, p. 43).

Logo, além da ausência de doenças, a saúde significa a busca pela melhor qualidade de vida possível, tendo como parâmetro a individualidade de cada ser humano. Acrescente-se, ainda, que uma vida saudável depende de diversos aspectos (meio ambiente sadio, educação, saneamento básico, trabalho etc.), o que também contribui para a construção do sentido de saúde.

Ante o exposto, sob uma perspectiva sistêmica, a saúde não pode ser vista como um sistema estático, mas sim como um sistema dinâmico, que encontra a sua estabilidade a partir das múltiplas relações com a sociedade e os demais sistemas sociais (Direito, Economia, Política etc.).

A Constituição Federal de 1988 consagrou, inicialmente, o direito à saúde no seu artigo 6º, ao tratá-lo como um dos direitos sociais. Ademais, o texto constitucional reservou uma seção específica para a saúde, compreendida entre os artigos 196 a 200.

Destaca-se, nesse ínterim, o teor do artigo 196 da CF/88, segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal proteção constitucional restaria garantida por intermédio de *políticas* sociais e *econômicas* relacionadas aos ideais de promoção, proteção e recuperação da saúde, visando: 1) a redução do risco de doença e de outros agravos; 2) o acesso universal e igualitário às ações e serviços.

Quanto ao primeiro objetivo estipulado pelo texto constitucional, há de se atentar para a evidente conexão entre risco, saúde e direito. A expressão “risco de doenças” representa a ideia de saúde preventiva, ao passo em que o termo “outros agravos” evidencia a “impossibilidade de

tudo se prever em relação à saúde, o que reforça a ideia da excessiva contingência sanitária” (SCHWARTZ, 2001, p. 98).

Tal raciocínio pode ser ilustrado a partir do surgimento de novos procedimentos científicos e tecnológicos na área da saúde, bem como da propagação ou surgimento de doenças, tal como ocorrido com a pandemia de coronavírus (COVID-19)⁴, evidenciando, assim, que não existem soluções únicas para o problema sanitário (SCHWARTZ, 2001, p. 87). Vale dizer, em matéria de saúde, o risco está inserido na vida cotidiana da sociedade contemporânea (LUHMANN, 1992).

No que diz respeito ao segundo objetivo, o acesso universal significa a possibilidade de todos os brasileiros poderem alcançar as ações ou serviços de saúde, sem restrição de acessibilidade, seja legal, econômica, física ou cultural. O acesso igualitário denota a ideia de acesso sem discriminações ou preconceitos (PAIM, 2009, p. 45).

Além disso, a Lei Fundamental também consagrou “direitos afins ao direito à saúde” (SCHWARTZ, 2001, p. 41), ou seja, direitos que influirão no sentido de saúde. Com base na doutrina e na legislação, Schwartz aponta alguns desses direitos:

Direito à proteção do meio ambiente, direito à educação, direito à moradia, direito ao saneamento, direito ao bem-estar social, direito ao trabalho e à saúde no trabalho, direito à proteção da família, direito da seguridade social, direito à saúde física e psíquica, direito a morrer dignamente, direito de informação sobre o estado de saúde e nutrição, direito a não ter fome, direito à assistência social e direito de acesso aos serviços médicos. (SCHWARTZ, 2001, p. 41)

Nesse sentido, o artigo 3º da Lei nº 8.080/90 indica diversos fatores determinantes e condicionantes da saúde:

⁴ Sobre a pandemia de coronavírus e a teoria dos sistemas sociais, Cf. ESPOSITO, 2020, p. 3-20.

Art. 3º. Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013).

O surgimento do coronavírus (COVID-19) explicitou, na prática, a importância dos supracitados fatores para a concretização do direito à saúde. Ao contextualizar a progressão do aludido vírus nas Américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos menciona a desigualdade regional, caracterizada por:

[...] profundas lacunas sociais em que a pobreza e a pobreza extrema constituem um problema transversal a todos os Estados da região; bem como a falta ou precariedade de acesso a água potável e saneamento; a insegurança alimentar, situações de contaminação ambiental e falta de moradia ou *habitat* adequado. À qual se somam altas taxas de informalidade do trabalho e de trabalho e renda precários que afetam um grande número de pessoas na região, o que torna ainda mais preocupante o impacto socioeconômico da COVID-19. Tudo isso dificulta ou impede que milhões de pessoas adotem medidas preventivas básicas contra a doença, principalmente quando afeta grupos em situação de especial vulnerabilidade. Além disso, a região é caracterizada por altos índices de violência generalizada e principalmente violência baseada em gênero, raça ou etnia; bem como a persistência de flagelos como corrupção e impunidade [...]. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020, p. 3, tradução nossa).

Portanto, a pandemia de COVID-19 evidenciou a existência de um problema sanitário global, com múltiplos aspectos a serem observados em cada região, tais como: 1) pobreza; 2) acesso à água potável e ao saneamento; 3) insegurança alimentar; 4) contaminação ambiental; 5) moradia

ou *habitat* adequado; 6) trabalho e renda; 7) índices de violência; 8) corrupção e impunidade.

Nesse sentido, entende-se que a concretização do direito à saúde não deve ser examinada de forma isolada. Ora, não cabe falar em saúde efetiva se não houver moradia digna, saneamento básico, educação, meio ambiente sadio, boas condições de trabalho, acesso aos serviços médicos mais elementares, entre outros, o que revela a complexidade da matéria.

Conclui-se, por fim, que o direito à saúde deve ser analisado em meio à sua realidade plural e complexa, contemplando a observância dos diversos direitos que influenciam o sentido de saúde, bem como as tensões existentes entre os sistemas sociais e as relações que o sistema jurídico constrói com o seu ambiente.

4 Direito à saúde e Poder Judiciário⁵

Enquanto direito social e processo sistêmico, a saúde depende de ação positiva estatal, de um Estado Intervencionista, que esbarra em “sistemas sociais jurídicos, burocráticos, econômicos, políticos, entre outros, para sua efetivação” (SCHWARTZ, 2001, p. 148).

Posto isso, de certo modo, a concretização das políticas públicas sanitárias está migrando dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Trata-se da judicialização da saúde que, por um lado, sinaliza a possibilidade de garantia do direito à saúde por meio do Poder Judiciário, mas, por outro, evidencia os riscos de uma confusão entre sistema político e sistema jurídico, sobretudo, se os tribunais deixam de lado a lógica do direito e passam a interpretar a Constituição através de critérios políticos (CAMPILONGO, 2011b, p. 102-103).

⁵ Esse tópico contempla algumas reflexões já divulgadas em dissertação sobre o assunto. Cf. ALVES, 2014.

Neste ponto, sem negar as ligações evidentes que existem entre o direito e a política, faz-se importante avaliar os limites do sistema jurídico e do sistema político (CAMPILONGO, 2011b, p. 98). A partir de uma perspectiva comunicacional, nota-se a existência de pelo menos três diferenças entre tais sistemas, conforme quadro abaixo:

Quadro 1 – Diferenças entre o sistema político e o sistema jurídico

-	SISTEMA POLÍTICO	SISTEMA JURÍDICO
FUNÇÃO	Tomar as decisões que vinculem a coletividade	Garantir expectativas normativas, expectativas de direitos
CÓDIGO COMUNICACIONAL	Maioria/minoria e governo/oposição	Lícito/ilícito e legal/ilegal
PROGRAMA	Teleológico, finalístico e de objetivo	Condicional

Fonte: Campilongo (2011b, p. 99-100, adaptado)

Observa-se, destarte, que: 1) no plano da função, ao se voltar para tomada de decisões que vinculem a coletividade, a comunicação política é mais abrangente do que a comunicação jurídica; 2) em relação aos códigos de comunicação, diferentemente do sistema político, que gira em torno dos binômios maioria/minoria e governo/oposição, o sistema jurídico cuida da distinção lícito/ilícito, legal/ilegal; 3) o sistema político contempla programações teleológicas, finalísticas e de objetivo, que exigem um acompanhamento constante das suas decisões, ao passo que o sistema jurídico lida com programas do tipo condicional⁶ (CAMPILONGO, 2011b, p. 99-100).

De maneira distinta ao que acontece na política, em que muitas vezes a decisão não precisa necessariamente ser tomada, o sistema jurídico é obrigado a decidir todas as questões que chegam ao interior do Poder

⁶ Cite-se, por exemplo, a seguinte formulação: “se preenchidas determinadas condições, então os direitos devem ser assegurados” (CAMPILONGO, 2011b, p. 100).

Judiciário⁷, o que contribui para a expansão do processo de criação e produção do Direito (CAMPILONGO, 2011b, p. 99-100).

Logo, cabe ao sistema jurídico e, sobretudo, aos tribunais, o papel de interpretar/aplicar a Constituição “com os olhos do sistema jurídico”. A efetividade da saúde, enquanto direito fundamental, depende, em larga medida, da possibilidade de que o sistema jurídico possa afirmar-se independentemente das pressões de natureza política (CAMPILONGO, 2011b, p. 103-105).

Tal problemática adquire contornos ainda mais relevantes quando se observa a questão da escassez de recursos, que evidencia o dilema dos limites econômicos do Estado em face da implementação dos direitos sociais.

Ao menos sob a perspectiva sistêmica, a análise judicial da escassez de recursos revela um paradoxo oriundo do sistema econômico. Segundo Correia (2014, p. 223), a escassez é um paradoxo “porque envolve sempre a simultânea abundância. Um bem é escasso para *alter* apenas porque *ego* dele se apropriou. Não ter e ter implicam-se mutuamente”. A economia é o sistema social dotado de operacionalidade para enfrentar este problema, mas, com a judicialização dos direitos sociais, o sistema jurídico também passa a ter de decidir sobre ele.

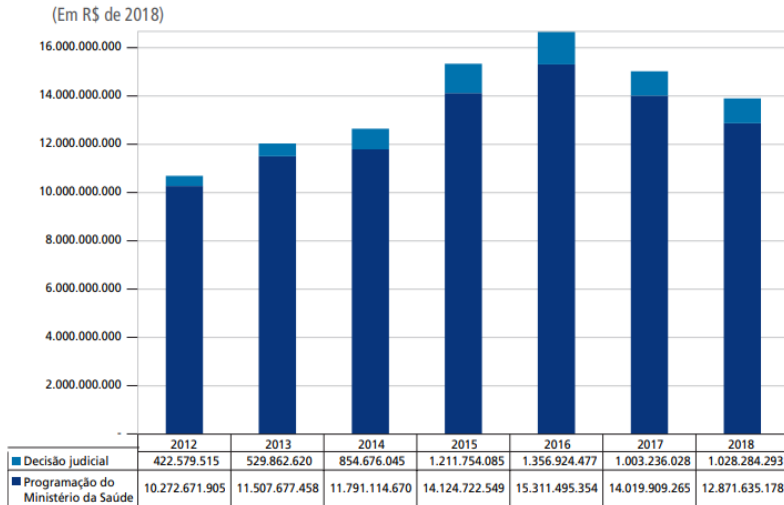
No âmbito da judicialização da saúde, pode-se perceber que os gastos públicos oriundos de decisões judiciais vêm aumentando vertiginosamente⁸. Entre 2012 e 2018, a partir dos dados apresentados no gráfico

⁷ De acordo com Luhmann (2016a, p. 414), “os contratos não necessariamente devem ser celebrados, as leis não necessariamente devem ser baixadas (salvo determinação em contrário pela Constituição), mas os tribunais devem decidir sobre qualquer caso que se apresente. A norma que corresponde a essa situação é de que se encontra proibida a denegação de justiça”.

⁸ De acordo com Faria (2019, p. 124), o contexto de judicialização da política “exigiu de promotores e juízes novos argumentos e novas fundamentações legais, e ainda envolveu os tribunais em atividades até então tidas como exclusivas do Executivo. Isso ocorreu com as ordens judiciais para que esse poder destinasse recursos financeiros à implementação de programas sociais, o que levou o Judiciário a interferir crescentemente na produção e distribuição de bens coletivos e em suas formas de financiamento”.

abaixo, é possível observar que “as despesas por decisões judiciais ampliaram a sua participação no total de despesas do governo federal com medicamentos de 4,0% em 2012 para 7,4% em 2018, passando de R\$ 422,6 milhões para R\$ 1,0 bilhão” (VIEIRA, 2020, p. 29).

Gráfico 1 – Gasto do Ministério da Saúde com medicamentos, segundo o tipo de alocação dos recursos, programação própria ou por determinação judicial (2012- 2018)



Fonte: Siga Brasil. Valores liquidados e deflacionados pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) médio. Elaboração da autora.

Obs.: Na despesa total do Ministério da Saúde, estão contabilizados os gastos com os Componentes Básico, Especializado e Estratégico da Assistência Farmacêutica, assim como com o Programa Farmácia Popular do Brasil. Detalhes sobre a metodologia para apuração desses valores foram descritos por Vieira (2018). As despesas por decisões judiciais estão incluídas na despesa total e, no geral, oneram a ação orçamentária que financia a aquisição de medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. São registrados na unidade gestora responsável 250925-SJ-MED/MS.

Fonte: VIEIRA, 2020, p. 29

A questão é que, na maioria dos casos, o Poder Judiciário analisa as ações que versam sobre a saúde, por meio de demandas individuais, ou seja, no plano da microjustiça, da justiça do caso concreto (AMARAL, 2010, p. 18). Ainda que o juiz de primeira instância possa oferecer soluções pontuais adequadas, tal conjuntura pode contribuir para a formação de um sistema irracional de decisões, com diversos riscos jurídicos, políticos e econômicos (CAMPILONGO, 2011a, p. 107).

Tais riscos podem ser identificados a partir de duas complexidades, quais sejam: 1) a dinâmica do estado de direito, que pressupõe irritações recíprocas entre os sistemas jurídico e político; 2) a binariedade inclusão/exclusão. No primeiro caso, a Constituição e o Estado de Direito asseguram a relação bilateral entre os sistemas jurídico e político, sendo que as pressões entre direito e política podem evidenciar uma deficiência no acoplamento estrutural, de modo a impor dificuldades à efetividade dos direitos sociais. No segundo caso, por sua vez, os direitos sociais representam “promessa de inclusão equânime nos mais diversos âmbitos”, o que abrange o tratamento de doentes. Apesar da sua incapacidade de intervir diretamente em outros sistemas para promover a inclusão, o sistema jurídico precisa enfrentar as suas limitações e decidir sobre a inclusão social (CORREIA, 2014, fl. 224).

A decisão proferida no plano individual (microjustiça) pode, paradoxalmente, ampliar o quadro de inefetividade do direito à saúde para toda a população (macrojustiça). Esse é um grande risco, afinal, em regra, “os efeitos imprevistos e indesejados ocorrem somente após a tomada de decisão, quando o juiz já não tem nenhuma responsabilidade ou controle sobre o caso” (CAMPILONGO, 2011a, p. 108).

Com isso, torna-se possível atentar para o fato de que a escassez, as políticas públicas sanitárias e a inclusão social, em alguma medida, remetem a problemáticas e paradoxos do ambiente do direito, ou melhor, são “problemas ecológicos” que surgem a partir da relação entre o sistema social e o seu ambiente (LUHMANN, 2007, p. 95-100). Eis a questão central da judicialização da saúde, que demanda a abertura cognitiva para a construção de soluções jurídicas. Ressalte-se, contudo, que a abertura também pressupõe o fechamento (CORREIA, 2014, p. 183-224). Busca-se, assim, consistência (aspecto interno) e adequação social (aspecto externo).

A referida busca pode ser vislumbrada a partir da observação do modo operacional do sistema jurídico, que já apresenta alguns caminhos para o tratamento da judicialização da saúde⁹. Dentre tais possibilidades, o presente trabalho destaca a importância de uma leitura sociológica do orçamento público.

Considerando o referencial sociológico da teoria dos sistemas, Neves (2009, p. 50) afirma que, no regime fiscal, há um entrelaçamento entre Política, Economia e Direito. Vale dizer que “o orçamento é um instituto envolvido diretamente na economia, no direito e na política”, estando sujeito, então, aos diversos pontos de tensões entre esses três sistemas.

Nesse sentido, Correia (2014, p. 203) indica que o orçamento possui um papel relevante para os sistemas jurídico, político e econômico, sendo que, no plano jurídico, tal estrutura poderia atuar como filtro de complexidade ambiental, na medida em que as decisões estatais acerca da alocação de recursos são juridicamente controláveis. É o que se observa no trecho abaixo:

O orçamento é estrutura importante simultaneamente em três subsistemas sociais – política, direito e economia. Em cada um deles, liga-se a parâmetros diversos. Na economia, orienta pagamentos e não pagamentos do Estado atuante no mercado. Na política, serve ao estabelecimento e à consecução de programas finalísticos. No direito, pode atuar como filtro de complexidade que chega aos tribunais e à dogmática, fornecendo imagem da escassez de recursos juridicamente aproveitável.

Não é demasiado, diante da atual doutrina de direitos sociais, insistir que o sistema jurídico não conta com operacionalidade suficiente para permitir-lhe lidar diretamente com a escassez [...]. O orçamento reduz esta complexidade

⁹ Sobre as estratégias para a redução da judicialização da saúde, Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

e esconde o paradoxo. Transforma a escassez em problema de alocação. Aí está a chave para que a dogmática possa lidar com o tema da escassez de recursos estatais quando direitos sociais são judicializados. A escassez não é juridicamente controlável. Mas as decisões estatais acerca da destinação de recursos são (CORREIA, 2014, p. 203-204).

Ante o exposto, revela-se a importância do exame da alocação de recursos públicos pelo Estado a partir de parâmetros jurídicos. Dito de outro modo, no controle de políticas públicas sanitárias, o sistema jurídico precisa levar em consideração os valores disponíveis nos cofres públicos, tal como especificado nas leis orçamentárias (CORREIA, 2014, p. 205).

Para tanto, a partir da dinâmica entre doutrina e jurisprudência, acredita-se que é possível desenvolver critérios de controle dos gastos públicos, oportunidade em que surgem os seguintes questionamentos: se há verbas para a realização de festejos, o ente público pode recusar-se a conceder medicamentos vitais? Se os gastos com propaganda institucional são altos, pode o poder público deixar de construir um hospital ou de abrir novas vagas em leitos hospitalares? A doutrina do Direito Financeiro pode avançar na formulação de tais questões¹⁰, o que contribuiria para a redução de complexidade das decisões jurídicas (CORREIA, 2014, p. 208).

Um passo adiante, convém salientar que, na prática, ao analisarem leis orçamentárias, os magistrados deparam-se com números, ou seja, com a complexidade ambiental. No âmbito do sistema jurídico, alguns procedimentos podem contribuir para a redução de tal complexidade (CORREIA, 2014, p. 208).

A princípio, cabe salientar que a análise da macrojustiça remonta ao caráter coletivo dos direitos sociais. Neste particular, as ações coletivas, enquanto mecanismo de processamento de demandas coletivas, “são o

¹⁰ A respeito do controle judicial dos orçamentos públicos em prol dos direitos fundamentais, Cf. PINTO, 2016.

meio, por excelência, de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas” (BUCCI, 2006, p. 31). Nelas, faz-se necessário “analisar detalhadamente a alocação de recursos estatais para que haja um mínimo de adequação social” (CORREIA, 2014, p. 215).

Nota-se, por conseguinte, que os procedimentos coletivos são mais adequados à garantia de expectativas normativas acerca dos direitos sociais prestacionais. Tais procedimentos viabilizam uma maior participação, a exemplo dos *amici curiae* e da cooperação em audiências públicas, o que amplia a percepção da complexidade ambiental relacionada ao direito à saúde. Aceitam-se, assim, contribuições de movimentos sociais, de organizações não governamentais, de técnicos de diversas áreas, dos próprios destinatários das prestações e de órgãos estatais. A abertura cognitiva advinda dos debates no âmbito coletivo é importante para que o sistema jurídico filtre as complexidades ambientais, proporcionando, ao final, maior “adequação social dos programas condicionais formulados” (CORREIA, 2014, p. 217).

Tal raciocínio não conduz à negação das ações individuais na área da saúde. Em verdade, as ações individuais podem funcionar como mecanismo de pressão para a implementação das políticas públicas. O caso que mais ilustra a importância de tais ações é o ocorrido com os portadores do vírus HIV, em que o Brasil não só instaurou a política pública, bem como passou a ser o país cujo tratamento é uma referência no plano internacional (LIMBERGER, 2009, p. 65-66).

Além disso, o apoio técnico (composto por médicos, farmacêuticos etc.) pode contribuir para a concretização do direito à saúde, pois o Poder Judiciário não possui todos os conhecimentos técnico-científicos imprescindíveis para o adequado controle jurisdicional de políticas públicas sanitárias.

No plano procedimental, o apoio técnico também pode ser observado por meio da prova, isto é, o Direito pode se valer de perícias técnicas para enfrentar a complexidade ambiental. Com efeito, além de contribuir para a redução de tal complexidade, a atividade probatória promove a abertura cognitiva do Direito ao problema sem perda de consistência (CORREIA, 2014, p. 220-221).

Feitas estas considerações, em tempos em que o Poder Judiciário é visto como a última opção dentre os demais poderes, tornou-se comum acreditar que nele reside a solução de todos os nossos problemas. No entanto, a edificação de uma democracia (enquanto organização social) perpassa pela necessária observância das limitações que cercam tal poder, bem como pela valorização do devido funcionamento da política. Isto é, os sistemas político e jurídico devem funcionar abertos a influências recíprocas, mas sem que ambos os sistemas se descaracterizem (CAMPILONGO, 2011a, p. 60).

No plano orçamentário, por exemplo, a alocação se dá inicialmente no sistema político, por decisões coletivamente vinculantes que visam à realização de políticas públicas (CORREIA, 2014, p. 211). O Poder Judiciário, por sua vez, tutela as políticas públicas na medida em que elas explicitem *direitos* (BUCCI, 2006, p. 31).

Ao decidir, o magistrado reproduz programas condicionais característicos do sistema jurídico, para controlar as políticas públicas. As decisões judiciais têm alta probabilidade de irritar o sistema político, de modo que os poderes públicos podem elaborar programas finalísticos. Não há uma garantia de conquista dos objetivos declarados pelo sistema jurídico, mas esse é um aspecto fundamental para a reprodução do direito enquanto sistema funcionalmente diferenciado (CORREIA, 2014, p. 222).

Conclui-se, portanto, que a concretização do direito à saúde depende, em grande medida, de uma separação – mesmo reconhecendo as

semelhanças –, entre o sistema político e o sistema jurídico (CAMPILONGO, 2011b, p. 108).

5 Direito à saúde, orçamento público e Tribunais de Contas

Ante os altos números da judicialização da saúde, bem como a complexidade que envolve o controle da administração pública brasileira, o que inclui a fiscalização das leis orçamentárias e dos gastos públicos, considera-se importante analisar o potencial de contribuição dos Tribunais de Contas para a concretização do direito à saúde.

Ao destacar tal potencial, não se ignora a existência de críticas à atuação das Cortes de Contas ou, ainda, a existência de “pressões políticas oriundas dos segmentos controlados” (FERNANDES, 1999, p. 167). Existem diversos temas controversos que transcendem os limites deste capítulo, tendo como exemplos: a expansão de competências das cortes de contas; a efetiva implementação das suas decisões; o custo-benefício de arcar com o aparato burocrático para fiscalizar os entes públicos; os múltiplos desafios inerentes a um amplo rol de atribuições; a possibilidade de revisão judicial dos seus atos; e a forma de nomeação dos Ministros e Conselheiros (BARBOSA, 2015, p. 98-105).

Feito este esclarecimento, ao examinar as instituições jurídicas do Direito Sanitário, Aith (2007, p. 379) salienta que “as políticas públicas estão sujeitas aos controles financeiros e contábeis realizados pelos Tribunais de Contas”.

De igual modo, Dallari, Aith e Maggio (2019, p. 22-23) esclarecem que a defesa do erário público e dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e motivação exigem a realização de controle e fiscalização exemplares, “a ser desempenhada pela sociedade, Conselhos de Saúde, Tribunais de Contas, Ministério Público e Legislativo”.

Sucedo que, a despeito de sua importância crescente para o controle da Administração Pública brasileira, as pesquisas sobre Tribunais de Contas não explicitam, salvo raras exceções, um estudo sistemático sobre o papel de tais Tribunais no âmbito do direito à saúde e, em especial, no contexto de uma sociedade complexa¹¹.

Com efeito, de acordo com a Constituição de 1988¹², cabe ao Tribunal de Contas da União (TCU) auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, o que abrange a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Tal raciocínio aplica-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, tal como previsto pelo art. 75, da CF/88.

Ao apreciar este amplo rol de atribuições constitucionais, Caldas Furtado (2013, p. 580-583) especifica a existência de nove funções atribuídas aos Tribunais de Contas, quais sejam: 1) opinativa; 2) jurisdicional; 3) fiscalizadora; 4) informativa; 5) sancionadora; 6) corretiva; 7) de ouvidoria; 8) consultiva; e 9) normativa ou regulamentar.

Ante o recorte temático do presente texto, convém destacar, em linhas gerais, que a atuação dos Tribunais de Contas se revela essencial, sobretudo, no exame das prestações de contas, bem como na prática inerente aos seus diversos instrumentos de fiscalização, tais como: auditorias,

¹¹ Como uma das exceções, Cf. BARBOSA, Rafael Barros Silva de Pedreira. *Os tribunais de contas e o combate à impunidade no Brasil: uma análise a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

¹² Cf. Arts. 70 a 75, da Constituição Federal de 1988.

inspeções, denúncias, representações, dentre outros, (FURTADO, 2013, p. 916).

Nos termos do art. 239, do Regimento Interno do TCU, a auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: 1) examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; 2) avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados; 3) subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro. Trata-se, portanto, do “mais completo instrumento de fiscalização do Tribunal” (FURTADO, 2013, p. 917).

Um passo adiante, de acordo com o art. 240 do Regimento Interno do TCU, as inspeções são instrumentos de fiscalização utilizados para suprir omissões, esclarecer dúvidas, bem como apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos.

Em seu art. 74, § 2º, a Constituição Federal de 1988 tratou das denúncias, ao explicitar que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas. Esse é um “importante instrumento constitucional voltado ao controle social da Administração Pública” (FURTADO, 2013, p. 918).

Por meio das representações, as autoridades referidas no art. 237 do Regimento Interno do TCU (Ministério Público, órgãos do controle interno, senadores, deputados, juízes, servidores públicos, as equipes de inspeção ou de auditoria, dentre outras) solicitam ao Tribunal a apuração de fato ou de ato ilegal.

Observa-se, por conseguinte, a existência de diversos instrumentos de fiscalização, que podem ser utilizados em benefício da concretização do direito à saúde. Em 2019, por exemplo, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCM/BA) determinou a realização de auditorias especiais, na área da saúde, em 17 municípios baianos¹³, a fim de averiguar os gastos com a compra de medicamentos que são distribuídos para a população, “as condições de armazenamento, validade e instalações físicas das farmácias e dos equipamentos indispensáveis à conservação dos remédios” (BAHIA, Tribunal de Contas dos Municípios, 2019). Em 2015, por sua vez, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG) aprovou recomendações de auditoria operacional, que teve como finalidade “avaliar o nível de resolutividade das unidades básicas de saúde, identificando os principais problemas que afetam a qualidade e a cobertura da Atenção Básica à Saúde” no âmbito estadual (MINAS GERAIS, Tribunal de Contas, 2015).

As auditorias e inspeções são instrumentos úteis na detecção de sobrepreços, bem como na verificação do cumprimento de contratos, execução de obras, entre outros, (BARBOSA, 2015, p. 83).

As representações solicitando ao Tribunal a apuração de fato ou de ato ilegal também merecem destaque. A título ilustrativo, em 2019, ao analisar a regularidade de um Pregão, que tinha como objeto a implantação de registro de preços para eventual e futura compra de medicamentos, o Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPC-PR) apurou a existência de sobrepreço e, por meio de representação, com pedido cautelar, solicitou ao TCE-PR que o Município de Pato Branco adotasse o Código

¹³ Os Municípios foram selecionados com base na matriz de risco elaborada a partir de informações dos bancos de dados do próprio TCM/BA (2019).

BR do Catálogo de Compras do Comprasnet¹⁴ desde a fase interna do processo licitatório, o que foi acolhido pela Corte de Contas (PARANÁ, Ministério Público de Contas, 2019).

Ressalte-se, por fim, que a denúncia é um instrumento de cooperação entre os Tribunais de Contas e a sociedade, isto é, entre o controle externo e o controle social, pois viabiliza a qualquer cidadão a possibilidade de contribuir para a fiscalização das políticas públicas de saúde. Cite-se, por exemplo, o caso do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), que disponibilizou aos cidadãos o aplicativo “fiscalize com o TCESP”, enquanto ferramenta tecnológica para a apresentação de denúncias. De acordo com o TCE/SP, em 2018, o número de ocorrências chegou a 1.183, o que representou um aumento de 883% em relação a 2016 (SÃO PAULO, Tribunal de Contas, 2018).

Além da atuação por meio de tais instrumentos de fiscalização, os Tribunais de Contas adquirem relevância ainda maior na apreciação das prestações de contas¹⁵.

Nesse sentido, ao descrever as funções desempenhadas pelos Tribunais de Contas no âmbito do controle externo, o art. 71 da Constituição Federal aduz que lhes compete: 1) apreciar as contas (de governo) prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, mediante parecer prévio; 2) julgar as contas (de gestão) dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder

¹⁴ O Código BR do Catálogo de Compras do Comprasnet “é um identificador de cada medicamento adquirido pelo Poder Executivo Federal, que facilita a pesquisa de preços” (PARANÁ, Ministério Público de Contas, 2019).

¹⁵ O dever de prestar contas encontra amparo no art. 70, parágrafo único, da Lei Fundamental, nos seguintes termos: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Na primeira categoria, que envolve as denominadas “contas de governo”¹⁶, as Cortes de Contas entram em contato direto com os orçamentos dos entes públicos e, desse modo, com a complexidade ambiental inerente a tais estruturas, que trazem características dos sistemas econômico, político e jurídico.

Assim, considerando que o controle de políticas públicas sanitárias deve levar em consideração os valores disponíveis nos cofres públicos, nos moldes estabelecidos pelas leis orçamentárias, entende-se que a atuação dos Tribunais de Contas é fundamental para o controle do orçamento público, na medida em que tais organizações emitem pareceres prévios sobre as contas, com informações técnicas relevantes para a avaliação das leis orçamentárias¹⁷.

No âmbito da saúde, por exemplo, ao apreciar as “contas de governo”, as Cortes de Contas verificam, tecnicamente, se os entes públicos aplicaram os valores mínimos em ações e serviços públicos de saúde, nos termos da Lei Complementar 141/2012.

É evidente que o cumprimento dos percentuais mínimos não é suficiente para garantir a qualidade da saúde, mas é um indicador importante para o controle orçamentário dos entes públicos. Vale dizer, um dos principais desafios dos Tribunais de Contas perpassa pelo desenvolvimento de

¹⁶ Segundo Furtado (2013, p. 902), “o exame das contas de governo compreende aspectos gerais relacionados à execução dos orçamentos públicos federais, especialmente no que concerne aos aspectos definidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. É realizada a análise das receitas e das despesas previstas no Plano Plurianual, e nos Orçamentos Fiscal, da Seguridade Social e de Investimento das Estatais”.

¹⁷ No Recurso Extraordinário nº 848.826/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de repercussão geral, que a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, nos casos em que o gestor também atue como ordenador de despesas, será exercida pelas Câmaras Municipais, com auxílio dos Tribunais de Contas competentes. De acordo com Conti (2016), ante o fortalecimento do combate à corrupção, há de se ter “cautela para que não se enfraqueça o controle externo com a redução dos poderes dos tribunais de contas, o que pode fragilizar o sistema de responsabilização dos agentes públicos” e aumentar a impunidade.

uma atuação que não fique adstrita ao mero exame contábil dos valores aplicados no plano sanitário. Recomenda-se, assim, a instauração de auditorias para acompanhar a qualidade dos gastos com saúde nos entes públicos, bem como para avaliar as condições da rede pública de saúde.

Na segunda categoria, as “contas de gestão”, os processos de prestação de contas devem compreender todos os recursos orçamentários e extraorçamentários, oportunidade em que as Cortes de Contas examinam aspectos específicos da gestão, tais como: se determinado ato ou contrato é lícito, se dada licitação ou concurso público foram conduzidos conforme determina a legislação, dentre outros, (FURTADO, 2013, p. 902). São avaliados, portanto, aspectos como a contratação ilegal de servidores terceirizados na saúde, eventuais falhas nos procedimentos licitatórios relacionados à aquisição de produtos hospitalares etc.

Ante os efeitos da pandemia de coronavírus (COVID-19)¹⁸, tais possibilidades organizacionais tornam-se ainda mais importantes. No Brasil, em seu art. 1º¹⁹, o Decreto Legislativo nº 6/2020 reconheceu o estado de calamidade pública, o que representou “uma estratégia para a adoção de maior flexibilidade orçamentária por parte do Poder Executivo diante das limitações legais existentes” (CRUZ, 2020, p. 107).

A supracitada medida permitiu “a utilização de instrumentos jurídico-financeiros capazes de viabilizar as medidas necessárias na área da saúde” (CONTI, 2020a). Assim, por intermédio da Emenda Constitucional

¹⁸ “o coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias”, sendo que o novo agente viral (SARS-CoV-2) provoca a doença chamada de COVID-19 (BRASIL, Ministério da Saúde, 2020).

¹⁹ “Art. 1º. Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.” Cf. BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 28 maio 2020.

nº 106/2020²⁰, instituiu-se um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações durante a vigência do estado de calamidade pública decorrente da pandemia, “prevendo medidas de facilitação de contratações pelo Poder Público, flexibilização das restrições para despesas públicas, e normas excepcionais sobre execução orçamentária, endividamento e fiscalização” (CONTI, 2020b).

Ademais, dentre os diversos instrumentos normativos editados sobre o tema, destacou-se a Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da COVID-19 e consagra, em seu art. 4º, a dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao combate da pandemia.

Em virtude de tal cenário fático, que ensejou a edição de normas mais flexíveis no que tange ao âmbito orçamentário, convém salientar que houve “no Brasil a utilização de maneira excepcional dos recursos do erário” (DANTAS; GONÇALVES; SANTOS; CORDEIRO, 2020, p. 13), o que reforça a necessidade de uma atuação efetiva dos órgãos de Controle Externo, sobretudo, dos Tribunais de Contas, com o auxílio do Ministério Público de Contas, enquanto instituições essenciais para a fiscalização da Administração Pública.

Nesse sentido, por meio de auditoria, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) apurou um sobrepreço de R\$ 123.588.000,00 na aquisição de respiradores pelo Governo do Estado (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Contas, 2020). De modo similar, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE) autorizou a abertura de auditoria especial para aprofundar a fiscalização em torno das dispensas de licitação realizadas pela Prefeitura do Recife visando a “aquisição de material médico

²⁰ Cf. BRASIL. *Emenda Constitucional nº 106, de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm. Acesso em: 28 maio 2020.

hospitalar (ventilador pulmonar adulto e pediátrico), em virtude das ações de combate à propagação do covid-19” (PERNAMBUCO, Tribunal de Contas, 2020).

Registre-se, por oportuno, que o TCU tem utilizado a tecnologia para agilizar a fiscalização das compras relacionadas à COVID-19. Em termos práticos, alguns robôs rastreiam periodicamente o Diário Oficial da União e o Comprasnet, para alertar os auditores sobre eventuais indícios de irregularidades. Entre os meses de abril e agosto de 2020, “já foram autuados 22 processos em valores que superam R\$ 220 milhões” (UNIÃO, Tribunal de Contas, 2020).

Posto isso, cabe explicitar que o Tribunal de Contas é uma organização híbrida, cuja atuação pode ser observada a partir da dinâmica entre os sistemas sociais.

Trata-se de uma figura híbrida, que guarda traços de estrutura judicial quando julga processos de contas (e mesmo nos outros casos, quando parecem não exercer a Jurisdição em toda a plenitude), mas possui competências administrativas (p. ex.: a homologação de admissões, aposentadorias, etc.) e de assessoramento a estruturas do sistema político (elaborando auditorias e estudos, a pedido do Legislativo, mas também respondendo consultas ao Executivo) (BARBOSA, 2015, p. 135).

Nesse sentido, ao deliberar sobre denúncias, representações, auditorias etc., por exemplo, a Corte de Contas emite uma comunicação eminentemente jurídica, pautada sob o código lícito/ilícito (BARBOSA, 2015, p. 136-144). Recorde-se, ainda, que, na sua prática, ao enfrentar a complexidade inerente ao orçamento público, tal organização examina um instituto diretamente relacionado a três subsistemas sociais: Política, Direito e Economia.

Essas circunstâncias estimulam o desenvolvimento de uma atuação interdisciplinar, o que se reflete no quadro de servidores, que contempla Procuradores de Contas, Auditores, Conselheiros, isto é, profissionais com formações em diversas áreas do saber, tais como: Direito, Contabilidade, Engenharia, dentre outras. De tal modo, acredita-se que os Tribunais de Contas ocupam um espaço fundamental (embora ainda não tão valorizado) para o exercício do controle da Administração Pública.

Vislumbra-se, em tais organizações, com um quadro interdisciplinar de servidores, incluindo a possibilidade de participação dos cidadãos, um potencial relevante para a concretização do direito à saúde, de modo a proporcionar consistência e adequação social ao sistema jurídico, sobretudo, no que diz respeito ao controle das alocações orçamentárias e dos gastos públicos no âmbito sanitário.

Destaca-se, assim, a importância de analisar as organizações, o processo de diferenciação funcional entre os sistemas jurídico, econômico e político, bem como os seus respectivos acoplamentos estruturais. Nesse particular, a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann oferece um arsenal teórico privilegiado para a compreensão do papel dos Tribunais de Contas na sociedade complexa e, principalmente, dos seus deficits e das possibilidades organizacionais na efetivação do direito à saúde.²¹

É preciso, pois, observar os Tribunais de Contas e o direito à saúde via teoria dos sistemas.

²¹ Conforme proposto por Opazo e Rodríguez (2017, p. 33-34), a obra de Niklas Luhmann pode iluminar futuras investigações (empíricas e teóricas) sobre as organizações contemporâneas, nos seguintes moldes: i) o exame da função de uma organização, tendo como base as suas comunicações; ii) o estudo das relações de poder, com ênfase no processo de tomada das decisões organizacionais, o que inclui a possibilidade de explorar a dinâmica entre uma organização e o seu entorno.

Conclusão

Partindo-se do pressuposto de que as ideias centrais expostas ao longo do presente trabalho já tenham sido acompanhadas de suas respectivas conclusões, cabe, nesta etapa, sintetizá-las, ainda que elas apontem reflexões sujeitas a desenvolvimentos posteriores:

- I. a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, destacou-se a existência de uma clara abertura cognitiva do sistema jurídico ao seu ambiente político e econômico, como pode ser observado no âmbito dos direitos sociais. A título ilustrativo, segundo o art. 196 da Constituição Federal, cabe ao Estado garantir o direito à saúde mediante *políticas* sociais e *econômicas*, o que revela a influência dos sistemas político e econômico no sistema jurídico (e vice-versa);
- II. a saúde pode ser observada como um sistema social que varia em função da sua própria evolução e do avanço dos sistemas com os quais se relaciona. De tal modo, o direito à saúde deve ser analisado em meio à sua realidade plural e complexa, contemplando a observância dos diversos direitos que influenciam o sentido de saúde, bem como as tensões existentes entre os sistemas sociais e as relações que o sistema jurídico constrói com o seu ambiente;
- III. em virtude de múltiplos aspectos (políticos, econômicos etc.), de certo modo, a concretização das políticas públicas de saúde está migrando dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário. Trata-se do fenômeno da judicialização da saúde. Aqui, a decisão proferida no plano individual (microjustiça) pode, paradoxalmente, ampliar o quadro de inefetividade do direito à saúde para toda a população (macrojustiça);
- IV. sob uma perspectiva sistêmica, verificou-se que a escassez, as políticas públicas sanitárias e a inclusão social remetem a problemáticas e paradoxos do ambiente do Direito. Eis a questão central da judicialização da saúde, que demanda a abertura cognitiva para a construção de soluções jurídicas. Defende-se, nesse ínterim, que a busca por consistência (aspecto interno) e adequação social (aspecto externo) pode ser vislumbrada a partir da observação do sistema jurídico, que já apresenta algumas possibilidades para o enfrentamento da judicialização da saúde;
- V. o orçamento público possui um papel relevante para os sistemas jurídico, político e econômico, sendo que, no plano jurídico, tal estrutura poderia atuar como

filtro de complexidade ambiental, na medida em que as decisões estatais acerca da alocação de recursos são juridicamente controláveis. Para tanto, a doutrina e a jurisprudência assumem papéis de destaque. Na prática, ao analisarem leis orçamentárias, os magistrados deparam-se com números, motivo pelo qual as ações coletivas e o apoio técnico ao Poder Judiciário (incluindo as perícias técnicas) podem contribuir para a redução de tal complexidade;

- VI. no plano orçamentário, a alocação se dá inicialmente no sistema político, por decisões que vinculam a coletividade e visam a realização de políticas públicas. Ao decidir, o magistrado reproduz programas condicionais característicos do sistema jurídico, para controlar as políticas públicas. As decisões judiciais podem irritar o sistema político, estimulando a elaboração de programas finalísticos por parte dos poderes públicos. Não há uma garantia de conquista dos objetivos declarados pelo sistema jurídico, mas esse é um aspecto fundamental para a reprodução do Direito enquanto sistema funcionalmente diferenciado. Por estas razões, a efetivação do direito à saúde depende, em grande medida, de uma separação – mesmo reconhecendo as semelhanças –, entre o sistema político e o sistema jurídico;
- VII. ante os altos números da judicialização da saúde, bem como a complexidade que envolve o controle da administração pública brasileira, o que inclui a fiscalização das leis orçamentárias e dos gastos públicos, considera-se importante analisar o potencial de contribuição dos Tribunais de Contas para a concretização do direito à saúde;
- VIII. ao avaliar as possibilidades organizacionais dos Tribunais de Contas e o direito à saúde, o trabalho destaca os seguintes aspectos: 1) um amplo rol de atribuições constitucionais; 2) diversas funções (opinativa, jurisdicional, fiscalizadora etc.) atribuídas aos Tribunais; 3) a relevância dos instrumentos de fiscalização (auditorias, inspeções, denúncias, representações, e outros); 4) a apreciação das prestações de contas; 5) a pandemia de COVID-19 e a necessidade de uma atuação efetiva dos órgãos de Controle Externo; e 6) o caráter híbrido e interdisciplinar de tais Cortes;
- IX. vislumbra-se, em tais organizações, com um quadro interdisciplinar de servidores, incluindo a possibilidade de participação dos cidadãos, um potencial relevante para a concretização do direito à saúde, de modo a proporcionar consistência e adequação social ao sistema jurídico, sobretudo, no que diz respeito

ao controle das alocações orçamentárias e dos gastos públicos no âmbito sanitário.

Referências

- AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ALVES, João Vitor de Souza. *Efetividade, Direito à saúde e Decisão: uma análise hermenêutica entre a atuação judicial e a busca de alternativas*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios. *TCM promove Auditoria na área da saúde em 17 Municípios*. 2019. Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/tcm-promove-auditoria-na-area-da-saude-em-17-municipios/>. Acesso em: 3 jun. 2020.
- BARBOSA, Rafael Barros Silva de Pedreira. *Os tribunais de contas e o combate à impunidade no Brasil: uma análise a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.
- BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6*, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 28 maio 2020.
- _____. *Emenda Constitucional nº 106*, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm. Acesso em: 28 maio 2020.
- _____. Ministério da Saúde. *Sobre a doença: o que é COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a--doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 28 maio 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

CALDAS FURTADO, José de Ribamar. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas no horizonte do fluxo de sentidos de uma sociedade complexa e global. *Revista Direito Mackenzie*, v. 12, n. 1, p. 130-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856/7347>. Acesso em: 15 dez. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolución NO. 1/2020 -Pandemia y Derechos Humanos em las Américas (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020)*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2020.

CONTI, José Mauricio. *Direito Financeiro em tempos de coronavírus*. 2020a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/direito-financeiro-em-tempos-de-coronavirus-19032020>. Acesso em: 28 maio 2020.

_____. *O inimigo mora ao lado: 'orçamento de guerra' exige controle e responsabilidade*. 2020b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna->

fiscal/o-inimigo-mora-ao-lado-orcamento-de-guerra-exige-controle-e-responsabilidade-16042020. Acesso em: 28 maio 2020.

_____. *Supremo gera polêmica ao decidir sobre julgamento de contas de prefeitos*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-23/contas-vista-stf-gera-polêmica-decidir-julgamento-contas-prefeitos>. Acesso em: 4 jun. 2020.

CORREIA, José Gladston Viana. *Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio: Características, Distinções e Limites em Tempos de Pandemia*. In: BAHIA, Saulo José Casali (org.). *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: Iasp, 2020. p. 105-120.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

DALLARI, Sueli Gandolfi; AITH, Fernando; MAGGIO, Marcelo P. O direito sanitário e seu campo no Brasil. In: DALLARI, Sueli Gandolfi; AITH, Fernando; MAGGIO, Marcelo P (Orgs.). *Direito Sanitário: aspectos contemporâneos da tutela do direito à saúde*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 7-35.

DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S.; CORDEIRO, Paulo Henrique Perna. Crise e execução do orçamento público no contexto atual brasileiro. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 20, n. 230, p. 9-19, abr. 2020.

DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.324-340, jan./jun. 2017.

ESPOSITO, Elena. Systemic Integration and the Need for De-Integration in Pandemic Times. *Sociologica*, vol. 14, n. 1, 2020, p. 3-20.

FARIA, José Eduardo. *Corrupção, justiça e moralidade pública*. São Paulo: Perspectiva: 2019.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 36, n. 142, p. 167-190, abr./jun. 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. v. 5. p. 53-70.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007.

_____. *O direito da sociedade*. Traduzido por Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

_____. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Traduzido por Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016b.

_____. *Sociología del riesgo*. Trad. Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad Iberoamericana - Universidad de Guadalajara, 1992.

MARTINI, Sandra Regina. Construção do sistema social da saúde a partir da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann. *R. Dir. Sanit.*, São Paulo, v. 16, n. 1, 2015, p. 112-127. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/100027/98619/>. Acesso em: 19 out. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. 2015. *TCE aprova recomendações de auditoria operacional na área da saúde*. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111621450>. Acesso em: 8 abr. 2021.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OPAZO, M. Pilar; RODRÍGUEZ, Darío. Repensando los límites de las organizaciones por medio de la teoría de sistemas organizacionales de Niklas Luhmann. *Revista MAD*, n. 36, p. 21-37, mai. 2017.

PAIM, Jairnilson Silva. *O que é o SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

PINTO, Élide Graziane. *Controle judicial dos orçamentos públicos em prol dos direitos fundamentais*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-17/elida-pinto-control-orcamentario-prol-direitos-fundamentais>. Acesso em: 17 set. 2020.

PARANÁ. Ministério Público de Contas. *Após Representação do MP de Contas Pato Branco deve incluir Código BR nas futuras aquisições de medicamentos*. 2019. Disponível em: <http://www.mpc.pr.gov.br/apos-representacao-do-mp-de-contas-pato-branco-deve-incluir-codigo-br-nas-futuras-aquisicoes-de-medicamento/>. Acesso em: 4 jun. 2020.

PERNAMBUCO. Tribunal de Contas. 2020. *TCE conclui primeira fase de fiscalização sobre compra de respiradores no Recife*. Disponível em: <https://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/mais-noticias-invisivel/302-2020/junho/5424-tce-conclui-primeira-fase-de-fiscalizacao-sobre-compra-de-respiradores-no-recife>. Acesso em: 3 jun. 2020.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Contas, 2020. *Auditoria aponta sobrepreço de R\$ 123 milhões na compra de respiradores*. Disponível em: <https://www.tcerj.tc.br/portalanovo/noticia/auditoria-aponta-sobrepreco-de-r-123-milhoes-na-compra-de-respiradores>. Acesso em: 7 fev. 2021.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel S., SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-47.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. 2018. *Cidadãos contribuem com TCE na fiscalização do uso do dinheiro público*. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-cidadaos-contribuem-com-tce-fiscalizacao-uso-dinheiro-publico>. Acesso em: 3 jun. 2020.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEUBNER, Gunther. Justiça autossubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? *Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro*, v. 2, n. 4, 2011, p. 17-54.

_____. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

UNIÃO, Tribunal de Contas, 2020. *Inteligência Artificial auxilia fiscalização do TCU sobre compras relacionadas à Covid-19*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/inteligencia-artificial-auxilia-fiscalizacao-do-tcu-sobre-compras-relacionadas-a-covid-19.htm>. Acesso em: 07 fev. 2021.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade de macrojustiça. 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9714/1/TD_2547.pdf. Acesso em: 17 set. 2020.

Saúde como direito humano: elementos de comparação entre Itália e Brasil a partir da teoria dos sistemas sociais

Matteo Finco
Sandra Regina Martini

1 Introdução

A saúde e o bem-estar no Ocidente são considerados valores que – desde o século XX – têm uma grande importância: são fundamentais, essenciais, indispensáveis. Não é por acaso que falamos frequentemente da saúde como um direito humano. Além disso, a relevância da saúde e do bem-estar como questões de comunicação é evidente nos dias atuais, por exemplo, no espaço dedicado a eles na mídia – como programas de televisão e rádio e *sites* dedicados à saúde, aos cuidados com o corpo, à culinária. O peso do ponto de vista econômico também parece estar crescendo, tanto na esfera comercial¹, quanto – graças também à crise do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social) – com a disseminação de formas de seguro e assistência médica suplementares às fornecidas pelos sistemas públicos, ou seja, de natureza privada. A política e o direito, por sua vez, devem enfrentar demandas crescentes, em termos quantitativos e qualitativos, em relação à assistência, ao acesso aos cuidados e às demandas no âmbito da saúde como direito dos cidadãos e humanos (portanto, universal)².

¹ Não se trata apenas de drogas: uma ampla gama de produtos e de tratamentos não médicos (fitoterapia, produtos homeopáticos, etc.), dietas, nutrição, esportes e muito mais se refere à saúde e ao bem-estar.

² As demandas no âmbito da saúde são endereçadas também ao setor privado, por exemplo, na forma de pedidos de indenização contra empresas responsáveis (talvez de forma indireta) por danos à saúde. Um exemplo clássico são os pedidos de indenização contra fabricantes de tabaco e cigarros.

O direito à saúde (ou “à saúde e ao bem-estar”) é reconhecido como um direito subjetivo (individual) e, em muitos casos, também como um direito coletivo (dos povos). A dimensão social da saúde não se limita apenas a isso: a saúde é, de fato, um dos chamados “direitos sociais”, ou seja, aqueles que o Estado assume o compromisso de atender, comprometendo-se a garantir ou, pelo menos, torná-los efetivos³. No caso brasileiro, note-se que a participação complementar do setor privado é muito mais evidente do que na realidade italiana.

As Constituições e as leis nacionais afirmam o direito à saúde como um direito fundamental, no sentido de que, por um lado, é essencial, indispensável dentro de um ordenamento e, por outro, “serve como fundamento” do próprio direito⁴. Deve-se ter em mente, no entanto, que foram decisivas, para a afirmação do direito à saúde, as concepções do ser humano que deram ao sujeito-indivíduo-pessoa papel de liderança na tradição do pensamento ocidental: na modernidade, os direitos são, antes de tudo, direitos subjetivos, direitos pessoais dos indivíduos, que marcam sua independência do poder do Estado.

Precisamente, sua origem ocidental (europeia e americana) põe em dúvida o fato de que os conceitos de direitos fundamentais e humanos podem ser reconhecidos e aceitos em outros contextos sociais e culturais⁵. No Brasil, o fato de ser um país de história relativamente recente, marcado pelo colonialismo, leva, inevitavelmente, a perguntar se a ideia do direito à saúde – um conceito jurídico, mas, também, presente no debate público – é atribuível (e no caso, até que ponto) a ideia dos direitos humanos. O próprio fato de a Constituição atual ser muito recente (1988) e o fato de

³ É importante ressaltar que a saúde das populações deve ser considerada não apenas do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista bio(político): ver, a esse respeito, o trabalho realizado desde os anos 60 por M. Foucault.

⁴ Este duplo sentido da expressão “direitos fundamentais” é destacado por TROPER (2001).

⁵ O debate sobre esse aspecto tem uma longa história. Ver apenas: PANIKKAR (1996).

alguns dos conceitos contidos nela poderem ter sido modelados com base na influência de outros sistemas jurídicos são elementos que não podem ser ignorados quando se questiona sobre as características da ideia de saúde no Brasil. Portanto, é necessário examinar as referências presentes nos mais diversos níveis do direito, e também, as influências das normas e dos valores afirmados em documentos internacionais. Neste contexto, questionamos se, realmente, faz sentido falar – e, em caso afirmativo, em que termos – do direito à saúde como um direito humano.

O objetivo desta contribuição é fazer uma comparação preliminar do conceito de saúde como direito humano entre os ordenamentos jurídicos de Itália e Brasil. Será realizada uma breve análise comparativa dos princípios e das regras que, nos dois contextos, tratam de saúde e bem-estar: os de ordem constitucional e infraconstitucional.

A teoria dos sistemas sociais do sociólogo alemão Niklas Luhmann será usada para relacionar a semântica do direito à saúde, por um lado, com a do individualismo e, por outro, com o problema da inclusão na sociedade mundial moderna. Isso ocorre porque as questões do individualismo e da inclusão se referem à óbvia natureza problemática dos direitos humanos: como podem ser afirmados direitos que reconhecem a diferença intrínseca de cada indivíduo, mas, ao mesmo tempo, são universais? E, no caso do direito à saúde, como esse paradoxo (universalidade x individualidade) se reflete nos sistemas jurídicos e na organização dos sistemas de saúde e quais os problemas surgem desta situação?

Por esse motivo, antes de fazer a comparação entre a Itália e o Brasil, é necessário se debruçar sobre a semântica da saúde e do individualismo e, portanto, sobre alguns conceitos básicos (saúde, direitos, indivíduo).

Nesse ponto, é provável que seja já claro que este trabalho é de cunho sociojurídico, enquanto trata de leis sobre saúde e de sistemas sanitários, mas tenta de ir além da doutrina e da análise dos elementos básicos de

política sanitária: o foco é de entender a dimensão da saúde como direito humano nos dois contextos. Por isso, trata-se de um trabalho expressamente interdisciplinar, centrado no tema dos direitos humanos, um assunto que tem a ver primariamente com aspectos não somente filosóficos, históricos e jurídicos, mas também sociocomunicativos (ou seja, com a semântica da sociedade).

Mesmo do ponto de vista jurídico, o trabalho não fica adstrito ao mero exame dogmático do direito sanitário, mas abrange a sociologia jurídica, o direito comparado, as relações entre o direito à saúde e os diversos direitos afins (direito à vida, direitos relacionados à genética e à realidade virtual, direitos pertinentes às condições de trabalho e à alimentação adequada, direito de consumidor e etc.).

Consequentemente, entendemos a interdisciplinaridade como uma ferramenta essencial para analisar a relação entre individualismo, inclusão e saúde: o diálogo e a troca de resultados entre as áreas do conhecimento supracitadas é fundamental para entender a saúde como um direito mas também e sobretudo como um imprescindível elemento da sociedade contemporânea e âmbito de experiência individual.

2 Semântica do individualismo e semântica da saúde

Liberdade e igualdade⁶ são direitos modernos, legados da Revolução Francesa. Eles representam o fundamento do conceito moderno de “individualidade”: por um lado, os indivíduos modernos, não mais determinados pelas afiliações tradicionais, são livres para se autodeterminar e, portanto, se destacar; por outro lado, essa liberdade deve ser reconhecida por todos. A igualdade consiste nisto: todos são iguais por

⁶ Princípios consagrados pela Revolução Francesa, ao lado da fraternidade, que não teve o mesmo sucesso. No entanto, não faltam trabalhos que tratem da relação entre saúde e fraternidade. Veja-se, em particular, MARTINI (2014b).

serem livres. Isso só é possível com leis positivadas, criadas e legitimadas pelo Estado, independentes da religião e da moralidade e modificáveis⁷.

A semântica relativa aos termos *indivíduo*, *sujeito* e *pessoa* configura o ser humano na sociedade moderna: indivíduo, isto é, indivisível e único, mas, precisamente neste sentido, igual a todos os outros; soberano de si mesmo, mas sujeito à lei do Estado: não mais *subiecto* (“colocado sob”), “sujeito” ao poder público ou privado, mas *subiectum*, ou seja, “sujeito” protagonista absoluto das próprias normas (ORESTANO, 1950); uma pessoa com um corpo e uma essência “espiritual” e, portanto, com uma dignidade que a distingue das coisas (SUPIOT, 2005; ESPOSITO, 2007; ESPOSITO, 2014).

Se, no século XIX, surge a ideia de individualidade livre, mas, ao mesmo tempo, responsável pelas suas escolhas e ações, no século XXI, surge a noção referente ao “direito” de manifestar necessidades e demandas individuais: o resultado, então, é um sujeito dotado de direitos, que é também um indivíduo chamado a se expressar publicamente (em particular, no que diz respeito à política) e legitimado a uma vida pessoal, a ser construída independentemente por meio de suas próprias decisões e seleções racionais (ROSE, 1999, p. 227-231).

No âmbito do Direito, é possível ver a plena legitimidade da individualidade através dos direitos subjetivos e, em particular, dos direitos fundamentais⁸. Estes servem de fundamento ao estado constitucional e, ao mesmo tempo, legitimam o cidadão e as suas reivindicações, consagrando os valores da dignidade, da liberdade e da igualdade. O direito de ser igual aos outros na possibilidade de se destacar e na sua singularidade

⁷ Os códigos normativos arcaicos foram caracterizados por deveres (obrigações): veja-se BOBBIO (1997, p. 54-55). A ideia moderna de direito implica principalmente direitos subjetivos e corresponde ao conceito de liberdade de ação individual: veja-se HABERMAS (1996, p. 103).

⁸ Para uma análise dos direitos fundamentais do ponto de vista da teoria dos sistemas, veja-se LUHMANN (2002).

intrínseca, no entanto, constitui um verdadeiro paradoxo da individualidade moderna: é possível ser único apenas dentro da sociedade, isto é, dentro de alguma coletividade. Ou seja: cada um é único e especial apenas porque todo mundo também é. O paradoxo não desaparece, é apenas aparentemente escondido pelos direitos humanos, ou seja, aqueles valores consagrados universalmente (além da posse de uma cidadania específica – nacionalidade) em documentos internacionais. No caso dos direitos humanos, “sociedade” não significa uma comunidade mais ou menos ampla, mas ao mesmo tempo delimitada (ou, pelo menos, delimitável), como um estado, uma nação ou qualquer outro coletivo. Ao contrário: significa a sociedade mundial, a “comunidade humana” como um todo, e, no entanto, os direitos (humanos) universais, reconhecidos a todos precisamente pelo fato de serem humanos – um atributo só aparentemente “natural” e nem um pouco “social”. Do mesmo modo, a humanidade é um *status* que deve ser reconhecido, não como um fato e, portanto, como um atributo social. De fato, sabe-se que, na história, os atributos da humanidade e da personalidade – ou seja, de uma individualidade digna – não são reconhecidos automaticamente de maneira alguma: não é necessário voltar tão longe, para a Roma antiga⁹, por exemplo; é suficiente pensar na tardia abolição da escravidão no Ocidente (os escravos não são considerados pessoas, mas são comprados, vendidos e tratados como qualquer outra mercadoria).

Poderíamos dizer que os paradoxos da individualidade e dos direitos humanos caminham paralelamente, marcando no ser humano uma especificidade irreduzível: a singularidade dos indivíduos – que se torna o denominador comum entre eles – e (dando fundamento à distinção entre

⁹ A pessoa não é o homem em si, “mas apenas seu *status* jurídico, que varia de acordo com as relações de poder com outros homens”; “O conceito de pessoa, que, em princípio, deveria envolver a universalização de direitos inalienáveis, há muito tempo foi utilizado para excluir algumas tipologias humanas dos benefícios concedidos a outras.” (ESPOSITO, 2014, p. 14-16) (*tradução livre*).

indivíduo e direito¹⁰) a dignidade intrínseca de cada um – que se torna a conotação universal dos seres humanos. Não apenas isso: através dessa especificidade, ambos os paradoxos fornecem o elemento de reconhecimento e agregação para a comunidade/sociedade. Ou seja, há reconhecimento mútuo como indivíduos e como seres humanos, e essa é a base para a coletividade e para a dinâmica entre o senso social e a liberdade individual. Assim, esses paradoxos definem o ser humano (que também é sujeito, indivíduo e pessoa) e representam as premissas para o laço social.

O “homem dos direitos humanos”, então, é, simultaneamente, um indivíduo que faz parte da sociedade e é independente dela, e os direitos humanos se impõem à consciência coletiva como a única ferramenta disponível para pensar a coexistência comum (GAUCHET, 2001, p. 145).

Esses aspectos nos permitem entender a impossibilidade de “direitos naturais” e, portanto, a natureza artificial dos direitos humanos: a construção do sujeito é – como mencionado – uma construção histórica do próprio sistema jurídico, no qual os direitos humanos são direitos dos seres humanos como indivíduos (RAZ, 2012, p. 61). Isso ocorre simplesmente porque os direitos humanos, como qualquer outro tipo de direito, também são direitos políticos, direitos afirmados dentro de uma comunidade organizada: “não existem” seres naturais “sem ou fora de uma comunidade de discurso” (URBINATI, 2019, p. 38)¹¹. A própria ideia de direitos humanos inalienáveis afirmada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia das Nações Unidas de 1948 presumia Estados-nação independentes e que nenhum indivíduo ficasse sem um

¹⁰ Sobre o paradoxo dos direitos humanos, veja-se LUHMANN, 1995c.

¹¹ Para sustentar a plausibilidade dos direitos naturais, sempre é possível trazer a distinção entre direitos simplesmente “reconhecidos” (“*simply legally recognised moral rights*”) e direitos “criados” (“*created by law*”): RAZ, 2012, p. 54.

Estado-nação (*Ibidem*). Foram os Estados que concordaram com os direitos humanos e os garantiram. A condição de ser humano é, portanto, essencialmente política.

A semântica do sujeito-indivíduo-pessoa indica, portanto, que na história ocidental – e de forma completa na modernidade – o ser humano é modelado como uma entidade dotada de autonomia, dignidade e direitos. Isso também se reflete no âmbito da saúde: não apenas do ponto de vista do direito à saúde, mas também em relação às demandas, às expectativas apresentadas pelos sujeitos e às escolhas do viver cotidiano, direta e indiretamente ligados à saúde e ao bem-estar.

Existem várias definições, bem conhecidas, do que seriam saúde e direito à saúde. Uma delas é a que consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 25):

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Outra definição é aquela expressa no Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 12), que reconhece “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. Acima de tudo – embora seja uma formulação muito ampla, genérica e vaga – na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS):

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de

condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. (OMS, 1946)

Posteriormente, o mesmo órgão produziu a Declaração de Alma-Ata (adotada na Conferência Internacional sobre Atenção Primária à Saúde, 1978), que diz:

[...] a saúde – estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade – é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde. (OMS, 1978)

Saúde significaria, portanto, não apenas a ausência de várias doenças e enfermidades, mas “bem-estar completo”: uma condição indefinida, ideal e “utópica”.

Todo o campo semântico relacionado à saúde e ao bem-estar é problemático¹². Pensa-se, por exemplo, na chamada “qualidade de vida”: a expressão aparece no decorrer do século XX, com a ideia de *Welfare State* que emerge após a Grande Depressão da década de 1930 e durante a maior parte do século XX. No entanto, é apenas entre as décadas de 70 e 80 que se começa a estender a toda a esfera da vida, referindo-se tanto às condições objetivas quanto às subjetivas (SALAS ZAPATA; GARZÓN, 2013). No entanto, esta é uma noção imprecisa:

¹² É interessante notar que o inglês distingue entre *well-being*, ou seja, “valoración subjetiva del estado de salud, que está más relacionada con sentimientos de autoestima y la sensación de pertenencia a una comunidad mediante la integración social, que con el funcionamiento biológico”, e *wellness*, ou seja, “nuevo concepto de salud relacionado básicamente con la calidad de vida, que hace hincapié en las dimensiones de la existencia humana relativas a la experiencia y a la conducta”: SALAS ZAPATA; GARZÓN, 2013, p. 37 e 40.

A qualidade de vida pertence a um universo ideológico, não faz sentido se não estiver em relação a um sistema de valores, e os termos que chegaram a ele em sua genealogia ideológica se referem a uma avaliação da experiência que os sujeitos têm de sua própria vida. (*Ibidem*, p. 39, *tradução livre*)

A história do direito à saúde é reforçada com a proliferação de organizações internacionais que produziram tratados e outros documentos relacionados à saúde no século XIX¹³. Na segunda metade do século XX, a saúde foi mencionada em vários documentos sobre direitos humanos e fundamentais¹⁴.

Portanto, pode-se argumentar que o direito à saúde é considerado não apenas um direito fundamental nas Constituições de muitos estados, mas também um direito humano universal na esfera internacional: um direito social, um direito coletivo (das populações) – portanto, um bem comum –, mas também um direito subjetivo, para a tutela do indivíduo, não apenas no sentido de sua sobrevivência e dignidade, mas na qualidade da vida mesma.

3 Direito à saúde e sistemas nacionais de saúde: uma comparação entre Itália e Brasil

Nesta seção, iniciaremos a comparação entre o direito à saúde na Itália e no Brasil a partir das características essenciais descritas a) nas respectivas Constituições e b) nas leis que instituem o Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro e o Serviço Sanitário Nacional (SSN) italiano.

¹³ Entre as várias convenções internacionais, lembramos as assinadas em Paris (1825), Viena (1874), Veneza (1892), Dresden (1893), novamente Paris (1984), Rio de Janeiro (1887, com um acordo entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai), Montevidéu (1904), Washington (1905), Havana (1924): (I.T. CURY, 2005).

¹⁴ Como a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano com respeito às Aplicações da Biologia e da Medicina (1997); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, relativa aos direitos econômicos, sociais e culturais (1988); a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981); a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953); a Carta Social Europeia (1965); a Declaração da Assembleia Geral da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986).

Portanto, focaremos nas características essenciais dos dois sistemas e nos princípios e valores que os inspiram.

Primeiramente, deve-se notar que, apesar das diferenças culturais, sociais, políticas e jurídicas, nos dois sistemas jurídicos, a saúde é reconhecida como um direito fundamental, ou seja, afirmado em nível constitucional. Além disso, em ambos os casos, foi criado um sistema público nacional de saúde, com padrões e demandas bastante altos – tanto do ponto de vista quantitativo quanto qualitativo. A presente tentativa de comparação baseia-se nesses aspectos comuns, que analisam, principalmente, o nível normativo (jurídico-constitucional), embora com referências às políticas públicas. Iniciaremos apresentando aspectos da realidade italiana.

A Constituição italiana, que entrou em vigor em 1948, expressa o direito à saúde e sua proteção de forma clara e muito concisa, no artigo 32:

A República protege a saúde como direito fundamental do indivíduo e como interesse da comunidade, e garante atendimento gratuito aos indigentes. Ninguém pode ser forçado a um certo tratamento de saúde, exceto por lei. A lei não pode, em circunstância alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana. (*tradução livre*)

Apesar desta formulação, o direito à saúde é articulado como um direito subjetivo fundamental do indivíduo – note-se que o limite não é estabelecido apenas para a categoria de “cidadãos” – e como um interesse da coletividade. O fato de defini-lo como “interesse” não significa que não o entendemos como “direito”: significa que é interesse da comunidade que a saúde seja protegida, ou seja, a saúde é um bem público. Um bem para todos, para cada indivíduo e para a comunidade como um todo. O próprio fato de “estar juntos” torna a comunidade não apenas “algo mais” do que a simples soma dos indivíduos, mas algo diferente, emergente: a realidade

social global, na qual eles têm uma vida irreduzível ao plano relacional. Uma realidade com seus problemas específicos e alta complexidade.

Dizer que a saúde é um bem público significa entendê-la como algo que a comunidade está interessada em proteger, mas isso também significa que a saúde não se reduz a *demandas* que podem ser reivindicadas por indivíduos, como qualquer outro direito. A possibilidade de demandar é mais uma consequência do fato de a saúde ser um valor fundamental, que cabe ao Estado promover e proteger. Desse modo, não se trata somente da esfera jurídica, entendida como um conjunto de regras: trata-se de valores, de princípios que fazem a história de uma comunidade específica, formando sua identidade; princípios aos quais nos referimos quando reivindicamos a sensação de “estar juntos” e quando a própria identidade é colocada em crise ou ameaçada.

A Constituição italiana também estabelece que os benefícios devem ser garantidos gratuitamente às pessoas em condições de miséria (os *indigentes*), ou seja, àqueles que não têm meios para pagar ou contribuir para o pagamento de cuidados essenciais à sua saúde (BIONDI, 2019, p. 26). O Estado é, portanto, questionado diretamente, mas de maneira específica e limitada. Isso também é verdade de outro ponto de vista: o Estado não deve interferir na autonomia individual a ponto de impor tratamentos específicos, a menos que a própria lei preveja, mas, em qualquer caso, sem violar a dignidade da pessoa.

O artigo 117 estabelece que a saúde é um dos assuntos cuja competência legislativa é compartilhada entre o Estado e as Regiões¹⁵. De fato, estas têm poder legislativo sobre qualquer assunto não expressamente reservado ao Estado.

¹⁵ Além do Estado, as entidades previstas na Constituição (art. 114) são Municípios (*Comuni*), Províncias (*Province*), Cidades Metropolitanas (*Città metropolitane*) e Regiões (*Regioni*).

A Constituição equilibra os princípios da igualdade (receber cuidados e curas é direito de todos) e da liberdade (individual) (ESPOSITO, 2017, p. 8)¹⁶, a valorização de um direito fundamental essencial, que é o dever do Estado de proteger, e a extensão dessa intervenção pública (ou seja, os serviços que se pode esperar receber). Portanto, apesar de ser reconhecido como um valor fundamental, o direito à saúde não implica o acesso a recursos ilimitados e a qualquer tipo de estrutura organizacional¹⁷. Essa abordagem, que poderia ser definida como “minimalista” em relação às obrigações do Estado, não impediu a adoção de um sistema de saúde pública capaz de fornecer uma gama muito ampla – e tendencialmente de alto nível¹⁸ – de tratamentos e cuidados, em grande parte, de graça (ou quase).

O *Servizio Sanitario Nazionale* (SSN) foi criado em 1978 (com a Lei nº 833), após uma reforma que apontava para a criação de um sistema público justo, econômico e financeiramente sustentável para fornecer cobertura universal. Até então, havia um sistema baseado em diferentes fundos correspondentes a diferentes profissões: o modelo era o de seguro social, no qual as responsabilidades públicas eram muito limitadas (PIOGGIA, 2014, p. 104). No estímulo às crescentes demandas da comunidade, optou-se por agir radicalmente, visando não apenas ao atendimento e à reabilitação do paciente, mas também à prevenção (OLIVEIRA; DALLARI, 2016, p. 896).

No artigo 1 da Lei, afirma-se que a proteção da saúde física e mental deve ocorrer com respeito à dignidade e à liberdade da pessoa humana e

¹⁶ Veja-se também a sentença no. 252/2001 da *Corte Costituzionale* (Suprema Corte), que afirmou a existência de “um núcleo irreduzível do direito à saúde protegido pela constituição como área inviolável da dignidade humana, o que exige impedir a criação de situações desprotegidas que possam comprometer precisamente a implementação desse direito” (tradução nossa): <http://www.giurcost.org/decisioni/2001/0252s-01.html>.

¹⁷ Conforme estabelecido pela *Corte Costituzionale* (sentença nº 992/88): COCCONI, 1995, p. 175.

¹⁸ O sistema de saúde italiano, de acordo com o *Healthcare Access and Quality Index do Global Burden of Disease* (Gbd), é, em termo de qualidade, 12º no mundo (GBD 2015).

que o SSN é constituído pelo complexo de funções, estruturas, serviços e atividades destinadas à promoção, à manutenção e à recuperação da saúde física e mental de toda a população, sem distinção de condições individuais ou sociais. Também é fornecida a coordenação de órgãos, centros, instituições e serviços ativos no setor social e de saúde e a participação de associações voluntárias.

O artigo 2 lista os objetivos do SSN (assistência, prevenção, reabilitação, etc.), e também, entre outros, “a promoção e a salvaguarda da saúde e higiene do ambiente natural de vida e trabalho” e a “superação de desequilíbrios territoriais nas condições socio sanitárias do país”.

O Estado está envolvido em nível nacional e local, com as “*Regioni*” (Regiões) e os “*Comuni*” (Municípios). O primeiro tem várias tarefas com relação a produtos farmacêuticos, alimentos, etc., e tem as funções de financiamento, programação nacional e estabelecimento de níveis uniformes de assistência, além do poder de direção e coordenação em relação às Regiões, aspecto que posteriormente perdeu sua base constitucional (PIOGGIA, 2014, p. 105). Por outro lado, no nível local, as Regiões têm competência sobre o planejamento em seu próprio território, enquanto os Municípios são responsáveis pela prestação dos serviços, por meio – originariamente – das Unidades de Saúde Locais (USL), compostas por unidades, escritórios e serviços de saúde, e a tarefa de realizar ações de promoção da saúde, cuidados básicos, reabilitação. Os médicos básicos ou de família (“*medici di base*” ou “*di famiglia*”) – cada cidadão escolhe livremente o seu – têm a tarefa de acompanhar continuamente os pacientes no território, direcionando-os, quando necessário, para outros níveis de assistência.

Esse modelo é caracterizado por uma estreita interconexão entre poder político e gerenciamento de unidades de prestação de serviços (PIOGGIA, 2014, p. 106): um problema que foi abordado nos anos 90, com

a introdução de importantes mudanças, o que levou à revisão de competências regionais e locais e à organização de serviços.

Com a Lei nº 509, de 1992, as competências foram redistribuídas entre Municípios e Regiões, e o papel destas foi acentuado. Além disso, com a transformação das USLs em ASLs (empresas locais de assistência médica), iniciou-se a chamada “*aziendalizzazione*” (“empresarização”): ou seja, uma gestão baseada em critérios tipicamente utilizados no setor privado e comercial, como eficácia, eficiência, economia, restrições orçamentárias, etc. A tarefa de estabelecer o montante do financiamento para as Regiões depende de um acordo entre o Estado e as Regiões (“*Conferenza Stato-Regioni*”).

Com a Lei nº 537/1993, foi introduzido o “*ticket*”, ou seja, uma contribuição do paciente/usuário, um valor pago por cada serviço (com exceção total ou parcial de algumas categorias: indigentes, doentes crônicos, idosos, etc.), calculado com base nas condições de renda e saúde (OLIVEIRA; DALLARI, 2016, p. 898).

Novas medidas foram introduzidas em 1999, com o Decreto nº 229, a fim de garantir a universalidade do sistema, reduzir as desigualdades e ampliar a possibilidade para os cidadãos de escolherem os tratamentos (TASCA, 2011, p. 114). Também foram reforçadas as responsabilidades das Regiões, como aumentar os recursos financeiros mediante o uso de impostos específicos.

A reforma do Título V da Constituição (2001) aprimorou ainda mais as funções das Regiões: em particular, com “a expansão da capacidade regional de organizar seu próprio sistema de saúde”, determinando, assim, uma diminuição do poder do Estado de organizar os órgãos regionais (PIOGGIA, 2014, p. 110-111).

No mesmo ano, também foram introduzidos os Níveis de Assistência Essencial (LEA), através dos quais se definem os benefícios mínimos a

serem garantidos no território nacional. Esses padrões foram redefinidos em 2017 (ITÁLIA, 2017). A assistência – que beneficia, de acordo com o princípio constitucional, não apenas os cidadãos italianos, mas também os estrangeiros¹⁹ – é dividida em três macroníveis: assistência médica coletiva no ambiente de vida e trabalho (que inclui, por exemplo, a profilaxia de doenças infecciosas e a proteção da higiene de alimentos), assistência nos distritos (serviços de saúde e socio sanitários, assistência farmacêutica, ambulatorial, serviços domésticos, consultoria, serviços de saúde mental, serviços de reabilitação para deficientes, estruturas residenciais, comunidades terapêuticas, etc.), assistência hospitalar (primeiros socorros, hospitalização, reabilitação, etc.).

O exposto até aqui nos permite identificar a configuração geral do direito à saúde na Itália: a saúde é considerada um bem público, mas também um direito individual fundamental, reconhecido a todos, não apenas aos cidadãos. Esse direito é garantido por meio de um sistema público de saúde nacional, composto por um conjunto de órgãos e organismos²⁰, com responsabilidades distintas entre Estado central e Regiões; estas são responsáveis pela organização de serviços e atividades de proteção à saúde. O sistema prevê a participação de estruturas privadas, cujos papel e peso tendem a crescer progressivamente²¹. Estas podem ser credenciadas pelo SSN através de acordos que lhes permitam fornecer ao cidadão vários tipos de serviços (ambulatorial, diagnóstico, cirúrgico, etc.). As instalações

¹⁹ Os artigos n° 62 e 63 do Decreto que define os LEA referem-se a cidadãos de países fora da União Europeia.

²⁰ Ou seja: *Ministero della salute* (Ministério da Saúde); *Consiglio superiore di sanità* (Conselho Superior de Saúde); *Istituto superiore di sanità* (Instituto Superior de Saúde); *Istituto superiore per la prevenzione e sicurezza del lavoro* (Instituto Superior de Prevenção e Segurança do Trabalho); *Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali* (Agência Nacional de Serviços Regionais de Saúde); *Agenzia italiana del farmaco* (Agência Italiana de Medicamentos: AIFA); *Regioni* (Regiões); *aziende sanitarie locali* (“empresas” locais de saúde (ASL)); *aziende ospedaliere* (“empresas” hospitalares); *istituti di ricovero e cura a carattere scientifico* (institutos científicos de hospitalização e tratamento: IRCCS); *istituti zooprofilattici sperimentali* (institutos zooprofiláticos experimentais).

²¹ “De 2010 a 2017, os gastos com saúde privada, como quota do total de gastos com saúde, aumentaram constantemente, indo de 21,5% para 24,8%, enquanto os gastos com saúde pública diminuíram de 78,5% para 75,2%” (*tradução livre*): CENSIS, 2018, p. 6.

privadas são reembolsadas – de acordo com parâmetros pré-estabelecidos – pelo SSN. Ao mesmo tempo, os próprios usuários contribuem para as despesas, tanto em estruturas públicas quanto privadas, através do pagamento do chamado “*ticket*”, ou seja, uma taxa de participação direta pelos serviços recebidos.

Voltando a atenção para o contexto brasileiro, é necessário, antes de tudo, levar em consideração a história jurídica e constitucional do país.

A Constituição brasileira de 1988 inaugurou a era democrática após o fim da ditadura militar: esse é um aspecto fundamental para entender como o direito à saúde foi formulado nela. Nesse sentido, na década de 1970²², o movimento denominado “Reforma Sanitária” representou um passo importante na história do país: promoveu uma política que colocava no centro o conceito de “saúde coletiva”, em oposição à tendência à “mercantilização” da medicina (FLEURY TEIXEIRA, 1988, p. 196-7). Assim, a saúde foi modelada com base em uma nova abordagem das relações entre órgãos federais e formas concretas de participação e controle social, com mecanismos de articulação e pactuação entre os três níveis de governo (FLEURY TEIXEIRA, 2009, p. 746). Consequentemente, o direito à saúde na Constituição tem um forte caráter “anti-mercantilista”, apesar da possibilidade de uma iniciativa privada (art. 119 da Constituição) que, ao longo do tempo, assumiu dimensões significativas e constitui, para muitos, um serviço essencial para poder obter uma assistência completa e pontual.

Evidentemente, a constitucionalização do direito à saúde não é suficiente para resolver o problema da efetividade desse direito. Por esse motivo, em 1990, com a Lei nº 8.080 (Lei Orgânica do SUS), foi criado o sistema público nacional de saúde (Sistema Único de Saúde), que veremos

²² No mesmo período, também a sociologia da saúde experimentou um desenvolvimento interessante no Brasil: veja-se DUARTE NUNES, 2014.

em breve. No entanto, a Constituição, no artigo 200, já havia planejado o SUS e definido suas competências.

As disposições relativas ao direito à saúde na Constituição estão contidas na Seção II da parte dedicada à seguridade social. A saúde é definida como “direito de todos e o dever do Estado” (art. 196): ou seja, a assistência pública (estatal) à saúde deve ser garantida a todos – tanto para os ricos quanto para os pobres, tanto para os cidadãos brasileiros quanto para os estrangeiros²³.

O fato de a saúde ser um “dever” do Estado acaba legitimando e incentivando a judicialização da saúde. No Brasil, esse fenômeno é particularmente relevante: a judicialização da saúde, se, por um lado, indica a importância da possibilidade de uma reivindicação efetiva do direito à saúde – tanto na forma de reparação dos danos sofridos como na do acesso a terapias e medicamentos de alto custo –, por outro lado, pode levar a um aumento das desigualdades sociais, questionar distinções adquiridas como a que existe entre direito individual e interesse, aumentar a hipertrofia do direito. Em suma, esse fenômeno representa uma contradição típica do Estado de Bem-estar: o sistema político é chamado a intervir sem saber como e com quais recursos, enquanto as administrações e instituições de saúde pública precisam lidar com orçamentos insustentáveis (CORSI; MARTINI, 2018)

Aqui é apropriado fazer uma rápida digressão mencionando a Itália: embora a judicialização da saúde não seja um tema muito debatido, especialmente pela sociologia do direito, nos últimos anos as associações médicas regularmente chamaram atenção para o crescente número de

²³ Leivas (2011, p. 638), ao esclarecer o Recurso Extraordinário n. 27.1286, cujo foco era o tratamento público a pessoas portadoras de HIV, declara que o Supremo Tribunal Federal expõe um notório entendimento: “o direito à saúde como direito fundamental, como direito subjetivo público e como direito de acesso universal e igualitário, fundamentado no artigo 196 da Constituição Federal e no direito à vida”.

ações judiciais contra profissionais de saúde. Dados apontam que no país no momento há 300 mil processos judiciais contra médicos e estruturas de saúde pública e privada, e que cada ano são apresentados 35 mil novos processos, embora o 95% dos processos criminais (penais) por danos pessoais cometidos pelos profissionais de saúde terminam com um absolvição (la Repubblica, 2019). O fato é ainda mais preocupante frente a pandemia Covid-19, com o risco de um aumento significativo das causas em face das muitas mortes no país (CUPPINI, 2020)²⁴.

Ao mesmo tempo, é preciso dizer também que a Suprema corte italiana (*Corte costituzionale*) em várias decisões ao longo dos anos afirmou repetidamente a necessidade de equilibrar os valores constitucionais. Por exemplo afirmando que o direito aos tratamentos de saúde está condicionado à implementação do legislador, que nas suas políticas equilibra os interesses protegidos por esse direito com os outros interesses constitucionalmente protegidos; um equilíbrio que deve levar em conta os limites objetivos que o legislador mesmo encontra em relação aos recursos organizacionais e financeiros à sua disposição (decisão n° 509/2000). Ou afirmando que o reconhecimento de valor fundamental não implica a garantia do acesso a recursos ilimitados e a qualquer tipo de estrutura organizacional (decisão n° 992/88).

Voltando para a uma leitura geral das disposições constitucionais brasileiras, é possível afirmar que o direito à saúde representa um direito fundamental ligado ao direito à vida; um direito social; um “direito difuso”, indivisível; ele também está conectado aos “novos” direitos (os quais

²⁴ Entre os efeitos colaterais desse fenômeno, cabe mencionar a chamada “medicina defensiva”, ou seja, as práticas que os médicos realizam com o objetivo de minimizar o risco de futuras ações judiciais contra eles: por exemplo, prescrever exames desnecessários além do que o bom senso prescreveria (medicina defensiva positiva) ou abster-se de certas ações (medicina defensiva negativa). Por exemplo, de acordo com dados divulgados pelo Ministério da Saúde italiano em 2015, a medicina defensiva tem um impacto nas despesas de saúde equivalente a 10% do total (MINISTERO DELLA SALUTE, 2015).

têm a ver com a genética e a realidade virtual – em particular a Internet). Além disso, é um direito de “solidariedade”, pois está vinculado às condições de trabalho e à alimentação adequada, “um elemento de cidadania”, um “direito de consumidor” (consagrado no Código de Defesa do Consumidor, art. 6, I), além de um “direito público subjetivo” (SCHWARTZ, 2001).

O artigo 197 da Constituição define de relevância pública as ações e serviços de saúde, estabelecendo que o poder público é responsável por regulamentá-las, tributá-las e controlá-las. Isso deve ocorrer dentro do que o artigo 198 define como uma “rede regionalizada e hierárquica” que dá forma a um “sistema unitário” organizado de acordo com os princípios de “descentralização” e “atendimento integral” ao cidadão, “com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” e de “participação da comunidade”. Princípios que, como será visto, inspirarão o SUS.

Uma peculiaridade importante do direito à saúde no Brasil²⁵ é que, como outros direitos sociais²⁶, está constitucionalmente vinculado a um orçamento anual mínimo, de acordo com o disposto nos parágrafos 2 e 3 do artigo 198 da Constituição, pelo artigo 77 do Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT) e pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000. A Constituição garante, portanto, o financiamento dos direitos sociais estabelecendo um “orçamento social mínimo” que uma lei estabelecida regulará. No que diz respeito à saúde, a União Federal é, por exemplo, obrigada a investir anualmente, pelo menos, 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro.

²⁵ “Essas disposições constitucionais, que estabelecem fontes de financiamento para os direitos sociais, favorecendo a execução das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais, representam uma peculiaridade do constitucionalismo brasileiro.” (*tradução livre*): BRUNO, 2012, p. 9.

²⁶ Definidos no art. 6 da Constituição: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

Falando das leis infraconstitucionais, há, entre outras, o Decreto 109/91, que ordenou a reorganização do Ministério da Saúde; a Portaria 1565/94, que estruturou o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, integrado cinco anos depois pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9782/99); a Lei nº 9.656 (03.06.1998), sobre os “Planos OS e Seguros Privados de Assistência à Saúde”, que regulamentavam a iniciativa privada no setor; a Lei nº 10.858 e o Decreto nº 5.090 (ambos de 2004), que encomendaram o “Programa Farmácia Popular do Brasil”.

Merece atenção a Lei nº 8.142/90, focada na transferência intergovernamental de recursos financeiros, na atividade de regulamentação e nas instâncias de participação e controle social no SUS: isso ocorre por meio dos Conselhos e Conferências de saúde²⁷. Essas ferramentas de democratização da gestão do sistema de saúde²⁸ possibilitam vincular vigilância em saúde, participação social e cidadania. Nesse sentido, é possível falar do exercício de uma “democracia sanitária”, entendida como “uma forma de gestão da saúde pública onde o poder político é exercido pelo povo” (AITH, 2013, p. 149)²⁹.

A virada fundamental no campo do direito à saúde no Brasil, no entanto, é justamente a criação do SUS, por meio da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080, de 1990.

Com a criação desse sistema, pretendeu-se alcançar vários objetivos: a extensão universal do direito à saúde; a responsabilidade do Estado de

²⁷ Veja-se, por exemplo, OLIVEIRA, DALLARI (2011).

²⁸ Além dos Conselhos e das Conferências, há a Conferência Nacional de Saúde; o Ministério da Saúde; a Secretaria de Saúde Gestão Estratégica e Participativa; o Departamento de Ouvidoria Geral do SUS pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Foram criados ainda vários mecanismos judiciais: a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o *habeas data*, a ação civil pública, o mandado de segurança, o mandado de injunção: cfr. AA.VV. (2012).

²⁹ “a democracia sanitária é aqui conceituada como o regime de governo do povo, aplicado aos temas relacionados à saúde individual e coletiva, por meio do qual os cidadãos participam e influem ativamente, de forma deliberativa ou consultiva, nos processos de tomada de decisões estatais de saúde de competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.”: AITH, 2015, p. 211.

protegê-lo; a prestação de serviços de assistência médica em nível ambulatorial e hospitalar, com ações rotineiras de vigilância sanitária e epidemiológica; as políticas públicas dirigidas à população como um todo, a serem realizadas de forma regular e contínua (OLIVA-AUGUSTO; COSTA, 1999, p. 201).

A Lei nº 8.080 era originalmente composta por 55 artigos, muitos dos quais foram alterados ou revogados desde então. Ela identifica princípios orientadores e organizacionais³⁰, objetivos (art. 5)³¹, campo de atuação (art. 6), políticas públicas, prevendo, também, a possibilidade de participação privada, ainda que com limites (TOCCI E COSTA, 2014, p. 199). A lei prevê que a iniciativa privada seja em caráter complementar, como participação do SUS, seja em caráter suplementar, com serviços adicionais, como os planos de saúde.

Esta lei define a saúde como “um direito fundamental do ser humano”, cujas condições de pleno exercício devem ser garantidas pelo Estado, por meio da formulação e da execução de políticas econômicas e sociais que visem a reduzir o risco de doença e a garantir acesso universal e igualitário às ações e aos serviços que objetivem sua promoção, proteção e recuperação (art. 2). Uma menção específica (art. 3) é dedicada aos determinantes da saúde. Por isso, é bom fazer uma rápida digressão.

³⁰ Os princípios são *universalização* (a saúde é um direito de todos, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características sociais ou pessoais); *equidade* (sendo firme o valor da igualdade, é necessário levar em consideração as distintas necessidades de cada um e as situações de carência); *integralidade* (é preciso considerar as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades; integrar as ações de promoção da saúde, prevenção de doenças, tratamento e a reabilitação); articular as políticas de saúde com as outras políticas públicas. Do ponto de vista da organização, os princípios inspiradores são: *regionalização* e *hierarquização* (organização de serviços em níveis crescentes de complexidade, com base na competência territorial); *descentralização* e *comando único* (redistribuição de poder e responsabilidades entre os três níveis de governo, com autonomia de cada um deles em suas decisões e atividades); *participação popular* (através dos Conselhos e das Conferências de Saúde, para formulação de estratégias, controle, avaliação e execução das políticas de saúde). (MINISTÉRIO DA SAÚDE).

³¹ Incluindo a identificação dos determinantes da saúde, a formulação de políticas de saúde, a assistência ao paciente de forma integrada.

A saúde de um indivíduo ou de uma população depende, de fato, não apenas de fatores hereditários: depende de fatores ambientais (áreas de risco, epidemias, poluição, etc.) e de fatores culturais e sociais. Os determinantes sociais da saúde (*social determinants of health*)³² são as condições sociais e materiais (portanto, não “naturais”, ou seja, de qualquer forma produzidas) que influenciam a vida dos indivíduos e a possibilidade de acessar tratamentos e ações de prevenção: trata-se de circunstâncias – como renda, higiene, condições de moradia, taxa de emprego, nível de educação, diferenças de gênero – determinadas pela dinâmica do poder (em termos de gênero, classe social, etnia, política) e pela distribuição de recursos econômicos e culturais em todos os níveis (federal, estadual e local). Esses fatores determinam as diferenças e as desigualdades, no âmbito da saúde, entre os Estados e dentro deles³³.

Voltando ao SUS, compõe-se (art. 4) de todas as ações e serviços de saúde prestados pelos órgãos e instituições públicos federais, estaduais e municipais, pela administração direta e indireta e pelas funções mantidas pelo poder público. Anteriormente, porém, o Ministério da Saúde tratava de ações de prevenção, enquanto o Ministério da Seguridade Social, de serviços relacionados ao tratamento de doenças. Nesse sentido, a criação do SUS representa, sem dúvida, uma mudança decisiva (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000, p. 6): para Mendes (2013, p. 27), o SUS foi a “maior política de inclusão social da história do nosso país, antes do SUS vigia o Tratado de Tordesilhas³⁴ da saúde que separava quem portava a carteirinha do

³² Cfr. https://www.who.int/social_determinants/sdh_definition/en/.

³³ O foco na importância dos determinantes sociais é recente: antes, as políticas públicas em saúde eram focadas sob o ponto de vista da doença, enquanto, nos últimos anos, vêm se difundindo ações de longo e curto prazo, visando a suprir as diferenças produzidas pelos determinantes sociais (TOCCI E COSTA, 2014, p. 199-200). Sobre os determinantes sociais da saúde e suas consequências, veja-se, a título de exemplo, DI GIROLAMO (2012/2013).

³⁴ O Tratado de Tordesilhas (Espanha) (1494) estabeleceu uma nova demarcação das áreas de influência de Espanha e Portugal na América Latina.

INAMPS³⁵ e que tinha acesso a uma assistência curativa”. O sistema único acabou com essa divisão, tornando a saúde um direito para todos (e um dever do Estado).

Os artigos 7 e 8 fazem referência explícita aos princípios expressos na Constituição e definem a estrutura do SUS. Limitando-nos aos aspectos mais essenciais, podemos dizer que o sistema é caracterizado por uma estrutura de rede “regionalizada e hierarquizada”³⁶ de acordo com níveis de complexidade crescente e com o objetivo de criar um “processo de descentralização dos serviços de saúde” (CURY, 2005, p. 96) e com a integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico.

Com base na Constituição, tanto a União quanto os Estados e municípios podem promulgar normas relacionadas à saúde: a União de orientação geral, os Estados de tipo suplementar e os municípios de interesse local (SCHWARTZ, 2001; PINTO, 2015, pp. 82-83; BARROSO, 2007, p. 14). A Lei nº 8.080 estabelece as atribuições das entidades: as comuns (art. 15) e as específicas (art. 16-19), em nome da autonomia de cada esfera de governo e da descentralização. Os municípios são responsáveis pelo desenho, pela organização, pelo controle, pela gestão e pela implementação dos serviços de saúde na zona (art. 18), enquanto os Estados e a União devem intervir quando os municípios não conseguem garantir o direito à saúde.

Uma parte específica da lei é dedicada aos aspectos financeiros (título V).

O SUS desempenha, assim, importantes funções de proteção social, tanto para as famílias, quanto para a população com renda insuficiente, devendo garantir, com a atuação nas diferentes áreas de prevenção,

³⁵ Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, abolido com a lei nº 8.689/1993.

³⁶ “Constitucionalmente, o sistema de saúde brasileiro não é juridicamente hierarquizado no que concerne à competência das diversas esferas de governo, mas o é enquanto sua organização prevê uma rede hierarquizada no que respeita à complexidade dos serviços postos à disposição da população.” (DALLARI, 2009, p. 21).

tratamento e reabilitação, o exercício da cidadania, das atividades produtivas e da vida comum (NOGUEIRA PASSOS, 2011).

Assim, é possível afirmar que o SUS é o produto de um conjunto de regras destinadas a realizar a possibilidade do que a Constituição prevê: assistência médica universal e gratuita – independentemente da renda do paciente ou do fato de ele ser ou não um contribuinte. É um sistema *integral*, pelo menos em dois aspectos: 1) as políticas e os benefícios de saúde não apenas são relacionados ao tratamento, mas também à prevenção; não apenas ao setor da saúde em sentido estrito, mas também aos determinantes sociais da saúde; de um modo mais geral, devem ser integrados nas políticas relacionadas à proteção do meio ambiente e do território; além disso, os indivíduos também são concebidos na sua integridade biopsíquica, isto é, como pessoas e sujeitos de direito; 2) é um sistema regionalizado e hierárquizado: o Estado deveria agir como um todo, nos diferentes níveis em que está estruturado e, portanto, no caso de deficiências no nível local (municípios), devem intervir os Estados e a União Federal.

Neste ponto, duas considerações são importantes. A primeira diz respeito à realização do que é proposto na Constituição: além da vontade política de implementar seu conteúdo³⁷, deve-se lembrar – como destacado por Hesse (1991, p. 15) – que a Constituição não configura “apenas a expressão de um ser, mas também um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais”: o elemento normativo indica a pretensão de dar forma à realidade política e social. Assim, tanto as possibilidades quanto os limites de sua força normativa emergem da dinâmica entre ser (*Sein*), e dever ser

³⁷ Por exemplo, PAIM *et al* apontaram a falta de comprometimento do primeiro presidente eleito, Fernando Collor de Mello (2011, p. 19), enquanto ATALIBA (1970) destacou que a própria ideia de norma “programática” é uma contradição.

(*Sollen*). A respeito do SUS, apesar dos princípios orientadores contidos na lei de 1990, uma importante crítica é representada, como evidenciado por Carvalho, Jesus e Senra (2017, p. 1.158), pelas disparidades históricas dos contextos socioterritoriais tão variados, em um país enorme e altamente complexo. Os mesmos autores enfatizam ainda a necessidade de implementar o monitoramento e a avaliação, além da urgência de simplificar as normas, que, às vezes, tornam o SUS excessivamente complexo, ou ambíguo.

Em geral, portanto, é possível ver muitas semelhanças e algumas diferenças entre a configuração do direito à saúde na Itália e no Brasil. Entre as semelhanças:

- o direito à saúde é constitucionalmente sancionado como um direito fundamental;
- mais do que isso, é formulado como um direito universal: de todos, independentemente da cidadania, sob a bandeira da igualdade;
- é um direito subjetivo e também coletivo;
- o Estado deve proteger esse direito;
- por esse motivo, foram criados sistemas nacionais de saúde públicos, abrangendo toda a população, facilmente acessíveis e presentes em todo o território nacional;
- a assistência é organizada em base territorial, com ampla autonomia das autoridades locais (Estados/Regiões e municípios) e em nome da colaboração entre os diferentes níveis de governo;
- os sistemas de saúde são chamados a agir não apenas no lado da assistência, mas também na prevenção;
- o indivíduo-sujeito-pessoa, com sua dignidade e seus direitos, é colocado no centro das atenções, e na sua integridade físico-psíquica-social; a saúde é entendida em um sentido amplo, não apenas do ponto de vista do indivíduo, mas em relação ao meio ambiente (ecologia) e aos determinantes sociais.

Por razões de espaço, não abordamos aqui o problema das desigualdades em termos territoriais, as quais existem nos dois países. Na Itália, em particular, existem fortes disparidades entre as Regiões do Centro-norte (com melhor gestão econômica, distribuição generalizada de serviços e presença de centros de excelência) e as do Sul – o que incentiva os fluxos migratórios internos –, enquanto, no Brasil, os Estados do Norte e do Nordeste são geralmente mais pobres e menos desenvolvidos, enquanto os do Centro e do Sul conseguem oferecer serviços melhores³⁸.

No entanto, existem diferenças importantes. No que diz respeito ao funcionamento dos sistemas de saúde, no sistema italiano, diferentemente do brasileiro, em muitos casos, os cidadãos devem contribuir, através do “*ticket*” (com exceção de algumas categorias mais vulneráveis).

De qualquer forma, as diferenças mais marcantes, provavelmente, emergem já da leitura dos textos constitucionais.

De fato, na Itália, além da menção ao artigo 117, relativo à distribuição de competências legislativas entre o Estado e as Regiões, apenas um curto artigo (nº 32) é dedicado à saúde, enquanto na Constituição brasileira o assunto é tratado em vários artigos e com mais detalhes, inclusive vinculando financeiramente as despesas com saúde. No entanto, duas questões parecem ainda mais importantes.

A primeira: a saúde, na Constituição italiana, além de um direito, é definida como um interesse coletivo. Isso significa que é um bem público, a ser protegido. Proteção que não pertence exclusivamente aos órgãos e instituições do Estado: os cidadãos também devem fazer sua parte. Portanto, não se trata apenas de um direito coletivo, mas de algo que a sociedade como um todo é chamada a proteger e a promover.

³⁸ Veja-se, entre outros, VERCESI DE ALBUQUERQUE et al (2017) e RUSSO (2019).

A segunda questão tem relação com a primeira: enquanto na Constituição italiana o Estado é chamado a garantir tratamento gratuito apenas aos indigentes, no Brasil, a saúde é definida como um *dever* do Estado. Aqui emerge a diferença com relação à ideia de bem público comum: se a saúde é um dever, é um bem que pode ser exigido. Isso legitima a reivindicação de demandas jurídicas, bem como as expectativas mais gerais dos indivíduos, além de nos encorajar a apresentar uma hipótese mais geral, relacionada à análise do direito à saúde no sistema jurídico brasileiro (hipótese que certamente não pode ser respondida aqui e, talvez, nem mesmo em sentido absoluto): a concepção do direito à saúde que emerge, vinculando o Estado de uma maneira tão decisiva (saúde como dever, orçamento mínimo, etc.), estabelece objetivos excessivamente ambiciosos, se não impossíveis, de implementar? Ao mesmo tempo, não seria apropriado que essas condições fossem definidas mais exatamente em relação aos casos e às áreas de aplicação – de maneira a permitir uma proteção concreta da saúde onde ela é mais necessária – e em relação ao equilíbrio com outros direitos fundamentais e com os direitos e necessidades da comunidade, direitos e necessidades com os quais a saúde pode inevitavelmente entrar em conflito?

Estes questionamentos seguem abertos, não temos respostas definitivas e continuam presentes nas nossas pesquisas.

4 Saúde e Teoria dos sistemas

A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann é notoriamente complexa: para nossos propósitos, neste artigo, são suficientes alguns elementos-chaves.

A sociedade moderna é considerada um *sistema* composto de operações comunicativas, as quais contribuem para sua reprodução. A comunicação é, portanto, uma realidade genuinamente social. Exatamente

por causa disso, os seres humanos não pertencem à sociedade, mas fazem parte de seu ambiente³⁹: as operações de comunicação se referem ao ambiente, no sentido de que o sistema da sociedade é “irritado” pelo que acontece nele. É por isso que a teoria dos sistemas sociais tem sido criticada por não levar os indivíduos em devida consideração. A explicação é realmente muito simples: a perspectiva sistêmica não é normativa, não tem valores para propor, é analítica. Conseqüentemente, a afirmação de que os indivíduos não fazem parte da estrutura da sociedade não contribui de maneira alguma para diminuir ou subestimar sua importância.

Temos, atualmente, uma sociedade mundial (*World Society*)⁴⁰ policêntrica e policontextual, estruturada com base em uma diferenciação de tipo funcional: é composta de subsistemas que resolvem problemas específicos. Dois exemplos: a medicina é dedicada ao tratamento de doenças, enquanto as relações familiares e íntimas dizem respeito à orientação para a *pessoa* (LUHMANN, 1995b). O último termo não indica o “ser humano”, mas uma *forma* (SPENCER-BROWN, 1969): uma construção que serve como referência para interação e comunicação. Deve ser distinguida do *corpo* (sistema biológico) e da *consciência* (sistema psíquico): o primeiro é o organismo biológico vivo, enquanto a segunda produz pensamentos.

Conseqüentemente, são as *pessoas*, não os corpos ou as consciências, que participam da comunicação: assim, são incluídas nos diferentes sistemas funcionais da sociedade. A individualidade surge na participação na comunicação: o indivíduo é reconhecido em sua singularidade somente se adquire relevância em um contexto (subsistema funcional) específico: economia, direito, religião, arte, família, ciência, etc. Nele, dado que as referências tradicionais da sociedade não podem mais ser usadas, o

³⁹ Alguns autores traduzem o conceito de *umwelt* com a palavra *entorno*.

⁴⁰ Veja-se, entre outros, LUHMANN, 1997.

indivíduo pode operar construindo sua própria identidade específica e atribuindo significado à própria existência. A individualidade é o resultado de um processo feito de escolhas, decisões e ações⁴¹. Um processo estruturado com base em demandas de inclusão nos próprios sistemas, demandas que se manifestam na maneira mais evidente como demandas de direitos: tanto os já “positivados”, já incluídos nos sistemas jurídico, quanto os ainda não formulados.

Com base nessas premissas, dignidade e liberdade não devem ser consideradas apenas direitos, mas – e acima de tudo – condições para uma autorrepresentação bem-sucedida da personalidade individual e para sua socialização. Ou seja, são requisitos para a inclusão na sociedade e agem nos dois lados da autorrepresentação. A dignidade é uma representação interna: todos se consideram dignos de consideração e, portanto, têm direito a participar (serem incluídos). A liberdade atua no lado externo: indica o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como uma individualidade autoconsciente e protegida de interferências externas, sobretudo as do Estado (LUHMANN, 2002). Dignidade e liberdade são, portanto, direitos fundamentais justamente porque possibilitam a inclusão, ou seja, a “participação” na sociedade.

Na teoria dos sistemas, o subsistema da medicina tem a função de intervir em corpos e mentes afetados por doenças, desvios, distúrbios ou por “qualquer manifestação corporal que não seja possível descrever como ‘normal’” (CORSI, 2015). O objetivo desse sistema é de tornar os seres humanos *pessoas* (ou seja, participantes da comunicação). Portanto, não se trata apenas de curar os corpos doentes, os distúrbios psíquicos e psicológicos: o sistema de medicina serve para garantir a participação, para

⁴¹ Os indivíduos são “máquinas históricas autorreferenciais, que com cada operação automática determinam a condição inicial para outras operações e só podem fazer isso por meio de suas próprias operações” (LUHMANN, 1992, p. 76) (*tradução livre*). Veja-se, também, LUHMANN, 1995a.

permitir a inclusão, que é uma condição essencial para a reprodução da comunicação na sociedade. Portanto, a peculiaridade do sistema médico é que

sua função não se refere ao sistema social, mas sim a seu ambiente. Corpos e consciências dos seres humanos não são nem partes nem elementos da sociedade, mas pertencem ao seu ambiente; no entanto, constituem uma seção tão importante para a reprodução da sociedade que têm-se formando subsistemas sociais especiais, ou seja, o sistema de tratamento das doenças e o sistema educativo. (LUHMANN, 2017, p. 78)

Luhmann utilizou as expressões “*Medizinsystem*” (“sistema médico”) e “*System der Krankenbehandlung*” (“sistema para o tratamento de doenças”). Porém, poderíamos nos perguntar se hoje ainda faz sentido limitar-nos a falar sobre o “sistema médico” ou se o da saúde deveria ser considerado um subsistema social autônomo, com especificidade própria e não limitado à medicina. De fato, os médicos devem não apenas tratar doenças e patologias, mas também cuidar da prevenção e do “bem-estar” mais geral dos pacientes⁴². Além disso, estão surgindo figuras e práticas profissionais e semiprofissionais, em que as intervenções de saúde em sentido estrito estão entrelaçadas com outros tipos de terapias, mais ou menos cientificamente fundamentadas (por exemplo, homeopatia, osteopatia, etc.), ações, práticas e estilos de vida adotados pelos sujeitos (esporte e atividade física em geral, dietas e escolhas alimentares, etc.), não necessariamente realizados sob a observação de pessoal qualificado.

O próprio Luhmann explicou que tudo que se refere à saúde e aos cuidados é construído na comunicação: conhecimento médico-científico, treinamento de pessoal, aparato organizacional-administrativo, linguagem usada, interação entre médico e paciente, etc. Tudo isso é tratado no

⁴² Veja-se MARTINI, 2014a; 2015.

nível da comunicação e, por esse motivo, é “social”: os conceitos, os termos, os procedimentos utilizados no setor da saúde, bem como a criação de figuras profissionais e as expectativas dos pacientes, vão se formando na comunicação e contribuem na orientação à distinção saúde/doença – o fulcro do próprio sistema. Essa distinção – que na linguagem da teoria representa o “código” do sistema – é fundamental porque permite identificar as operações comunicativas do próprio sistema. Em outras palavras: o sistema se ativa a partir da identificação da saúde e da doença – em particular, da última – porque é somente com base nessa distinção que surgem situações nas quais os seres humanos são incapazes de participar plenamente da comunicação, ou seja, não conseguem ser *pessoas*.

A equivalência entre saúde e doença, no entanto, muitas vezes, não é uma tarefa fácil: como é evidente, essas são ideias extremamente vagas e que, por esse motivo, é necessário definir, especificar, reconfirmar ou revisar continuamente⁴³. Outros fatores aumentam as dificuldades: por um lado, o progresso técnico/científico, que permite esclarecer os problemas já identificados, mas não solucionados, e reconhecer novos problemas; por outro, tendências como “patologização” e “medicalização”⁴⁴, que levam a considerar e a tratar fenômenos e doenças anteriormente não considerados como tal (apenas para dar alguns exemplos: transtorno do déficit de atenção e hiperatividade [TDAH], alcoolismo, depressão, transtorno de estresse pós-traumático [TEPT]) (CONRAD, 2007).

Os indivíduos/pessoas da sociedade moderna são, portanto, incentivados a manifestar demandas e expectativas jurídicas na esfera da saúde. Demandas e expectativas que estão em constante crescimento, justamente

⁴³ É possível pensar no uso de vários conceitos diferentes para indicar “o que está errado”: doença, enfermidade, distúrbio, disfunção. Em inglês, por exemplo, a palavra *disease* indica uma patologia objetiva, *illness* refere-se a uma enfermidade, e *sickness* é mais uma percepção social da doença individual (ZUPPIROLI, 2005).

⁴⁴ Sobre a natureza problemática e ambiguidade deste termo e sobre a relação entre expectativas normativas e cognitivas, demandas e saúde, veja-se ZAMORANO FARIAS, 2019.

pelos fatores mencionados acima: as mudanças socioestruturais produzem os conceitos modernos extremamente vagos e variáveis de saúde e doença e a tendência à individualização e reivindicação de direitos subjetivos.

Assim, no setor da saúde, as demandas crescem tanto do ponto de vista quantitativo (mais direitos para um número maior de pessoas) quanto do qualitativo (padrões mais altos); tanto no campo dos serviços prestados pelos sistemas de saúde (acesso mais amplo e generalizado aos medicamentos; serviços mais eficazes e diagnósticos mais pontuais, mais frequentes e com alto nível de atenção e disponibilidade pelo trabalhadores; políticas de prevenção, vacinas e profilaxia), quanto do jurídico (são reivindicados direitos específicos, como “direitos do paciente”; há referência ao “direito à dignidade”, que indica não apenas o direito de ter uma “vida digna” – e isso também na hora da doença –, mas também de ter uma “morte digna”).

A esse respeito, Luhmann falou da “inflação de demandas” (*Anspruchsinflation*), ou seja, do pedido de proteções, garantias e serviços cada vez maiores, em termos quantitativos e qualitativos. Deve-se levar em consideração que as reivindicações relacionadas a direitos estão aumentando, enquanto sancionar um direito significa legitimar as demandas futuras relacionadas a ele; mas também enquanto as demandas já legítimas representam o pré-requisito para novas diferentes demandas⁴⁵.

5 Individualismo, inclusão e saúde como direito humano

O fato de que praticamente não há limite para o que pode ser reivindicado em termos de direito, mesmo no âmbito da saúde, indiretamente nos leva de volta a uma questão aparentemente banal: se a saúde é

⁴⁵ Até um direito à extensão das demandas individuais (LONGO, 2001) ou também “um direito a ter direitos” (RODOTÀ, 2012), em um sentido diferente daquele indicado por ARENDT, 1966.

realmente um direito humano, em que medida as demandas devem ser aceitas? Os direitos humanos devem garantir as condições básicas para ter uma vida digna ou devem proteger e melhorar ao máximo nível as esferas da vida consideradas essenciais? Se os direitos humanos reconhecem e legitimam o livre arbítrio do sujeito, se representam “as condições sociais para permitir que um indivíduo desenvolva sua personalidade e identidade como ele deseja” (MARSHALL, 2014), isso significa que, mais do que direitos humanos, eles são direitos do indivíduo-sujeito-pessoa, direitos individuais à liberdade, à autonomia e à autodeterminação. O direito à saúde, portanto, formulado como um direito humano pelo artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) – “o direito de todos de usufruir do mais alto padrão possível de saúde física e mental” –, de fato, não tem limites. O valor real que cria as bases para o direito à saúde, entendido como direito humano, não é o valor intrínseco relacionado a “a sensação de bem-estar físico das pessoas sadias”, mas o valor instrumental relacionado ao fato de que a saúde “aumenta muito as perspectivas de uma vida gratificante” (RAZ, 2012). Isso significa que devem ser garantidas as condições para uma vida satisfatória, sem limites estabelecidos anteriormente.

Parece, portanto, haver uma relação bastante clara entre a semântica do individualismo e a semântica da saúde: se a primeira indica que o sujeito pode reivindicar direitos, o indivíduo pode fazer escolhas originais, e a pessoa tem acesso aos diferentes sistemas funcionais no campo da saúde – algo indefinível *a priori*, em nível geral e universal, identificável apenas em âmbitos específicos, caso a caso, a partir da condição da doença que representa o lado negativo da saúde – a legitimidade de demandas individuais não encontra obstáculos. O sujeito reivindica direitos (medicamentos, tratamento digno, etc.), o indivíduo reivindica a possibilidade de fazer escolhas que devem ser respeitadas (autorizar ou não uma

terapia, disposições sobre tratamentos antecipados, etc.), e a pessoa reivindica o acesso ao sistema médico (sistemas públicos de saúde, serviços e seguros privados, etc.) e ao setor sanitário em sentido amplo, que inclui todas as atividades e intervenções destinadas a melhorar a existência do ponto de vista biológico, físico e mental (vários tipos de intervenções, serviços e consultoria, muitos situados além da esfera científica: prescrições alimentares, intervenções no corpo, atividades físicas, etc.).

Pensar a saúde em correlação com o individualismo moderno e, portanto, com diferenciação funcional também ajuda a não subestimar o papel fundamental da saúde no que diz respeito ao problema da inclusão: como já mencionado, o sistema médico – junto com o sistema educacional – mais do que proporcionar uma atuação à sociedade como um todo, atua no ambiente (humano) da mesma sociedade, ou seja, tem como objetos os corpos e as consciências dos indivíduos, com intervenções destinadas a garantir as condições físicas, biológicas e psicológicas necessárias para que eles possam participar na comunicação social. O sistema médico e – hoje, mais do que nunca – tudo o que tem a ver com saúde em sentido amplo tornam os indivíduos/pessoas capazes de desempenhar um papel dentro dos diferentes sistemas funcionais e, portanto, tornam-nos sujeitos de direito. A sociedade não pode existir sem o seu ambiente: através da medicina e de todo o aparato relacionado ao cuidado de corpos e mentes, são fornecidos à sociedade os fundamentos orgânicos e psicológicos da comunicação. A legitimação de demandas deve, portanto, ser vista como uma estratégia para garantir a inclusão e, portanto, tornar sempre possível a sociedade.

Conclusão

A análise e a comparação das referências à saúde no nível constitucional e nas leis que regulam os sistemas nacionais de saúde da Itália e do Brasil destacaram várias importantes semelhanças e algumas diferenças

decisivas. Apesar do fato de que o direito à saúde é formulado em ambos os casos como um direito humano – universal e indispensável –, no Brasil, é expresso de maneira absoluta e sem especificações que provavelmente poderiam contribuir para limitar as demandas contra ele.

Se, de fato, é verdade, como vimos, que a saúde na modernidade se afirma como um direito fundamental dos sujeitos (individuais e coletivos) e, ao mesmo tempo, representa um requisito para a participação do ambiente humano na sociedade, sua estreita conexão com a semântica do individualismo (indivíduo-sujeito-pessoa) incentiva demandas crescentes, que o sistema jurídico dificilmente pode conter.

No Brasil, o fato de que, por um lado – o dos sujeitos –, a saúde é definida como um direito, enquanto, por outro – o do Estado, o poder público –, é definida como um dever, coloca em segundo plano a dimensão da saúde como um bem público e interesse geral. Além disso, uma postura comum do Judiciário – especialmente do STF – que caberia ao mesmo Poder “a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e a *efectivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos*”, evitando “que as omissões do poder político (nomeadamente do Executivo) façam perecer os direitos fundamentais previstos na Constituição”, cria o risco de confusão de planos, competências e distribuição dos poderes públicos e encoraja uma interpretação do direito à saúde “como um direito individual, cujo cumprimento pode ser exigido directamente através de uma acção judicial” (NUNES, 2011)⁴⁶.

Na Constituição italiana, no entanto, o direito à saúde parece ser suficientemente delimitado e, conseqüentemente, adequado para limitar o alcance das demandas que os indivíduos podem fazer. Isso, pelo menos,

⁴⁶ O texto citado aqui compara o direito à saúde nas interpretações das Supremas Cortes brasileira e portuguesa, e por isso representa um exemplo que poderia ser replicado entre os contextos italiano e brasileiro.

em tese: como já apontamos, também na Itália o problema das ações judiciais contra médicos e outros profissionais sanitários é considerado preocupante.

No nível dos sistemas nacionais de saúde, características comuns dos dois casos são a universalidade do acesso, a organização em bases territoriais, a divisão de competências entre as diferentes áreas administrativas do Estado. Permanecem questões consideráveis, como a dificuldade de atingir toda a população, e limitações significativas nos serviços prestados no Brasil, além de problemas de sustentabilidade devidos, em grande parte, ao envelhecimento progressivo da população na Itália. A melhoria gradual e talvez até a sobrevivência desses sistemas não são óbvias. Aqui, é possível ver o quanto a ideia de saúde como direito humano se choca com a realidade. A contribuição solicitada aos cidadãos da Itália (*ticket*) se, aparentemente, é difícil de relacionar a um direito humano, representa um compromisso aceitável para garantir que o acesso à saúde seja realmente possível em larga escala e reforça a ideia de saúde como bem público, interesse da comunidade, para o qual todos deveriam contribuir pra torná-lo possível.

Referências:

AA.VV. **Relatório Parcial: Direito à saúde e democracia sanitária: pontes para a cidadania.** Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – USP, 2012.

AITH, Fernando. Marcos legais da promoção da saúde no Brasil. **Revista de Medicina**, vol. 2, n. 92, São Paulo, p. 48-54, 2013.

_____. **Direito à saúde e democracia sanitária: soberania popular e participação nas decisões estatais de saúde.** Tese de Livre-Docência, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ARENDETT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New York: Harcourt, Brace & World, 1966.

ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. **Revista de Direito Público**, n. 13, p. 35-44, jul./set. 1970.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, v. 15, p. 13-38, 2007.

BIONDI, Francesca. Il diritto alla salute. Intervista alla Prof.ssa Francesca Biondi. In: NUCCI, Paolo. **La migliore sanità del mondo**. Milano: Università degli studi di Milano, 2019, p. 15-27.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Torino: Einaudi, 1997.

BRUNO, Anna Silvia. Direito alla salute e riserva del possibile. Spunti dal contesto brasiliano per osservare il “federalismo fiscale”. **Convegno annuale associazione Gruppo di Pisa**, 2012.

CARVALHO, André Luiz Bonifácio; JESUS, Washington Luiz Abreu; SENRA, Isabel Maria Vilas Boas. Regionalização no SUS: processo de implementação, desafios e perspectivas na visão crítica de gestores do sistema. **Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO)** Ciência & Saúde Coletiva, Vol. 22, n. 4, Rio de Janeiro, 2017.

CENSIS. VIII Rapporto RBM – La sanità del rancore, il rancore per la sanità. Scene da un Paese diseguale, giugno 2018.

COCCONI, Monica. Il diritto alle prestazioni sanitarie: fra esigenze di concreta attività e fedeltà alla propria garanzia costituzionale. In: “I diritti fondamentali oggi”. Atti del V Convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti. **Anais**. Padova: Cedam, 1995. p. 173-180.

CONRAD, Peter. **The Medicalization of Society. On the Transformation of Human Conditions into Treatable Disorders**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2007.

CORSI, Giancarlo (org.). **Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann**. Milano: Franco Angeli, 2015.

CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. L'ambiguità dei diritti costituzionali. Il caso della *judicialização da saúde* in Brasile. **Sociologia del diritto**, n. 3, p. 29-44, 2018.

CUPPINI, Laura. L'allarme dei medici: «Rischiamo di essere travolti dalle cause per Covid». Corriere della Sera, 17 abril 2020. Disponível em: https://www.corriere.it/salute/malattie_infettive/20_aprile_17/allarme-medici-rischiamo-essere-travolti-cause-covid-aa115ba4-807d-11ea-ac8a-0c2cb4ad9c17.shtml.

CURY, Ieda Tatyana. **Direito Fundamental à Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade**: Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 9, n. 3, São Paulo, p. 9-35, 2009.

DI GIROLAMO, Chiara. **Disuguaglianze di salute e di accesso ai servizi sanitari nella popolazione immigrata. Uno studio di coorte nell'area metropolitana di Reggio Emilia**. Tesi di specializzazione – Scuola di Specializzazione in Igiene e Medicina Preventiva, Università di Bologna, A.A. 2012/2013.

DUARTE NUNES, Everardo. A sociologia da saúde no Brasil – a construção de uma identidade. **Ciência & Saúde Coletiva**, 19 (4), p. 1041-1052, 2014.

ESPOSITO, Roberto. **Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale**. Torino: Einaudi, 2007.

_____. **Le persone e le cose**. Torino: Einaudi, 2014.

FLEURY Teixeira, Sonia Maria. O dilema da reforma sanitária brasileira. *In*: G. Berlinguer, S.M. Fleury Teixeira, G. Wagner de Souza Campos, (org.). **Reforma sanitária. Itália e Brasil**. Centro Brasileiro de Estudos da Saúde: São Paulo, p. 195-207, 1988.

_____. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. **Ciência & Saúde Coletiva**, vol. 14, n. 3, Rio de Janeiro, p. 743-752, 2009.

GAUCHET, Marcel. I diritti umani come politica. **MicroMega**, 5, p. 135-172, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Fatti e norme**. Guerini e Associati: Milano, 1996.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

ITALIA. Decreto del presidente del consiglio dei ministri 12 gennaio 2017. Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502.

la Repubblica. Sanità, ogni anno 35.000 cause ai medici. *la Repubblica*, 9 jun. 2019. Disponível em: https://www.repubblica.it/salute/medicina-e-ricerca/2019/06/09/news/sanita_ogni_anno_35_000_cause_ai_medici-228333417/.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Direito Fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal**. *In*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal, balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LONGO, Mariano. **Strutture di società e semantica del soggetto**. Pensa Multimedia Editore, Lecce, 2001.

LUHMANN, Niklas. The concept of society. **Thesis Eleven**, 31, p. 67-80, 1992.

_____. Individuo, Individualidad, Individualismo. **Zona Abierta**, 70-71, p. 53-157, 1995a.

- _____. Die Form „Person”. *In: Soziologische Aufklärung. Bd. 6. Die Soziologie und der Mensch.* Westdeutscher Verlag: Opladen, 1995b. p. 142-154.
- _____. Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung. *In: Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch.* Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995c.
- _____. Globalization or World society: How to conceive of modern society? **International Review of Sociology**, 7, 1. p. 67-79, 1997.
- _____. **I diritti fondamentali come istituzioni.** Bari: Dedalo, 2002.
- _____. Inflação das demandas no sistema das doenças. Uma tomada de posição do ponto de vista da teoria da sociedade. *In: MARTINI, S.R.; ZAMORANO FARIÁS, R. (orgs.). Sistema da Saúde e o Corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 68-87.
- MARSHALL, Jill. **Human Rights Law and Personal Identity.** Abingdon-New York: Routledge, 2014.
- MARTINI, Sandra Regina; BILANCIA, Francesco (orgs.). **O direito à saúde na União Europeia e no Mercosul.** Livraria do Advogado editora: Porto Alegre, 2014. p. 13-27.
- MARTINI, Sandra Regina. O sistema social da saúde: conceito, limites e possibilidades. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**, 3, 1, p. 68-83, 2014a.
- _____. Direito á saúde e fronteiras: saúde e fraternidade como pontes para a efetivação de direitos. *In: MARTINI, S.R.; BILANCIA, F. (orgs.): O direito à saúde na União Europeia e no Mercosul.* Livraria do Advogado editora: Porto Alegre, 2014b. p. 13-27.
- _____. Construção do sistema social da saúde a partir da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann. **Revista de Direito sanitário**, 16, 1, p. 112-127, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sistema Único de Saúde: princípios e conquistas. Secretaria Executiva, Brasília, 2000. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf. Acesso em: 05 abr. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Princípios do SUS. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>. Acesso em: 4 abr. 2018.

MINISTERO DELLA SALUTE. Medicina difensiva e responsabilità professionale, insediata la Commissione consultiva, 27/03/2015. Disponível em: http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1994.

NOGUEIRA PASSOS, Roberto. **Crêterios de justiça distributiva em saúde**. Brasília: IPEA, 2011.

NUNES, Ant3nio Josê Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In: NUNES, Ant3nio Josê Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 11-72.

OLIVA-AUGUSTO, Maria Helena; COSTA, Olavo Viana. Entre o público e o privado - a saúde hoje no Brasil. **Tempo Social**, 11, 2, USP, São Paulo, pp. 199-217, out. 1999.

OLIVEIRA, Ana Maria Caldeira; DALLARI, Sueli Gandolfi. Reflexões sobre o Sistema Único de Saúde e o Servizio Sanitario Nazionale: a reforma da reforma - a adoção do Ticket Sanitario. **Saúde e Sociedade**, v.25, n.4, São Paulo, 2016, p. 895-901; DOI: 10.1590/S0104-12902016164264.

_____. Vigilância sanitária, participação social e cidadania; Sanitary surveillance, social participation and citizenship. **Saúde e Sociedade**, v. 20, n. 3, Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, São Paulo, p. 617-624, 2011.

OMS. Constituição da Organização Mundial de Saúde - OMS, 1946.

_____. Declaração de Alma-Ata. 6-12 set. 1978.

- ORESTANO, Riccardo. Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale. **Jus**, XI, p. 149-196, 1950.
- PAIM, Jairnilson et. al. O Sistema de Saúde Brasileiro: história, avanços e desafios. **Séries (Saúde no Brasil)**, Bahia, n. 1, p. 11-21, maio 2011.
- PANIKKAR, Raimon. Is the notion of human rights a Western concept? *In: Human Rights Law*. by P. Alston, P. (orgs.) Aldershot-Singapore-Sidney: Dartmouth, 1996. p. 161-188.
- PINTO, Élidea Graziliane. **Financiamento dos Direitos à Saúde e à Saúde e à Educação, uma perspectiva Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- PIOGGIA, Alessandra. Il diritto alla salute nell'ordinamento italiano. *In: MARTINI, Sandra Regina; BILANCIA, Francesco (Org.). O direito à saúde na União Europeia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 95-112.
- RAZ, Joseph. Human Rights in the Emerging World Order. *In: BIX, B.H.; Spector H. Rights: Concepts and Context* (orgs.). Farnham-Burlington: Ashgate, 2012. p. 51-67.
- RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.
- ROSE, Nikolas. **Powers of Freedom: reframing political thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- SALAS ZAPATA, Carolina; GARZÓN DUQUE, María Osley. La noción de calidad de vida y su medición. **CES Salud Pública**, 4, Medellín, p. 36-46, 2013.
- SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- SIMMEL, Georg. On Individuality and Social Forms. *In: LEVINE, D.N. (Org.). Freedom at the Individual*. The University of Chicago Press: Chicago-London, 1971. p. 217-226.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. Leipzig: Bohmeier Verlag, 2014 (1969).

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit**. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

TASCA, Renato (Org.). **Redes e Regionalização em saúde no Brasil e na Itália. Lições aprendidas e contribuições para o debate**. Organização Pan-Americana da Saúde, Representação Brasil. Brasília, 2011.

TOCCI, Amanda Simone Sebastião; COSTA, Elaine Cristina Nunes Fagundes. A gestão em saúde após a política nacional de humanização no Sistema Único de Saúde – SUS. **Revista Uningá**, Maringá/PR, n. 40, p. 197-2016, abr.-jun. 2014.

TROPER, Michel. I diritti fondamentali. In: **Eredità del Novecento**. Istituto della Enciclopedia Italiana: Roma, 2001. p. 711-723.

URBINATI, Nadia. Quei popoli senza Stato. **la Repubblica**, 18 out. 2019, p. 38.

VERCESI DE ALBUQUERQUE, Mariana et al. Desigualdades regionais na saúde: mudanças observadas no Brasil de 2000 a 2016. **Ciência e Saúde Coletiva**, 22, 4, p. 1055-1064, 2017.

RUSSO, Paolo. I migranti della salute a caccia di un letto. Un milione di pazienti fuggono dal Sud Italia. **La Stampa**, 5 dicembre 2019.

ZAMORANO FARÍAS, Raul. Medicalización, riesgo y demandas al sistema de la medicina. Una observación desde la teoría de los sistemas sociales. **Revista Derecho y Salud**, a. 3, n. 3, p. 48-61, 2019.

ZUPPIROLI, Alfredo. Riduzionismo medico e senso della cura. In: MARRONE, G. (org.): **Il discorso della salute. Verso una sociosemiotica medica**. Atti del XXXII Congresso della Associazione Italiana di Studi Semiotici, Spoleto, 29 ottobre - 1 novembre 2004, Meltemi: Roma, 2005. p. 100-108.

Análise ecológica do direito fundamental à saúde: da judicialização simbólica ao silêncio eloquente do sistema e das organizações jurídicas¹

Wálber Araujo Carneiro

1. Introdução

O texto que ora introduzimos busca reconstruir um tema recorrente no debate jurídico, todavia, agora, por uma diferente perspectiva de observação. A análise teórico-jurídica do direito fundamental à saúde sempre se deparou com o paradoxo da sua realização. O mesmo orçamento que possibilita as prestações do sistema da saúde é o mesmo orçamento que limita a realização da fruição desses direitos fundamentais. Uma primeira alternativa de enfrentamento desse paradoxo é o seu *by pass*. Direitos fundamentais à saúde existiriam nos limites de sua regulamentação e implantação, restando a questão orçamentária contornada. Uma segunda alternativa era a negação. Direitos fundamentais não podem ficar à mercê dos limites orçamentários, cabendo ao Estado prover aquilo que é necessário à saúde. Entre o ceticismo descompromissado justificado por uma teoria semântica da norma constitucional e o compromisso irresponsável amparado em controles metódicos dessa mesma semântica, a operação do sistema jurídico aposta, convenientemente, nas duas soluções, simultaneamente. No âmbito da microjustiça, responde à judicialização da saúde garantindo direitos àqueles que pedem sob o patrocínio do orçamento destinado às ações e aos serviços nessa área. No âmbito da macrojustiça, nega

¹ Este artigo foi publicado originalmente na Revista de Direito Mackenzie, v. 14, n. 2, 2020, p. 1-41.

direitos relacionados à eficácia de normas de direito financeiro que exigiriam aportes orçamentários na área. Ambas, todavia, observam o problema da eficácia dos direitos fundamentais refletindo os parâmetros de autorreprodução utilizados pelo direito, ignorando o impacto nos indivíduos presentes no ambiente dos sistemas da saúde e do direito.

As teorias céticas transferem a análise desse impacto para outras análises e formas de comunicação. Caberá à política “sentir” esse impacto e, conforme for, legislar, regulamentar, implementar e administrar os diferentes interesses que envolvem o problema da prestação de serviços e ações em saúde. As teorias compromissadas assumem o problema como sendo jurídico, mas ignoram o impacto que a realização desses direitos, agora judicialmente impostos, tem para os direitos de tantos outros que, por diversos motivos, não são capazes de acionar a máquina judiciária ou, simplesmente, têm o seu direito negado em razão da não uniformidade de tratamento. Que o impacto ambiental (nos indivíduos e no sistema da saúde) essas duas formas de operação proporcionam? Como seria possível observar esse fenômeno paradoxal e, de uma nova perspectiva, assimilar abordagens microjudiciais e macro-orçamentárias? Tentaremos trazer nos itens que seguem as questões e as possibilidades que uma análise ecológica do direito à saúde e de seu controle judicial pode revelar. Ecológica na medida em que avaliamos os impactos que as referidas teorias produzem em indivíduos e sistemas funcionais que estão no ambiente do sistema jurídico. Jurídica não apenas porque avaliaremos impactos do sistema jurídico em seu ambiente, mas também porque o saldo crítico da análise é orientado para a estruturação do direito fundamental à saúde, abrindo novas possibilidades para a sua realização compromissada e responsável.

Iniciaremos pelo estranhamento que o “orçamento estatal” despertava ao tentar ser, para além de uma peça técnica de contabilidade, um juízo de justiça distributiva. Na sequência, avaliaremos como a solução

“pós-positivista” inscrita no horizonte teórico do chamado neoconstitucionalismo brasileiro já não oferecia uma solução que nos retirasse dos caminhos paradoxais, fator determinante para o deslocamento da função “diabólica” da constitucionalização simbólica para a “judicialização simbólica” (CARNEIRO, 2013). Assumindo as bases de uma “análise ecológica” dos impactos proporcionados pelas operações e omissões do sistema jurídico, percorreremos os principais momentos vividos pelo regime jurídico do direito à saúde, avaliando os impactos na distribuição isonômica desse direito e as consequências trazidas pelos níveis macro (regime constitucional orçamentário) e micro (direitos fundamentais subjetivos a prestações). Para tanto, avaliaremos os impactos de práticas ativas do sistema jurídico no estado do Rio Grande do Sul, o tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) às ações individuais e o modo como o sistema e suas organizações se comportam diante das violações a aspectos macro-orçamentários da saúde.

Por fim, tentaremos mostrar como uma análise ecológica promove uma comunicação heterorreflexiva travada na periferia e, ao mesmo tempo, como se mostra produtiva para sua estruturação pelo sistema jurídico, possibilitando variações, novas formas de seleção e estabilização do sistema. Formas, evidentemente, que atendam à sustentabilidade do complexo ambiente no qual o direito opera, à isonomia de diferentes (complexas) esferas de tratamento do problema e, por fim, à segurança na estabilização da “atual” determinação institucional (cf. LUHMANN, 1965) dos limites de fundamentalidade do direito à saúde.

2. A questão metodológica

A pesquisa aqui relatada constitui uma “análise ecológica” do direito fundamental à saúde. Como tal, estará edificada sobre três diferentes bases paradigmáticas: a Fenomenologia Hermenêutica de Heidegger (2005), a

Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann (2006) e a Epistemologia da Complexidade de Edgar Morin (2008). Na autoimplicação dessas três “fenomenologias”, constatamos que a complexidade do fenômeno linguístico impede que qualquer uma delas seja autossuficiente para uma abordagem crítica sobre os diferentes “produtos” desse universo complexo, o que exige um trabalho voltado para “as margens” de suas possibilidades (CABRERA, 2003), isto é, para o “não dito”, para o “não comunicado” e para o “não organizado”.

A Fenomenologia Hermenêutica desperta possibilidades críticas “desveladoras” e revela como a angústia pode ser filosoficamente traduzida naquilo que ainda não foi dito. Isso quer dizer que a crítica ecológica que propomos não pode abrir mão de uma filosofia tradutora de um mundo que ainda não se revelou em conceitos e informações. Essa possibilidade, silenciosamente inscrita no horizonte da linguagem, não produzirá, todavia, ressonâncias na sociedade moderna se não for acolpada ao modo “apofântico” assumido pela comunicação dessa forma societal, objeto de exploração, no outro lado dessa margem, pela Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann (2006). O uso apofântico da linguagem na sociedade moderna produz diferentes “matrizes anônimas” de “meios de comunicação autônomos” (TEUBNER, 2016, p. 248), que operam sob uma lógica “cibernética” própria e distinta da compreensão humana. Na “terceira margem” desse “rio”, damo-nos conta da dimensão operacional metodológica da pesquisa com o auxílio da “epistemologia complexa”² de

² “A epistemologia complexa terá uma competência mais vasta que a epistemologia clássica, sem, todavia, dispor de fundamento, de lugar privilegiado, nem de poder unilateral de controle. Estará aberta para certo número de problemas cognitivos essenciais levantados pelas epistemologias bachelandiana (complexidade) e piagetiana (a biologia do conhecimento, a articulação entre lógica e psicologia, o sujeito epistêmico). Propor-se-á analisar não somente os instrumentos de conhecimento, mas também as condições de produção (neurocerebrais, socioculturais). [...] Se a epistemologia complexa tomasse forma, constituiria não uma revolução copernicana, mas uma revolução hubbleana. Hubble mostrou que o universo não tem centro. A epistemologia complexa não tem fundamento. A noção de epistemologia sem fundamento já foi sugerida por Rescher. Em vez de partir dos ‘enunciados de base’ ou ‘protocolares’ que, na visão do positivismo lógico, forneciam um fundamento indubitável, Rescher imagina um sistema em rede cuja estrutura não é hierárquica, sem que nenhum nível seja mais fundamental do que os outros. Aceitamos

Edgar Morin. E, com ela, consideramos que o “método” nos proporciona apenas um auxílio estratégico, já que o seu objetivo “é ajudar a pensar por si mesmo para responder ao desafio da complexidade dos problemas” (MORIN, 2008, p. 38). E o “pensar” em todas as nossas três bases paradigmáticas e, conseqüentemente, em suas respectivas margens não é dedutivo ou indutivo, mas dialógico-circular, pois explora as possibilidades que já estão presentes no horizonte da linguagem, da comunicação ou do ambiente da pesquisa. A possibilidade de um diálogo silencioso que nos toma, nos angustia e, como sustenta Heidegger (2005), projeta-se, fenomenologicamente³, como um futuro que já somos; que explora a articulação das equivalências funcionais entre diferentes formas de acessar o sentido, denominado por Luhmann (2006) de “método comparativo”⁴; e que, em Morin (2005a, p. 30), projeta-se na dialógica constitutiva da trindade ordem-desordem-complexidade (ALMEIDA, 2009). Essas características metodológicas dificultam a identidade taxonômica deste trabalho, que possui traços filosóficos (epistemológicos e

totalmente essa concepção e acrescentamo-lhes a ideia dinâmica de recursividade rotativa. Assim, compreende-se a revolução metacopernicana que se impõe: a epistemologia não é o centro da verdade, gira em torno do problema da verdade passando de perspectiva em perspectiva e, tomada, de verdade verdades parciais em verdades parciais” (MORIN, 1987, p. 31-32). Naomar de Almeida Filho (2005, p. 34-38), por sua vez, elenca as seguintes características do paradigma da complexidade: 1. “sistemas dinâmicos”, pois “compreende estruturas sistêmicas abertas, em constante transformação, totalidades formadas por partes inter-relacionadas, elementos, conexões e parâmetros mutantes”; 2. “não-linearidade”, pois dizem respeito a “interconexões sistêmicas que vão além das relações dose-resposta, produzindo efeitos que tendem a exceder a previsão, dado um conjunto de determinantes”; 3. “caos”, “no sentido da descrição de sistemas de relações não-lineares, indica que esta perspectiva abre-se à consideração de paradoxos, intoleráveis na epistemologia convencional”; 4. “emergência”, “trata-se de um processo de determinação ignorada, concernente à ocorrência de algo (objeto, força, vetor) que previamente não existia no sistema”; 5. “borrosidade” (*fuzziness*), pois se refere “à propriedade da imprecisão de limites entre elementos dos sistemas, qualidade de uma realidade a-limitada, resultante da transgressão da lógica formal de conjuntos ou do efeito do ‘borramento’ dos limites intra e intersistêmicos”; e 6. “fractalidade”, pois indica “uma geometria do microinfinito, desenvolvida por Mandelbrot [...] como solução para analisar graficamente os padrões repetidos das relações não-lineares”.

³ Para Heidegger (2005, p. 57), “a expressão ‘fenomenologia’ diz, antes de tudo, um conceito de método”. Ver também Heidegger (2000, p. 27).

⁴ “*Lo conceptual de una teoría de la sociedad se enfrenta a la tarea de llevar su propio potencial de complejidad: interpretar hechos más heterogéneos con los mismos conceptos y, por consiguiente, garantizar la posibilidad de comparación de contextos relacionales muy diversos. Esta intención de tratar lo extremadamente diverso como algo todavía comparable se acoge al método de la comparación funcional*” (LUHMANN, 2006, p. 26).

éticos), sociológicos (do direito e do conhecimento sobre o direito) e jurídicos (da teoria e da dogmática).

Dito isso, se considerarmos a clássica gramática da metodologia científica, análises ecológicas do direito se aproximam de alguns conceitos, embora, quase sempre, com ressalvas. O método não é lógico-linear (não é dedutivo, nem indutivo) é dialógico-circular, característica que é comum aos três marcos teóricos já referidos e que implica, no nível compreensivo, vigilância reflexiva e diálogos heterorreflexivos (CARNEIRO, 2011) (complementaridade e antagonismo entre diferentes formas de conhecimento), recursividade organizacional ou sistêmica (sistema implica o ambiente e vice-versa) e hologramaticidade ou recursividade interna do sistema circular (periferia interfere no centro e o centro interfere na periferia)⁵. Se fizesse sentido falar em “natureza” da pesquisa e na sua classificação binária, constataríamos que as análises ecológicas do direito englobariam pesquisas básicas aplicadas (indiretamente, por irritação) ao sistema jurídico, ou seja, seriam “parcialmente básicas” e “relativamente aplicadas”. Quanto aos objetivos, lida com conhecimentos exploratórios (como se todos, diante da contingência e do risco, não o fossem); descreve fatos, mas, com isso, não deixa de produzir uma dupla implicação que só é escamoteada na epistemologia linear do “sujeito-objeto” e, por fim, pretende com a explicação das relações entre sistema-ambiente não apenas aprofundar o conhecimento, mas também irritar outros sistemas quanto aos seus respectivos pontos cegos. Quanto à abordagem, transitará entre dados quantitativamente analisados e qualitativamente levantados, embora suas conclusões se aproximem mais dos parâmetros qualitativos. Quanto aos procedimentos e às estratégias, aproxima-se, em muitos aspectos, da

⁵ Aqui é possível observar aproximação entre Hermenêutica, Teoria dos Sistemas e a Epistemologia Complexa de Morin (2005b, p. 72-75) a partir de seus três princípios: dialógico (complementaridade e antagonismo), recursividade organizacional (sistema implica o ambiente e vice-versa) e hologramático (parte no todo e todo na parte).

“pesquisa-ação” (cf. THIOLENT, 1985), na medida em que pretende “informar” o sistema jurídico por meio de uma reflexão transdisciplinar capaz de irritá-lo, produzir variações internas, promover novas seleções e, por conseguinte, modificá-lo na direção da sustentabilidade ambiental (*lato sensu*). Por fim, ao destacarem a problematidade como fio condutor da redução de complexidade e da formação da rede, as pesquisas da análise ecológica do direito assumem características típicas de um “estudo de caso”, aqui representadas pela judicialização da saúde no estado do Rio Grande do Sul. Sem a delimitação do “caso”, conforme já exposto em referência ao recorte do tema-problema, não seria possível estabelecer limites constitucionais de fundamentalidade, tampouco examinar o “estado do direito” (CARNEIRO, 2018b) em relação a tais direitos. Uma análise ecológica do direito articula, portanto, *redes* gerenciadas por um observatório que reproduz, no sistema científico, essas diferentes formas de vida e comunicação presentes no ambiente social do direito e as direciona para o sistema jurídico mediante o auxílio de teorias ecologicamente orientadas, a exemplo de uma “teoria ecológica dos direitos fundamentais” (CARNEIRO, no prelo).

3. O paradoxo do orçamento e os déficits cognitivos dos macromodelos teóricos dominantes

Recursos orçamentários são necessários para que o Estado social possa entregar prestações ligadas à saúde ou a qualquer outro direito social, mas esse “orçamento” é, ao mesmo tempo, aquele que também estabelece limites financeiros a tais prestações. O orçamento é paradoxal, assim como o é a nossa compreensão, que tem no horizonte de suas possibilidades suas limitações, ou o direito, que tem no não direito um lado constitutivo de seu código. A sociedade é constituída sobre paradoxos e, como tais, não será possível, simplesmente, “resolvê-los”. Paradoxos serão

invisibilizados na observação imediata do “objeto” paradoxal ou, no máximo, observados “de fora” por formas “especiais” de observação, todavia não menos paradoxais.

É “natural”, portanto, que a administração pública não questione o paradoxo orçamentário no momento em que “gasta” seu orçamento da saúde. Ou que o direito tenha uma certa dificuldade em avaliar a conformidade ou não conformidade jurídica – ambas, paradoxalmente jurídicas – de um direito subjetivo cuja realização resta inviabilizada por insuficiência orçamentária. Essa naturalidade não pode, todavia, ser transportada para a observação teórica do direito, pois ela tem a possibilidade de se constituir sobre uma forma diferente da auto-observação jurídica. Embora igualmente paradoxal, se a observarmos como uma auto-observação científica. O problema, entretanto, está quando essa observação científica sobre o direito abre mão de suas possibilidades “desparadoxalizantes” em relação ao “objeto” de suas observações e se limita a reproduzir a cegueira inerente à autorreprodução do sistema observado. Nesse caso, abre-se mão das possibilidades que a observação de segunda ordem (observação da observação) poderia oferecer para o aprendizado cognitivo do sistema observado.

3.1 As teorias sobre a norma constitucional programática

E foi, justamente, esse o erro de boa parte das teorias jurídicas, aquelas que integraram ou ainda integram um macromodelo dominante (CARNEIRO, 2014a). A (in)eficácia das normas programáticas reproduziu o autoengano que o sistema jurídico construiu para não enfrentar a relação incontornável entre direito e orçamento. Mantendo uma heterodescrição limitada a reproduzir a autodescrição do sistema, adaptou uma concepção normativa adequada ao paradigma liberal-contratual (cf. LEITE *et al.*, 2016), apenas sustentando a quebra da correlação

sinalagmática entre direito e dever jurídico no âmbito das chamadas normas constitucionais programáticas (SILVA, 2012; PIMENTA, 1999).

Em resumo, é possível concluir que todas as teorias que se debruçaram sobre o problema da ineficácia de normas programáticas e de princípios jurídicos tinham, no fundo, a função de desviar o direito de um fato incontornável: a escassez. Primeiro se negou a condição de norma, logo, não havendo norma, não haveria direitos nem tampouco deveres. A escassez era camuflada mediante a manipulação da necessidade. Em seguida, admitiu-se a condição de norma, negando, contudo, a sua eficácia. Neste caso, fugia-se da escassez mediante um argumento falacioso: a omissão do poder que deveria regulamentar tais normas. Por último, mesmo admitindo-a, confere-se um tratamento dogmático exógeno, na medida em que a inexistência de dever jurídico impossibilita o cumprimento coercitivo (CARNEIRO, 2004, p. 371-388).

A ausência de resposta do sistema jurídico ao seu ambiente permaneceria irritando o sistema jurídico e seu sistema científico reflexivo. Teorias precisariam respaldar a possibilidade de efetivação da norma constitucional, o que exigiria abandonar, em definitivo, as concepções clássicas que mantinham o direito ao sabor da regulamentação político-legislativa. Todavia, o câmbio paradigmático que viria a ser proposto pela doutrina também não possuía uma função desparadoxalizante. Ao contrário, iria manter o paradoxo no ponto cego da auto-observação.

3.2 A solução “pós-positivista” e o neoconstitucionalismo brasileiro

Não é possível dissociar, no Brasil, o que se chama de pós-positivismo com o fenômeno do neoconstitucionalismo do pós-guerra. Para alguns, o pós-positivismo é a doutrina filosófica equivalente a essa nova forma de ver a Constituição, permitindo, por um lado, as novas leituras substanciais e dirigentes, e, por outro, respondendo às demandas por justificação epistêmica da mutação constitucional conduzida no âmbito da jurisdição

constitucional. E o horizonte teórico alemão é, certamente, a principal referência. Se Viehweg (1953) acusou a história da metodologia jurídica de ter ocultado a inexorável face tópico-problemática dos nossos “sistemas” ainda fora do contexto neoconstitucional, antes Smend (1928) já havia contextualizado seu método científico-espiritual no entorno da Constituição de Weimar e de seu caráter integrador. Em seguida, a *applicatio* concretizadora de Hesse (1967) e Müller (1966) e a abertura dialógica de Häberle (1980) e a analítico-argumentativa de Alexy (2008) fechariam o círculo da associação entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo em uma versão fortemente difundida no Brasil (cf. CANOTILHO, 2004) e no mundo hispânico (cf. CARBONEL, 2005).

Todavia, se desconsiderarmos uma percepção autêntica das teorias referidas como pós-positivistas e avaliarmos os problemas a partir do senso comum teórico observado no Brasil, teremos dificuldades para compreender a mutação e a mixagem que as teorias constitucionais da Alemanha sofrem no Brasil (SILVA, 2005). Veremos um cenário caótico que mascarará a discricionariedade judicial sob um falso fechamento nos elementos interno-axiológicos do sistema, crença possibilitada pelo mito dos limites semânticos supostamente presentes nos princípios constitucionais e pela sobrecarga de um falso controle metódico (cf. CARNEIRO, 2018c). Um Frankenstein que mascara a abertura do sistema mediante um discurso de fechamento decisório (especialmente quando fundamentado diretamente em princípios). Esse modelo não apenas mata as possibilidades de controle democrático das decisões, pois confunde a proteção da sustentabilidade ambiental no âmbito das decisões de tribunais constitucionais com o controle de políticas públicas, mas também jamais garantirá isonomia, já que não conseguirá manter sua coerência e observar a complexidade das diferentes lógicas presentes em cada esfera, e, conseqüentemente, não trará segurança e estabilidade para o sistema. As

decisões, portanto, não serão fruto da autonomia do sistema jurídico, mas de razão moral, econômica, política, religiosa ou qualquer outra que arrefeça as pressões ambientais. Uma corrupção velada pela falsa impressão de fechamento autônomo do sistema. Uma democracia arruinada pela falsa impressão de que o Judiciário assume a condição de representante do povo, “sujeito da transformação” e da realização das “promessas da modernidade” (STRECK, 2009).

Há muito já dizíamos que esse era o cenário que marcava o deslocamento da função simbólico-diabólica da constitucionalização (NEVES, 2011) para a judicialização (CARNEIRO, 2013). Que a manutenção desse “senso comum epistêmico”, ao supostamente “legitimar” leituras substanciais e concretizadoras da Constituição mediante um *by pass* da necessária interpenetração do sistema político, bem como da comunicação com outras “vozes” da sociedade, faz da intervenção judicial nas políticas públicas um “Cavalo de Troia” ofertado ao sistema jurídico (CARNEIRO, 2014b). Ao liberar a tropa, fragmenta o sistema, o volatiliza e o condena à disfuncionalidade. Seria preciso romper com o ceticismo descompromissado de teorias focadas na estrutura da norma, que desviavam o problema do paradoxo orçamentário antes de observá-lo, bem como com o compromisso irresponsável de concepções teóricas ancoradas em falácias epistêmicas e que, simplesmente, negavam o problema da escassez e da administração orçamentaria como um fator relevante para a caracterização de direitos sociais e sua prestação subjetiva (CARNEIRO, 2009). Os dois caminhos teóricos legitimam, cada um a seu modo, formas de reprodução do sistema jurídico que não contribuem de forma responsiva para o tratamento jurídico da saúde. O primeiro já deixava clara a sua omissão. Quanto ao segundo, uma observação sociológica denunciava que a sua “eficácia imediata” de princípios e sua legitimação metodológica (via hermenêuticas metódicas e fórmulas ponderativas) não produziam uma inclusão

generalizada nas prestações do Estado social. Antes produzia uma adaptação da “constitucionalização simbólica” denunciada por Marcelo Neves (2011) no início dos anos 1990. O esgotamento da função diabólica do simples ato de constitucionalizar havia exigido o deslocamento dessa função para o âmbito da “judicialização” (CARNEIRO, 2013, 2015). Era chegada a hora de uma crítica que ultrapassava as questões epistêmicas observáveis na auto-observação do próprio sistema e avançava para uma observação sociológica do modo como o sistema operava e do modo como essa operação impactava o entorno do sistema jurídico. Ou seja, era necessário observar os impactos “ecológicos” do sistema jurídico no que toca às prestações de saúde deferidas pelo Judiciário.

4. Análise ecológica do direito fundamental à saúde

Em meados dos anos 1990, já era possível observar, especialmente em decisões de primeiro grau, o seguinte discurso: 1. a Constituição é normativa e dirigente, o que quer dizer que seus princípios devem ser respeitados, inclusive quanto aos rumos das políticas públicas; 2. esses princípios são normas jurídicas que enunciam direitos fundamentais que devem ser imediatamente aplicados; 3. a vagueza semântica e/ou a estrutura lógica não redutível ao se A então B dos princípios não é desculpa para impedir a aplicação imediata desse tipo de norma, tampouco para negar os direitos subjetivos que delas possam surgir, sendo necessário, tão somente, a adequação metodológica proposta pelo já referido pós-positivismo; 4. e, nesse sentido, princípios não são dados à subsunção, mas a uma ponderação concretizadora mediada por uma razão de proporcionalidade⁶.

⁶ Sobre o cenário teórico progressista da época e a base teórica para o avanço das possibilidades de judicialização voltada para concretização dos direitos fundamentais, ver Andreas Krell (1999).

Desse modo, o direito à saúde, incluindo medicamentos, tratamentos e internações, outras prestações estatais como vagas em creches e a ampliação no controle de atos discricionários passariam, cada vez mais, a fazer parte do “cardápio” de prestações judiciais. Qualquer um que observasse uma decisão como essa não poderia negar que ali estaria a eficácia real da Constituição de 1988. Mas a análise não poderia ter sido guiada por uma observação do modo como o sistema se autorreferencia. O Judiciário poderia, como sempre ocorreu no centro da sociedade mundial, negar esses pedidos até mesmo pela sua impossibilidade jurídica, e isso também não significaria, necessariamente, ausência de eficácia constitucional e de realização do Estado social. Do mesmo modo, o fato de o Judiciário determinar que o Executivo promova ações prestacionais também não significa que o resultado dessa prática implique realização do Estado social. Conforme pretendemos demonstrar, a prática constante de decisões jurídicas prestacionais não significava a realização do lado positivo do símbolo constitucional, mas, em verdade, o deslocamento do lado diabólico do símbolo da “constitucionalização” para a “judicialização” (CARNEIRO, 2013, 2015).

4.1 O deslocamento da função “diabólica” da constitucionalização para a judicialização simbólica: o impacto das práticas ativas do sistema

Se a resposta não está na observação de como o sistema referenciava a si mesmo, também não estará, simplesmente, no modo como o “lado de fora” do sistema se apresentava. Não estará, na verdade, em um determinado “lugar”, mas na “relação” entre o sistema jurídico e seu ambiente. Em outras palavras, estará no impacto ambiental (sentido amplo) que a reprodução do sistema jurídico produzia em seu ambiente e na capacidade que o ambiente impactava o sistema jurídico⁷. Defendíamos que

⁷ Aqui reside o que consideramos o déficit operacional do horizonte teórico crítico. Embora atentas ao ambiente e à inclusão não generalizada de indivíduos nas prestações estatais e nos sistemas da sociedade, as chamadas teorias críticas têm dificuldade com a estruturação de suas análises na operação do sistema (cf. CARNEIRO, no prelo).

conclusões sobre o caráter simbólico da judicialização dependeriam de pesquisas mais aprofundadas, que enfrentassem dados concretos relativos aos efeitos e à abrangência de tais tutelas. Nos limites daquele projeto, não tínhamos as condições de avaliar tais questões empíricas com o rigor metodológico que elas exigiam. De lá pra cá, o campo de pesquisas empíricas em sociologia sistêmica avançou consideravelmente⁸, e, no âmbito de nosso grupo de pesquisa, adotamos uma estratégia de conexão em rede com outros centros que desenvolvem diretamente tais pesquisas, prática gerenciada pelo Observatório de Análise Ecológica do Direito (OBAEDi). Todavia, dados já disponíveis àquela época, fruto de pesquisas acadêmicas e de análises institucionais já publicadas, corroboravam a hipótese de que a “tutela jurisdicional da cidadania” não representava uma resposta universal ao problema da eficácia constitucional (CARNEIRO, 2013). A judicialização não era capaz de incluir de forma generalizada todos aqueles que possuíam um direito fundamental violado, e, nas questões que envolviam o direito à saúde, víamos que as prestações determinadas por ordens judiciais não representavam um acréscimo à rubrica orçamentária da saúde, sendo retiradas do montante previamente destinado à pasta (cf. LIMA, 2016).

4.1.1 A judicialização da saúde no Rio Grande do Sul

O Rio Grande do Sul é um bom exemplo para observarmos o caráter simbólico da judicialização e, em outra ponta, o impacto de intervenções macrossociais. No período de 2010 a 2014, o Rio Grande do Sul foi o terceiro estado a receber o maior número *per capita* de processos relativos à saúde, com 11 processos por 100 mil habitantes em 2014, perdendo apenas para os estados de Santa Catarina (31/100 mil) e Mato Grosso do Sul

⁸ Sobre pesquisa empírica ancorada na Teoria dos Sistemas, ver o projeto “Empirical System Theory” (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2020).

(21/100 mil)⁹. O estado do Rio Grande do Sul era, também, um dos poucos estados brasileiros que não cumpriam a determinação da Emenda Constitucional (EC) n. 29 quanto à dotação orçamentária mínima para a saúde. Em 2006, gastou apenas 6,72% de sua da Receita Líquida de Impostos e Transferências (RLIT) na área de saúde, subindo para ainda tímidos 7,23% em 2009 (RIO GRANDE DO SUL, 2010). Esses números não apenas descumpriam a Constituição Federal, como também a Constituição Estadual, que determinava um gasto em saúde de, pelo menos, 10% da Receita Tributária Líquida (RTL)¹⁰. Somente a partir de 2012, com a regulamentação da Lei Complementar 141, os números começaram a subir, atingindo o teto mínimo exigido pela Constituição Federal somente em 2013 (RIO GRANDE DO SUL, 2016). Desde então até 2019, os gastos com ações e serviços públicos em saúde (ASPS) vêm se mantendo na casa dos 12% da RLIT (FEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS E HOSPITAIS BENEFICENTES, RELIGIOSOS E FILANTRÓPICOS DO RS, 2020; RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Poderíamos crer, ainda assim, que a elevada judicialização fosse uma consequência direta do baixo investimento – ou, pelo menos, de um investimento fora da determinação constitucional. Todavia, o Rio Grande do Sul já possuía um dos melhores indicadores no Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), conforme a classificação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Pnud (“ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO – IDH E IDHM”, 2020). O Rio Grande do Sul ocupava em 2010 a sexta colocação entre os estados da Federação¹¹, o

⁹ Dados disponíveis no Relatório de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2016a).

¹⁰ Conforme Emenda Constitucional Estadual n. 25/1999 (RIO GRANDE DO SUL, 1999). Enquanto a RLIT (parâmetro da Constituição Federal) engloba, além da arrecadação própria de impostos, as transferências da União, a RTL soma somente a receita tributária própria. Todavia, nem a mesma a Constituição Estadual era cumprida.

¹¹ “O IDHM do Rio Grande do Sul, evoluiu de 0,542 (baixo desenvolvimento) em 1991 para 0,664 (médio desenvolvimento) em 2000 chegando a 0,746 (alto desenvolvimento) em 2010” (“ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO – IDH E IDHM”, 2020).

quarto colocado em longevidade¹², o que sugere um acesso a serviços de saúde muito melhores do que na maioria dos Estados e a conclusão de que a judicialização nos Estados não seria o reflexo direto de deficiências nos serviços de saúde, sendo mais provável ser reflexo de melhor acesso à justiça, escolaridade da população, capilaridade da Defensoria Pública e acesso à advocacia privada.

Na Tabela 1 e no Gráfico 1, resultados de uma consolidação de dados de diferentes fontes¹³, podemos observar a evolução dos gastos globais em saúde entre 2012 e 2018, bem como a relação com a escalada dos gastos decorrentes da judicialização.

TABELA 1 • GASTOS COM SAÚDE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

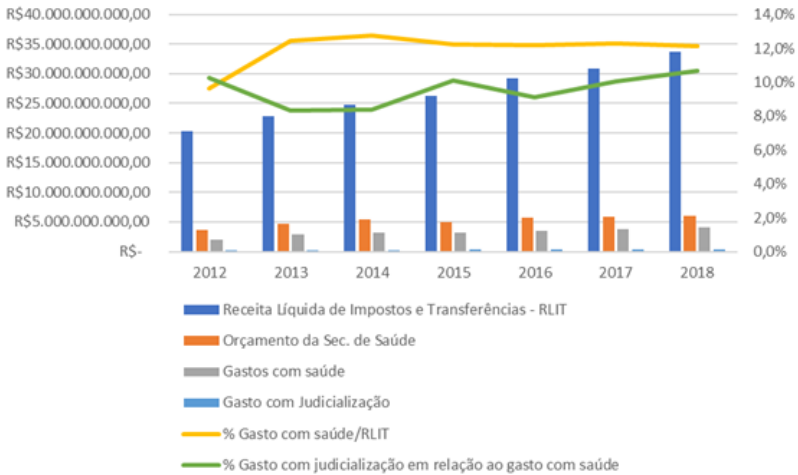
	Receita Líquida de Impostos e Transferências - RLIT	Orçamento da Sec. de Saúde	Gastos com saúde	% Gasto com saúde/RLIT	Gasto com Judicialização	% Gasto com judicialização em relação ao gasto com saúde
2012	R\$ 20.274.000.000,00	R\$ 3.699.010.681,93	R\$ 1.956.000.000,00	9,6%	R\$ 200.278.136,11	10,2%
2013	R\$ 22.820.000.000,00	R\$ 4.664.299.672,69	R\$ 2.844.000.000,00	12,5%	R\$ 237.155.408,90	8,3%
2014	R\$ 24.754.000.000,00	R\$ 5.382.280.444,86	R\$ 3.161.000.000,00	12,8%	R\$ 265.097.147,58	8,4%
2015	R\$ 26.256.000.000,00	R\$ 4.976.686.135,15	R\$ 3.219.000.000,00	12,3%	R\$ 324.898.973,09	10,1%
2016	R\$ 29.176.000.000,00	R\$ 5.713.146.497,73	R\$ 3.559.000.000,00	12,2%	R\$ 323.457.184,59	9,1%
2017	R\$ 30.842.000.000,00	R\$ 5.926.432.809,17	R\$ 3.787.000.000,00	12,3%	R\$ 380.526.109,38	10,0%
2018	R\$ 33.684.300.000,00	R\$ 6.040.193.838,17	R\$ 4.080.000.000,00	12,1%	R\$ 435.860.988,58	10,7%

FONTE: Portal da Transparência da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul (2020a); Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2020b); Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, (2017); Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul (2017).

¹² Com um índice de longevidade de 0,840, perdendo para o Distrito Federal (0,873), Santa Catarina (0,860) e São Paulo (0,845) (PNUD BRASIL, 2020).

¹³ Os dados foram coletados em informativos e relatórios oficiais de diferentes órgãos estatais: Portal da Transparência da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2020a), Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, por meio dos relatórios e pareceres prévios sobre as contas do governador do Estado (RIO GRANDE DO SUL, 2020b), Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, informe e apresentação no *workshop* promovido pela Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul (Famurs) (RIO GRANDE DO SUL, 2017) e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul (2017), por meio do Relatório Final da Comissão Especial sobre a sustentabilidade financeira do SUS e a participação dos entes federados.

GRÁFICO 1 • EVOLUÇÃO DA RLIT, ORÇAMENTO E GASTOS EM SAÚDE NO RIO GRANDE DO SUL



FONTE: Portal da Transparência da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul (2020a); Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2020b); Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, (2017); Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul (2017).

Esses números nos permitem chegar a algumas conclusões relativas ao impacto ambiental causado pelo sistema jurídico (determinando a prestação da saúde) no sistema da saúde (cf. SCHWARTZ, 2004). Primeiramente, é importante observar que o custo relativo da judicialização não seria capaz de modificar a realidade macrossocial do sistema de saúde. Isso poderia parecer óbvio ou natural se considerássemos as respectivas funções do Executivo e do Judiciário perante as políticas públicas. Mas merece destaque quando observamos que se disseminou no “senso comum teórico dos juristas” a ideia de um Judiciário redentor, messiânico, responsável por corrigir os erros da maioria democrática, entre outras coisas. O que se gasta com decisões judiciais em um dos estados que mais judicializam o acesso à saúde não representa 7% do orçamento destinado à Secretaria de Saúde, chegando a 10% dos custos diretos em serviços e ações na área. Estamos falando de cifras que, possivelmente, poderiam ser atingidas por melhorias na própria gestão desses recursos, o que incluiria,

por exemplo, livrar-se do elevado custo da própria judicialização. Em 2016, segundo dados da Secretaria de Saúde, atenderam-se 61 mil pacientes com ações judiciais e gastaram-se com eles R\$ 210 milhões em medicamentos. No mesmo ano, 230 mil pacientes receberam os medicamentos da Secretaria da Saúde a partir de processos administrativos com um custo de, aproximadamente, R\$ 82 milhões (cf. FERRAZ; VIEIRA, 2009). O atendimento judicialmente assegurado teve um custo *per capita* quase dez vezes superior ao atendimento ordinário. Mesmo que a questão não possa ser reduzida ao custo, a assimetria e os elevados custos individuais precisariam, ainda, levar em consideração os custos adicionais envolvidos na operação da máquina judiciária.

A segunda conclusão é, provavelmente, a mais relevante. Como inúmeros estudos já demonstraram, a judicialização não acrescenta recursos à saúde (cf. PAIM, 2018). Apenas redireciona recursos do próprio orçamento já destinado à saúde para determinados indivíduos (nas hipóteses de ações individuais, que são, em verdade, a quase totalidade dos casos¹⁴). O então secretário da Saúde do estado do Rio Grande do Sul, em 2016, deixa claro o caminho dos recursos relacionados à judicialização:

Quando se tem uma decisão judicial, ela não faz com que o orçamento cresça. O orçamento não é elástico. Então, eu vejo decisões judiciais serem festejadas nas redes sociais e às vezes até nos canais de comunicação dos órgãos judiciais, mas não se dão conta que aquele fornecimento para aquela pessoa significou o desabastecimento para atender 10 ou 15 ou 20 outras pessoas. Não foi um acréscimo, foi uma substituição. Compramos para alguém e não podemos comprar para outros (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

¹⁴ “[...] a proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande, de modo que a maioria radical de demandas judiciais de saúde versem sobre ações individuais. Isso reforça a ideia de que a microlitigação é um dado em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde” (BRASIL, 2015a).

A judicialização da saúde tira do orçamento da saúde os recursos originalmente destinados à própria saúde. O gasto com judicialização é insignificante quando pensamos em solução macrossocial para a saúde (pois não amplia o orçamento nem otimiza a gestão), mas determinante para provocar desigualdades na distribuição das prestações, gerando assimetrias que Marcelo Neves (2011) já havia diagnosticado na sociedade periférica sob as formas de subinclusão da maioria e sobreinclusão de uma minoria. No município de Campinas, por exemplo, 16% de todo seu orçamento municipal de 2009 reservado para serviços e ações de saúde foi destinado para a compra de remédios deferidos em 89 ações individuais (FINATTI; VECHINI, 2009; LIMA, 2016). Apenas 89 pacientes gastaram 16% dos recursos. Ademais, a judicialização tem pouco alcance nas camadas mais pobres da população, privilegiando indivíduos em bairros com maior renda, de grandes centros e que possuem acesso à advocacia privada¹⁵.

Uma terceira conclusão surge quando observamos os números da Tabela 1 e do Gráfico 2 e constatamos que há, entre 2012 e 2013, uma representativa elevação dos investimentos em saúde e, pela primeira vez, o cumprimento do mínimo constitucionalmente determinado tanto pela EC n. 29, em vigor desde 2002, quanto pela Emenda Constitucional Estadual n. 25, de 1999. O ponto de inflexão que possibilitou a conformidade constitucional foi, justamente, a regulamentação da EC n. 29 pela Lei

¹⁵ Estudo realizado no município de Fortaleza revela a concentração de endereços das partes em bairros de maior poder aquisitivo: "O perfil dos bens e serviços requeridos, a participação predominante da advocacia particular e o silêncio quanto a doenças tipicamente ligadas a estados de vulnerabilidade social demonstram que a judicialização da saúde de fato tem tido pouco alcance nas camadas mais pobres da população, servindo mais para criar uma política paralela de acesso a novidades terapêuticas e que beneficia a classe com mais acesso à justiça. Esse argumento é reforçado pelo fato de parcela dos autores residir em bairros que estão entre os mais desenvolvidos do município de Fortaleza" (NUNES; RAMOS, 2016, p. 198). Outro estudo considera ainda insatisfatórios os elementos de caracterização da tese da "judicialização pela elite", embora indicadores como presença predominante da advocacia privada, residência em bairros com maior renda e uso de serviços privados de saúde estejam presentes (cf. MEDEIROS; SCHWARTZ, 2013).

Complementar n. 141, 12 anos após a edição da emenda. O cumprimento da Constituição (e não de decisões judiciais em situações de microjustiça) em razão de sua regulamentação proporcionou um aumento da ordem de um bilhão de reais nos recursos destinados ao custeio direto da saúde. O “curioso” nesse caso é que, quanto ao percentual mínimo a ser aplicado, a lei somente repetiu o que a EC n. 29 já determinava para os estados desde o ano 2000. Prevendo a impossibilidade de promulgação imediata da lei complementar, a EC n. 29 estabeleceu o piso de 12% até, pelo menos, o ano de 2004 – ver inclusão do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal. Esse fato nos alerta para a necessidade de uma melhor análise do impacto de leis infraconstitucionais na concretização de direitos fundamentais, tendo em vista que o cenário teórico tende a sobrecarregar a semântica constitucional e a crer, a partir dela, em soluções “mágicas”.

4.1.2 O tratamento conferido pelo STF às pretensões subjetivas quanto ao direito fundamental à saúde

A judicialização simbólica da saúde não é um fenômeno restrito aos tribunais de justiça ou juízes ativistas de primeira instância. Desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 242.859/RS, apreciado em 29 de junho de 1999 e relatado pelo ministro Ilmar Galvão (BRASIL, 1999a)¹⁶, seguido pelo Recurso Extraordinário n. 195.192/RS, relatado pelo ministro Marco Aurélio e apreciado no início do ano 2000¹⁷, o STF passa a se

¹⁶ Ver também o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 238.328/RS, relatado pelo ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16 de novembro de 1999; o Recurso Extraordinário n. 264.269/RS, relatado pelo ministro Moreira Alves, Primeira Turma, examinado em 11 de abril de 2000; o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 259.508/RS, relatado pelo ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 8 de agosto de 2000; o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, relatado pelo ministro Celso de Mello, Segunda Turma, apreciado em 12 de setembro de 2000; o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 255.627/RS, relatado pelo ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, examinado em 21 de novembro de 2000 (BRASIL, 2000a, 2000b, 2000c, 2000d, 2000e).

¹⁷ “MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE – AQUISIÇÃO

posicionar, em alguns casos¹⁸, favoravelmente à aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde. Não obstante a distribuição de competências entre os entes federativos no Serviço Único de Saúde (SUS), a corte entendeu que a responsabilidade entre eles é solidária¹⁹, o que implica, muitas vezes, gastos indevidos por parte dos estados e municípios (cf. SILVA, 2015) e a necessidade de cada um deles buscar a devida compensação no ente que deveria arcar com o dispêndio. Julgados da corte passaram a sustentar que “incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente”, sendo o SUS aquele que “torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Em 2010, a matéria é enfrentada pelo plenário da corte, que decidiu pelo direito fundamental a medicamentos e pela inaplicabilidade dos argumentos relacionados à reserva do possível²⁰.

Em diversos julgados, portanto, o STF passa a sustentar que a “obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos Estados-membros da Federação”, pode configurar “omissão

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” (BRASIL, 2000f). Ver também Balestra Neto (2015). Para compreender o amadurecimento dessa perspectiva, ver também o Agravo de Instrumento n. 232.469/RS, de 12 de dezembro de 1998 e os Recursos Extraordinários n.ºs. 244.087/RS, de 14 de setembro de 1999, 247.900/RS, de 20 de setembro de 1999, e 247.352/RS, de 21 de setembro de 1999, todos relatados pelo ministro Marco Aurélio (BRASIL, 1998, 1999b, 1999c, 1999d).

¹⁸ A jurisprudência da corte não permaneceu homogênea. Ver, por exemplo, a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 91, de 5 março de 2007: “Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados ‘[...]’ e outros medicamentos necessários para o tratamento [...]’ (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade” (BRASIL, 2007). Cf. Reissinger (2008).

¹⁹ Ver o Tema n. 793 do STF, *Leading Case*: Recurso Extraordinário 855.178-RG, de relatoria do ministro Luiz Fux, publicado no *Diário da Justiça Eletrônico* (DJE) de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015b) e o Agravo Regimental (AgR) em Recurso Extraordinário n. 607.385, de relatoria da ministra Carmen Lúcia, publicado no DJE de 1º de agosto de 2011 (BRASIL, 2011).

²⁰ AgR na STA n. 175/CE (BRASIL, 2010).

inconstitucional imputável” ao estado da Federação. O “desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal”²¹ seria um “comportamento que transgride a autoridade da Lei Fundamental da República”²² e, em sendo assim, chega-se a reconhecer a inaplicabilidade da “questão da reserva do possível” sempre que a “invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”, não servindo para “legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público”²³. Em julgados que envolvem situações subjetivas de violação ao direito fundamental à saúde, a corte reafirma, portanto, o caráter “cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197)”.

Mais recentemente, o STF julgou o Recurso Extraordinário n. 566.471²⁴ e promoveu alguns ajustes no seu posicionamento jurisprudencial. O recurso foi impetrado pelo estado do Rio Grande do Norte que alegava, em síntese,

[...] que a decisão judicial atacada, ao atender a um único indivíduo, compromete políticas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos, prejudicando os cidadãos em geral; debilita investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação; viola a reserva do possível e a legalidade orçamentária; bem como não encontra base constitucional, ante o caráter programático das normas, previstas na Carta, sobre saúde (BRASIL, 2020a).

²¹ Mandado de Injunção n. 542/SP, de relatoria do ministro Celso de Mello, publicada em 28 de junho de 2002 (BRASIL, 2002a).

²² Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.439/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, publicada em 30 de maio de 2003 (BRASIL, 2003).

²³ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, publicada em 4 de maio de 2004 (BRASIL, 2004).

²⁴ Ver Tema 6 do STF, *Leading Case*: Recurso Extraordinário n. 566.471/RN (BRASIL, 2020a).

Ainda em novembro de 2007, o STF decidiu pela repercussão geral do tema, ao tempo mesmo que o Ministério Público, mantendo coerência nas questões que não afetam o regime macro-orçamentário, opinou pelo não provimento.

O estado do Rio Grande do Norte, por sua vez, chegou a alegar a perda do objeto do recurso, tendo em vista que o medicamento em questão passou a fazer parte da lista do SUS, mas o STF manteve a pauta em razão da repercussão geral e do grande número de processos que já estavam aguardando o julgamento desse processo (BRASIL, 2020a). Após sucessivos adiamentos, o recurso só veio a ter seu julgamento concluído em 11 de março de 2020, 13 anos após ser interposto. Embora sem publicação de acórdão até o momento em que este texto foi escrito, o voto do relator, ministro Marco Aurélio, a transmissão do julgamento e as informações disponibilizadas pelo *site* do STF dão conta de que os requisitos para a caracterização ficam mantidas, quais sejam a “imprescindibilidade do medicamento para a concretização do direito à saúde – elemento objetivo do mínimo existencial – e a incapacidade financeira de aquisição – elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial” (BRASIL, 2020a). Todavia, algumas ressalvas devem ser firmadas na tese que regulará o alcance da repercussão geral, a exemplo da consideração de que “o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora” (BRASIL, 2020a).

A ideia de eficácia plena e imediata do direito fundamental à saúde, que migra da doutrina para a prática judiciária de primeira instância ainda nos anos 1990, é, portanto, no início dos anos 2000 incorporada à jurisprudência do STF, tendo sido recentemente reiterada e alçada a tema de

repercussão geral que atingirá, de imediato, cerca de 42 mil processos²⁵. Em princípio, o modo como a tese relacionada ao “tema 6” será construída não será suficiente para reduzir os efeitos diabólicos da judicialização simbólica, tão pouco modificar o raciocínio da eficácia imediata para as normas que poderiam garantir os recursos constitucionalmente devidos à área da saúde.

4.2 Regime financeiro-constitucional do direito à saúde: o impacto das práticas omissivas do sistema

A esta altura, poderíamos argumentar, todavia, que a judicialização é, apenas, um efeito colateral da má prestação da saúde, seja no Rio Grande do Sul ou em qualquer outro estado brasileiro, e que o sistema jurídico não poderia, simplesmente, negar a prestação jurisdicional quando ela é devida. Em outras palavras, que não representaria a judicialização simbólica da Constituição, mas de sua efetividade real, nos limites e nas possibilidades dos procedimentos em que essas questões surgem. E, de fato, tal objeção faria um “certo” sentido. Se o Judiciário jamais será o responsável por dar saúde à população – ou qualquer outra prestação do Estado social –, também não poderá ser acusado de ser o seu único ou principal algoz. Situações subjetivas são, muitas vezes, criadas pelas dificuldades “orgânicas” do sistema de saúde, e as desigualdades de acesso ao Judiciário, por mais notórias que sejam, não poderiam impedir que determinados direitos fossem judicialmente assegurados.

Entretanto, desde a descrição da figura mítica de Hermes sabemos que verdades parciais já são suficientes para nos enganar e manter velada a verdade. Nesse caso, vale, mais uma vez, a advertência de que a avaliação não pode se restringir ao modo como o sistema jurídico se autorreferencia, pois isso nos levaria a crer que, de fato, o resultado da judicialização é um

²⁵ Ver notícia publicada no *site* do STF em 11 março de 2020 (BRASIL, 2020b).

efeito colateral da eficácia constitucional e de que outras coisas precisariam funcionar bem para que esses efeitos fossem eliminados ou amenizados. A análise precisa levar em conta os impactos ambientais tanto da reprodução ativa do sistema jurídico quanto das omissões de suas organizações.

Nesse sentido, apresentam-se as seguintes questões:

- Determinar prestações subjetivas na microconcretização do direito fundamental à saúde seria a única coisa que o sistema jurídico e suas organizações deveriam fazer para minorar os efeitos colaterais da judicialização e bloquear os efeitos diabólicos da eficácia simbólica da constituição e de sua judicialização?
- Como o sistema jurídico e suas organizações responderam a essa omissão legislativa e ao flagrante desrespeito da Constituição?
- Teriam o sistema jurídico e suas organizações reagido com o mesmo ímpeto lançado à violação de direitos subjetivos à saúde?

O comportamento do sistema jurídico e de suas organizações até a edição da EC n. 86 de 2015 – que volta a alterar o regime de vinculação – é marcado por uma timidez sintomática. Um silêncio que, embora eloquente, passará despercebido se o papel do teórico crítico for observar o padrão discursivo da autorreferência presente nas decisões ou a formulação de métodos que transformam os sujeitos pertencentes às organizações judiciais e parajudiciais em heróis da emancipação. Examinaremos, a seguir, os casos que melhor revelam a omissão do sistema quanto à real eficácia constitucional do direito à saúde.

4.2.1 Descumprimento do mínimo de 12% da RLIT e inscrição em cadastro gerenciado pela União: governador do estado do Piauí *versus* União

O estado do Piauí foi inscrito pela União no Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias (Cauc) – um serviço de informações disponíveis nos cadastros de adimplência e sistemas de informações financeiras, contábeis e fiscais geridos pelo governo federal – em

razão de ter descumprido o mínimo dos 12% da RLIT em ações e serviços de saúde. A União alegava que o texto constitucional já definia, de maneira precisa, os elementos obrigacionais básicos para que se desse a aplicação do percentual mínimo em saúde. O STF anulou o ato de inscrição nulo ao considerar que, “até a edição da LC 141/12, parte dos critérios obrigacionais que apontavam a situação do ente político relativamente à obrigação constitucional de aplicação mínima do percentual de saúde era definida por atos infralegais” (BRASIL, 2018).

Desse modo, “tratava-se, até então, na esteira da jurisprudência da Suprema Corte, de normativos sem o adequado patamar de juridicidade para o estabelecimento de restrições a direitos e, especialmente, a repasses de recursos”²⁶. O mesmo sistema jurídico que considera ser direito subjetivo de alguém ter acesso a um medicamento sem registro na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ou, até mesmo, experimental pelo simples fato de ser o medicamento necessário à “saúde” desse alguém e, ao mesmo tempo, ter a Constituição assegurado a todos a “saúde” parece não reconhecer a suficiência semântica de expressões como 12%. E o que estava em jogo sequer era a aplicação compulsória dos recursos mediante uma realocação orçamentária, mas, tão somente, a negatização em um cadastro administrativo. Para questões macro-orçamentárias, portanto, o STF continuou utilizando o velho critério da norma programática, mesmo quando não se referia diretamente a tal nomenclatura.

4.2.2 Emenda constitucional estadual sobre o piso de investimento em ações e serviços de saúde: governadores dos estados de Roraima e Santa Catarina *versus* Assembleias Legislativas Estaduais

Roraima promulgou EC determinando uma vinculação de recursos orçamentários para a saúde da ordem de 18%, o que representaria um

²⁶ Ação Cível Originária (ACO) n. 2.075-AgR, relator: ministro Dias Toffoli, julgada em 27 de abril de 2018 (BRASIL, 2018).

impacto significativo na distribuição orçamentária de estado. Todavia, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) movida pelo governador do estado, o STF entendeu que as

[...] vinculações previstas no art. 198, § 2º, da CF não poderiam ser disciplinadas pelas Constituições Estaduais ou pelas Leis Orgânicas, sob pena de indesejado engessamento do processo legislativo para aprovação de tais normas, em prejuízo da reavaliação dos índices a cada quinquênio, conforme determina expressamente o art. 198, § 3º, da CF²⁷.

Algo semelhante ocorreu no estado de Santa Catarina, um dos campeões em judicialização da saúde no Brasil, tendo o STF se posicionado do mesmo modo. Para o STF, a EC n. 72/2016 do estado de Santa Catarina, “ao estabelecer percentuais que excedem aqueles estatuídos pela Lei Complementar federal 141/2012, no exercício do poder normativo conferido pelo artigo 198, §3º, I, da Constituição Federal, instituiu uma vinculação orçamentária não autorizada pela Carta Maior”²⁸. Uma Vara Cível pode interferir em competências técnicas da ANS e do SUS, bem como afetar políticas públicas do Executivo, mas o Poder Constituinte (derivado) de um estado não pode dizer ao seu Legislativo qual o percentual que deve ser destinado à saúde no seu próprio orçamento. Não pretendo ignorar a complexa trama de distribuição de competências no contexto de uma Federação bastante concentrada na União com exigências de simetria constitucionais, tampouco ignorar o argumento de que a “lógica da revisão” precisaria ser mantida, até porque essa será, como veremos, a principal razão para sustentarmos a inconstitucionalidade da EC n. 96/2016. Mas, independentemente da adequação constitucional, o que se pretende é mostrar que, quando o jogo envolve a ampliação de recursos

²⁷ ADI n. 6.059, relator: ministro Alexandre de Moraes, julgada em 27 de setembro de 2019 (BRASIL, 2019a).

²⁸ ADI n. 5.897, relator: ministro Luiz Fux, julgada em 24 de abril de 2019 (BRASIL, 2019b).

relacionados à saúde, não há ativismos. O diagnóstico aqui está na “diferença” de tratamento dado à matéria e não no conteúdo “em si” das decisões.

4.2.3 Padrão decisório de outras organizações que operam o sistema jurídico

Esse duplo padrão não é observável apenas no STF. Trata-se de um *modus operandi* estabilizado pelo sistema e que determina as decisões de outras organizações que o operam. Dados levantados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) mostram, em seu relatório sobre a judicialização da saúde (BRASIL, 2015a), que, entre 2013 e 2014, anos nos quais os gastos com a saúde no Rio Grande do Sul caminhavam para atingir o mínimo constitucionalmente exigido, 95% das ações envolvendo prestações estatais na área da saúde eram individuais. Apenas 2,5%, em números aproximados, eram processadas como ações civis públicas, e, ainda assim, a maioria delas se refere a pedidos individualizados. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) não possui sequer um marcador específico para separar ações civis públicas que tratam de interesses difusos ou coletivos daquelas em que tais interesses são, na prática, individuais. As ações que tratam de direitos não individualizados são uma exceção e, mesmo assim, não questionam a dotação orçamentária, as omissões e as inconstitucionalidades. Por vezes, demandam a regularização de determinados serviços ou ações na área de saúde, o que deverá ser feito com a dotação orçamentária existente. De qualquer sorte, o processo coletivo é um caminho muito mais eficiente e com efeitos colaterais (diabólicos do uso do símbolo) bastante reduzidos.

4.3 Risco ambiental trazido pelo novo regime de financiamento das ações e serviços públicos em saúde

4.3.1 As Emendas Constitucionais nºs 86/2015 e 95/2016 e a cegueira ambiental do sistema político

O texto original da Constituição de 1988 previa, apenas, que SUS “ser(ia) financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes” (antigo § único do art. 198). Embora previesse no art. 195 várias fontes de financiamento, não estabelecia um piso orçamentário específico para o orçamento da saúde. A EC n. 29 de 2000 traz profundas modificações no financiamento da saúde ao determinar a aplicação de recursos EC Constitucional n. 29). Uma lei complementar (§ 3º incluído pela EC n. 29/2000) deveria, todavia, ser reeditada a cada cinco anos para regulamentar o piso do investimento em saúde por parte dos entes federativos. Todavia, considerando que a lei complementar não seria editada de imediato, a EC n. 29/2000 altera o ADCT para acrescentar o art. 77, que estabelecia os recursos mínimos aplicados nas ações e nos serviços públicos de saúde até o exercício de 2004. Segundo esse novo art. 77 do ADCT, a União, em 2000, deveria acrescentar, ao menos, 5% ao montante empenhado em ações e serviços de saúde em relação ao exercício de 1999. De 2001 a 2004, o valor apurado no ano anterior deveria ser corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB)²⁹. Para os estados e o Distrito Federal, o art. 77 do ADCT determinou um investimento de 12% da RLIT. Como vimos, a lei complementar não foi editada, e muitos estados, incluindo o Rio Grande

²⁹ Sobre essa base de cálculo, a Advocacia-Geral da União (AGU) chegou a editar o Parecer GM016/2000, que sustentava ser o “ano anterior” sempre o ano de 2000. Ações foram impetradas no STF, mas perderam o objeto em razão de despacho presidencial acolher o parecer. Ver ADI n. 2.538/DF (BRASIL, 2002b) e ADPF n. 16/DF (BRASIL, 2012).

do Sul, sequer respeitaram o mínimo de 12% da RLIT determinado pelo art. 77 do ADCT.

Mais recentemente, o sistema sofre profundas alterações com as Emendas Constitucionais n^{os} 86 de 2015 e 95 de 2016. A EC n. 86 de 2015 trouxe novas modificações ao regime constitucional-financeiro relativo ao custeio das ações e dos serviços de saúde. Ela retirou da lei complementar a delegação para estabelecer a base de cálculo para a dotação orçamentária mínima destinada às ações e aos serviços de saúde, estabelecendo que, no caso da União, deve ser considerada “a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15%” (nova redação do inciso I do § 2^o do art. 198 da Constituição Federal). Todavia, criou uma regra de transição estabelecendo que esse mínimo poderia ser atingido, gradativamente, nos próximos cinco exercícios financeiros, partindo de 13,2% da receita corrente líquida (RCL).

Na onda de restrições e cortes orçamentários que viria no ano seguinte, a EC n. 95/2016 revoga o dispositivo de transição da EC n. 86/2015 e, substituindo o aumento progressivo, fixa o percentual de 15% e estabelece um sistema de congelamento de gastos. Conforme a EC n. 95/2016, “na vigência (desse) Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino” deveriam equivaler, para o exercício de 2017, ao mínimo de 15% da RCL e, para os exercícios seguintes do novo “regime fiscal”, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Na exposição de motivos enviada com o então projeto de EC, assinada pelos então ministros da Economia e do Planejamento (BRASIL, 2016b), o novo regime fiscal era necessário para “reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal em que nos últimos anos foi colocado o Governo Federal”.

Mesmo ignorando o debate que envolve o mantra neoliberal do equilíbrio fiscal, seria interessante observar o que dizia a exposição de motivos dos autores do anteprojeto sobre a saúde. No texto, o termo saúde é citado, apenas, três vezes. Na primeira, para explicar que existe um regime de vinculação de recursos para a saúde e educação; na segunda, para dizer que esse regime deve ser mudado e, na terceira, para dizer que nada impediria que a sociedade, por meio de seus representantes, pudessem definir despesa mais elevada para saúde e educação, “desde que consistentes com o limite total de gastos” (*sic!*). Ou seja, uma proposta de emenda que modificava um regime fiscal que, independentemente do mérito, afetaria diretamente o orçamento das ações e dos serviços de saúde do governo federal, principal patrocinador do SUS, não diz uma “vírgula” sequer sobre os impactos em curto, médio e longo prazos no custeio da saúde e da educação.

Decidir é arriscado para quem decide e perigoso para quem sofrerá os efeitos dessa decisão (cf. SCHWARTZ, 2004). Uma análise ecológica do direito não é capaz de eliminar o risco de decisões políticas sobre o referido regime constitucional-financeiro e, por conseguinte, os perigos que essa decisão trará para o sistema da saúde e para os indivíduos que devem estar incluídos de forma generalizada em suas prestações. O risco/perigo é, portanto, incontornável. Mas isso não significa que, em razão de tal incontornabilidade, devemos abrir mão de lançar sobre as incertezas uma reflexão voltada para decisões mais seguras e resultados menos perigosos e exigir que o debate político enfrente o outro lado dessas fronteiras, aquilo que está por detrás. Ao fazer isso, paradoxalmente, o risco se tornará mais evidente e o perigo mais previsível. E a decisão, embora mais política, será mais legítima. Como afirma Simioni (2006, p. 67), “a observação de segunda ordem [...] permite observar que os riscos que não podem ser previstos por um sistema, podem, contudo, ser previstos por outro”.

Assim, sendo a análise ecológica do direito uma observação de segunda ordem, o seu papel não se resume apenas à avaliação do impacto ambiental dado, mas também à análise de risco e alerta dos perigos, o que pode nos levar a considerações quanto ao vício de legitimidade dessas medidas ou, até mesmo, à insustentabilidade de determinadas decisões. Essa reflexão periférica poderá, ademais, ser estruturada como violação de direitos fundamentais e inconstitucionalidades, fechando um ciclo de comunicação intersistêmica.

A aprovação de ambas as emendas tinha olhos, exclusivamente, para a questão fiscal. Por mais relevante que venha a ser a questão fiscal, ainda que ignoremos as diferentes perspectivas que podem orientar a nossa visão sobre o problema do déficit público, há, do outro lado, prestações constitucionalmente necessárias. O direito não pode permitir que a política opere sem desconsiderar os impactos ambientais de um novo regime financeiro para a saúde. Seria necessário que ficassem evidentes a previsão de queda e o que seria feito para que essa redução não significasse dor, sofrimento e mortes. Em outras palavras, a ausência de enfrentamento político do impacto ambiental no sistema da saúde representa, em termos jurídicos, a ausência de avaliação de sustentabilidade para a medida, o que representa uma violação omissiva ao direito fundamental à saúde. O vício da observação teórica voltada para a autorreprodução do sistema dificulta, todavia, a percepção desse tipo de violação de direitos fundamentais pela política, mas é muito mais evidente do que qualquer “crime hermenêutico” à semântica de um determinado direito. Atinge a própria vinculação estrutural da relação entre os sistemas político e econômico com a saúde e exigiria uma proteção deste último pelo direito.

4.3.2 A ADI n. 5.595 e um ponto fora da curva

Antes mesmo de a EC n. 95/2016 ter revogado a vinculação progressiva de despesas da União em ações e serviços de saúde e implantado o sistema de “congelamento” das despesas pelos próximos 20 anos, o STF foi acionado para se manifestar sobre a constitucionalidade da EC n. 86/2015. Essa emenda, embora estabelecesse um percentual mínimo de 15% para gastos da União em ações e serviços de saúde, representaria, de imediato, uma redução significativa nos gastos de saúde, pois previa, também, que esse nível de investimento seria atingido, gradativamente, partindo do mínimo de 13,2% para o ano de 2016 (primeiro exercício financeiro subsequente à promulgação da emenda). O processo só teve o pedido de liminar avaliado em 2017, após a edição da EC n. 95/2016. Fugindo à lógica da corte, que mantém as questões macro-orçamentárias, seja mediante intervenções (caso das ADI contra emendas estaduais, por exemplo) ou omissões (casos envolvendo a ausência de regulamentação do art. 198), no âmbito da discricionariedade política dos gestores, o ministro Ricardo Lewandowski acolheu o pedido formulado pelo Ministério Público Federal e determinou a suspensão da eficácia dos arts. 2º e 3º da EC n. 86/2015.

Em sua decisão liminar e monocrática, o ministro Ricardo Lewandowski considerou relevante que, “a partir de 2015, ocasião em que as novas regras começaram a vigor, houve um corte considerável nas verbas alocadas para a saúde”, da ordem de R\$ 11,7 bilhões em relação a 2014 e de R\$ 2,5 bilhões em relação a 2015 (BRASIL, 2017a). Um déficit acumulado de R\$ 14,2 bilhões no orçamento destinado para as ações e os serviços públicos de saúde que representaria um “retrocesso no estágio de proteção” do direito à saúde (BRASIL, 2017a). E, por mais transitório que fosse, seria um retrocesso inconstitucional.

O resultado prático da liminar, considerando as alterações promovidas pela EC n. 95/2016, é que a imposição constitucional de gastos mínimos da União em ações e serviços de saúde para o exercício de 2016 (o do ano anterior à decisão, portanto) não poderia ter sido de 13,2%, mas de 15%, o que caracterizou o investimento real ocorrido naquele ano como deficitário. Até a lavra deste texto, o plenário da corte não havia se manifestado sobre a liminar, uma omissão que provavelmente não persistiria se os resultados práticos fossem a responsabilidade fiscal de agentes políticos, a vinculação real de 15% da receita líquida e a recomposição imediata do déficit de 2016. De todo modo, esse julgamento seria uma oportunidade para que o STF modificasse sua posição em questões macro-orçamentárias e enfrentasse o perigo que a redução representaria para as operações do sistema da saúde. O plenário da corte agiria na ADI n. 5.595 no mesmo horizonte semântico que vem agindo desde o final de 1999 nas ações individualizadas? Ou déficits bilionários acumulados ano a ano não representam violação concreta a direitos que dependem de prestações concretas do sistema de saúde? Por que o STF não pauta o julgamento da ADI n. 5.595 e, ao mesmo tempo, por que nada de prático ocorre com os recursos juridicamente deficitários do orçamento de 2016 e 2017?

Quanto aos desdobramentos práticos da liminar proferida na ADI n. 5.595, é importante observar que o TCU, no Acórdão n. 1.048/2018, proferido pelo plenário do órgão, considerou válido, para 2016, o piso de 13,2% da RCL para os gastos da União com ações e serviços de saúde, negando a necessidade de qualquer medida compensatória em relação ao déficit impugnado pelo Ministério Público de Contas. O Instituto de Direito Sanitário Aplicado (Idisa) e a Associação Nacional do Ministério Público de Contas (Ampcon) moveram uma Reclamação Constitucional no STF alegando o flagrante descumprimento da liminar proferida na ADI n. 5.595, que considerou como *periculum in mora*, justamente, a validação desse

piso. O pedido de liminar foi apreciado e deferido pelo ministro Ricardo Lewandowsky, que determinou a suspensão do referido Acórdão n. 1.048/2018. Todavia, a suspensão não significou a destinação de recursos e, por conseguinte, não se convolou em bloqueios ou emendas legislativas, muito menos em empenhos, licitações e prestações ou serviços de saúde. Ou seja, a ADI n. 5.595 e todos os seus desdobramentos, até então, não proporcionaram sequer uma aspirina para curar uma enxaqueca.

Outro dado curioso diz respeito ao Ministério Público Federal. A Procuradoria-Geral da República que, preocupada com déficits no custeio da saúde, moveu uma ADI contra a EC n. 86/2015 e possibilitou o deferimento de uma liminar é o mesmo órgão que, em outra gestão, irá se manifestar favoravelmente ao congelamento dos gastos públicos nas inúmeras ADI³⁰ movidas contra a EC n. 95/2016. As circunstâncias políticas às quais os respectivos procuradores-gerais da República estavam submetidos são, talvez, a chave para responder por que o Ministério Público modifica, radicalmente, a sua postura em relação à proteção constitucional aos recursos destinados à concretização de direitos sociais, o que sugere o agravamento do “estado” do direito, ultrapassando a barreira do uso simbólico-diabólico da Constituição e flertando com a mera instrumentalização.

Enquanto o sistema se mostra inoperante na defesa do regime financeiro-constitucional e macro-orçamentário para custeio da saúde, o regime fiscal da EC n. 95/2016 fez com que a saúde deixasse de receber, segundo dados do próprio Tesouro Nacional, R\$ 9 bilhões em 2019, com previsão de déficit de outros R\$ 9 bilhões para 2020, e a conta sequer levou em consideração os efeitos da já referida liminar proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski. O que a redução representa em termos

³⁰ Ver ADIs n.ºs. 5.633, 5.734, 5.643, 5.658, 5.655, 5.680 e 5.715 (BRASIL, 2017b, 2017c, 2020c, 2020d, 2020e, 2020f).

prestacionais para a saúde? Afeta apenas a expansão ou coloca em risco programas já existentes? Representa mortes ou, apenas, uma redução qualitativa do atendimento? Nada disso é enfrentado no detalhe.

De todo modo, independentemente de quais seriam “a” ou “as” respostas constitucionalmente adequadas às ADI nos casos que envolvem a judicialização dos parâmetros constitucionais macro-orçamentários para investimento em ações e serviços de saúde, resta claro que o sistema jurídico não opera teleologicamente orientado para a concretização do direito social à saúde, uma posição assumida no fundamento das decisões judiciais que deferem prestações relacionadas à saúde como um direito fundamental. Quando estão em jogo questões macro-orçamentárias, o sistema jurídico opera passivamente, e suas organizações tendem a “não decidir”. Questões políticas que, se reveladas, mostrar-se-iam ilegítimas e descabidas ficam encobertas e fomentam a corrupção da autonomia do sistema jurídico. Questões corporativas e a capacidade de o Estado manter uma elite funcional (algo muito sensível para o Judiciário e Ministério Público) podem ser razões determinantes para que o sistema “devolva” para a cena política a decisão sobre a administração dos recursos. Outros estudos já revelaram que 62% de tudo o que o STF decidiu no controle de constitucionalidade via ADI foi referente à organização do Estado, especialmente às carreiras de seus agentes e servidores (OLIVEIRA, 2016), o que demonstra uma “ocupação” corporativa significativa da jurisdição constitucional.

5. Estruturação da análise ecológica do direito fundamental à saúde no sistema jurídico

Uma análise ecológica do direito fundamental à saúde não cumpre diretamente uma função “dogmática” do direito fundamental à saúde. Não tem como objetivo avaliar se um medicamento X ou um tratamento Y é ou

não um direito fundamental subjetivo ou quais são os requisitos para que o fornecimento de um medicamento seja liminarmente determinado. Todavia, “caminha” na direção de tais construções dogmáticas ao orientar a estruturação do resultado da análise na periferia do sistema e, com isso, permitir (re)construções teórico-dogmáticas.

Todavia, promove uma análise transdisciplinar da relação entre o sistema jurídico e seu ambiente, avaliando o impacto de ações e omissões do sistema jurídico e de suas organizações em relação a outros sistemas, outras organizações, comunidades, movimentos sociais e indivíduos. Esse tipo de análise, todavia, produz uma comunicação ecológica reflexiva que acelera e põe em jogo uma comunicação transversal e heterorreflexiva no acoplamento do sistema jurídico. Teorias fundamentais do direito, desde que concebidas para essa possibilidade, podem – e devem – conectar os ganhos dessa comunicação e criar as condições para a produção de uma dogmática que, embora orientada para os limites e possibilidades da autorreferência do direito no seu fechamento operativo, esteja previamente sensibilizada com os efeitos diabólicos do uso do símbolo constitucional ou, até mesmo, sua instrumentalização.

Essa estruturação é feita a partir de três princípios, aqui compreendidos como aquisições evolutivas do sistema jurídico da sociedade moderna mundial. Trata-se de lógicas operativas do sistema que, ao assumir o controle da contingência das expectativas normativas, acaba acumulando respostas para as três dimensões dessa variação de sentido: a variação temporal (antes/depois), que estaria submetida à lógica da segurança; a variação objetivo-espacial (dentro/fora), que espelharia, no direito (dentro), a complexa gama de esferas de justiça presentes em seu ambiente (fora) mediante diferentes lógicas de isonomia; e, por último, a variação social (consenso/dissenso), que exige do sistema jurídico a proteção da desdiferenciação social e, conseqüentemente, a solução

sustentável das colisões. Segurança, isonomia complexa e sustentabilidade são os três princípios operacionais do direito e é neles que a análise ecológica de um direito fundamental deve ser estruturada a fim de “virar” uma comunicação jurídica que varie e produza novas seleções no sistema.

Considerando a análise que empreendemos, o direito fundamental à saúde sugere problemas nos três eixos. O sistema jurídico não tem garantido o cumprimento de programas orçamentários voltados para a sustentabilidade do sistema de saúde. Um sistema de saúde sustentável não é aquele que gasta apenas o que tem, mas que, ao gastar o que tem, garante a sustentabilidade de seu ambiente. No ambiente estamos nós, os destinatários da prestação de saúde. O sistema jurídico peca, especialmente, no âmbito da proteção isonômica, na medida em que sua interferência torna a inclusão no sistema de saúde ainda mais desigual. A igualdade para a saúde pressupõe a inclusão generalizada daqueles que necessitam, conforme suas necessidades. A judicialização simbólica tira dos mais necessitados para dar àqueles que, ainda que igualmente necessitados da prestação, veem-se incluídos em outros sistemas, como o econômico (porque pagam advogados), o educacional (que leva à noção de cidadania e consciência de direitos) e o jurídico (porque acessam organizações judiciárias que postulam e julgam suas demandas). Verificamos que ações interventivas voltadas para a eficácia do regime constitucional financeiro são inexistentes ou, quando muito, ineficazes. O sistema jurídico garante sua estabilidade em face de seu meio ambiente protegendo sistemas que poderiam ameaçar a estabilidade de seus programas e organizações (política e economia), em detrimento dos indivíduos subincluídos. A busca de equilíbrio nessa tensão desequilibrada produz insegurança. Dez anos para que o STF consolidasse um entendimento no plano da microjudicialização dos direitos fundamentais à saúde; posicionamentos de ocasião por parte de diferentes gestões da Procuradoria

Regional da República; indeterminação do que é e do que não é direito fundamental à saúde. A segurança que se busca é a fiscal, a ponto de se congelarem por 20 anos os gastos públicos de um sistema que não faz ideia daquilo que está por vir, do crescimento vegetativo da população e das ações e dos serviços que precisará implementar nos próximos 19 anos.

Aqui precisaríamos avançar com o auxílio de uma teoria de direitos fundamentais ecologicamente sensível, a fim de que pudéssemos selecionar os programas condicionais capazes de reproduzir três problemas fundamentais. Primeiro, a insustentabilidade do sistema público de saúde em decorrência dos déficits de financiamento e os mecanismos que permitiram a concretização das decisões que já foram tomadas a esse respeito e os caminhos para que o sistema considere inconstitucional o congelamento do teto de gastos. Segundo, o modo como o sistema poderia aferir situações subjetivas, sem, com isso, violar a isonomia inerente ao tratamento jurídico da saúde. Terceiro, os parâmetros nos quais a jurisprudência deveria estar assentada a fim de que a judicialização da saúde se tornasse previsível, ainda que aberta ao diálogo com o sistema da saúde.

É importante ressaltar que muitas coisas são ditas nesses três âmbitos, ainda que não esteja orientada por uma análise ecológica ou, pelo menos, autocompreendida como tal. O problema da sustentabilidade já conta, como vimos, com ações judiciais e liminares deferidas no âmbito do STF envolvendo recursos orçamentários, não obstante encontrem dificuldades quanto a efeitos financeiros concretos. O problema da desigualdade criada pela execução de gastos intraorçamentários foi enfrentado no último julgamento da ADI n. 5.595 (BRASIL, 2017a), embora ainda não se saiba como será retratado na tese do Tema n. 6 de repercussão geral (BRASIL, 2020a), muito menos como será compatibilizado com as razões que fundamentaram o voto do relator. No quesito segurança, o Conselho

Nacional de Justiça tem feito um trabalho importante, e os Núcleos de Apoio Técnico (NAT) devem ser observados como organizações de acoplamento capazes de promover observações ecológicas da relação direito e saúde, e, ao mesmo tempo, contribuir para parâmetros de segurança adequados para uma complexidade inadequada à clássica ideia de adjudicação. Nesse sentido, propostas de mediação interinstitucionais que contem com a participação da comunidade merecem destaque (MACHADO; MARTINI, 2018). De todo modo, o desdobramento desses problemas não poderá ser aqui aprofundado.

Conclusão: Um excurso sobre os impactos ecológicos da Covid-19 no sistema jurídico

O presente texto já estava em fase de revisão ortográfica quando o debate sobre a pandemia provocada pelo vírus Sars-CoV-2 e as possíveis consequências da disseminação da Covid-19 para o sistema de saúde surgiu no Brasil. Ainda que uma análise ecológica do direito fundamental à saúde jamais pudesse ignorar a relevância da pandemia e de suas implicações jurídicas, não nos pareceu razoável avançar nas pesquisas, modificar o foco e reescrever o texto. Abortá-lo também não nos pareceu adequado, uma vez que a chegada da pandemia, embora traga debates sobre sustentabilidade do sistema, assimetrias nas prestações do sistema e insegurança nos parâmetros normativos, não elimina o fato de que a normalidade operacional continuará afetada. Entendemos, portanto, mais adequado elaborar um pequeno excurso sobre o tema à guisa de conclusão, mantendo o compromisso de dirigir as pesquisas, a partir de então, para a realidade da pandemia.

Uma análise ecológica sobre os impactos da Covid-19 no sistema jurídico traz desafios nos três eixos estruturantes (sustentabilidade, isonomia e segurança), mas torna mais claras algumas questões. No eixo

da sustentabilidade, surgem problemas relacionados à dificuldade de respeitar os limites categóricos de proteção à vida e à saúde dos indivíduos contaminados que dependerão de atendimento médico e hospitalar, um conjunto mínimo de prestações necessárias a tais limites e as colisões que essas intervenções protetivas provocam em outros sistemas indiretamente afetados. São problemas ligados à sustentabilidade: o número de leitos de unidade de terapia intensiva (UTI), a existência de respiradores e equipe de profissionais necessários à pandemia, a eficiência das políticas de isolamento e a falaciosa ou eventual afetação referente à sustentabilidade do sistema econômico e às liberdades individuais decorrentes do respeito a esses limites de proteção.

No eixo da isonomia, encontramos o problema da inclusão generalizada dos indivíduos nas diferentes prestações efetivamente ofertadas. Considerando que a igualdade complexa processada no sistema jurídico obedece a diferentes critérios distributivos, diferentes esferas de fundamentalidade demandam do direito diferentes parâmetros isonômicos. Na esfera da saúde, quaisquer que sejam as possibilidades de tratamento dos indivíduos acometidos da Covid-19, mesmo que as políticas públicas não possam se afastar de uma dimensão utilitária, deverá ser observada a distribuição isonômica das prestações de saúde conforme as necessidades de cada um. Até que ponto o sistema público de saúde será capaz de manter os níveis de atendimento dos serviços de saúde privados? Até que ponto médicos e empregados responsáveis pela limpeza do hospital estariam sendo protegidos, igualmente, dos riscos ambientais? Até que ponto diferenças econômicas ou qualquer outra diferença legítima em outras esferas significam, na saúde, viver ou morrer em meio a essa pandemia?

O eixo da segurança traz problemas relacionados à conformidade jurídica da tomada de decisões tanto judiciais quanto administrativas. Uma pandemia desafia essa conformidade, seja porque o direito tende a ver nas

situações excepcionais a excepcionalidade do próprio Estado de direito, seja porque se potencializa o risco das decisões em face da indeterminação dos pressupostos que envolvem a conformidade e, conseqüentemente, aumenta-se o perigo para os destinatários dessas decisões. Todavia, não conseguiremos imaginar como seria possível manter operações do sistema jurídico e político-administrativo em “estado” democrático se insistirmos na ideia de que a conformidade jurídica ou a vinculação administrativa representa uma adequação semântica entre textos normativos e os fatos que elas descrevem. O problema da segurança do direito precisa ser encarado no horizonte pragmático-sistêmico. Conforme sustentamos em outra oportunidade, o “estado” democrático do direito exige legitimidade política na sua reprodução criativa, autonomia perante os outros sistemas e manutenção da integridade de seus direitos fundamentais.

Por fim, convém lembrar que, do mesmo modo que a pandemia demanda novos programas e orçamento para a saúde, revela também as características “pandêmicas” dos momentos de “normalidade”. A assimetria entre subincluídos e sobreincluídos no sistema de saúde faz parte do cotidiano periférico da sociedade mundial. Boa parte do medo causado pelo perigo de uma pandemia está, no fundo, na possibilidade concreta de que sobreincluídos se vejam diante da falta de prestação na saúde. Aqueles que morrem em decorrência de doenças tratáveis ou de complicações decorrentes de sua subnutrição não são, apenas, um número em uma pequena taxa estatística. Quem morre, morre em 100% de si mesmo. A propósito, o debate sobre a escassez de recursos e o silêncio eloquente do sistema jurídico e suas organizações judiciárias não se deram em um horizonte alheio a realidades epidêmicas. Seja pelo risco concreto de pandemias, seja pelas epidemias já presentes no nosso cotidiano, a exemplo daquelas disseminadas pelo *Aedes aegypti*, sempre tivemos motivos de sobra para fazer valer o tratamento financeiro-constitucional da saúde,

acusar sua insustentabilidade e perceber que a lógica mercatória jamais será capaz de universalizar suas prestações. A vida pandêmica imita a *Arzt*.

Referências

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, M. da C. de. Método complexo e desafios da pesquisa. In: ALMEIDA, M. C.; CARVALHO, E. A. *Cultura e pensamento complexo*. Natal: EDUFRN, 2009. p. 97-111.

ALMEIDA FILHO, N. de. *Transdisciplinaridade e o paradigma pós-disciplinar na saúde*. [S. l.: s. n.], 2005.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão Especial sobre a Sustentabilidade Financeira do SUS e a Participação dos Entes Federados. Relatório final. Porto Alegre, 2017. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repdcp_m505/ComEspSUS/separata%20comissao%20sus%202017%202.pdf. Acesso em: 1º maio 2020.

BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16 n. 1, p. 87-111, mar./jun. 2015.

BRASIL. Agravo de Instrumento nº 232.469/RS. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 dez. 1998.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 242859/RS. Recorrido: estado do Rio Grande do Sul. Recorrente: município de Porto Alegre. Relator: ministro Ilmar Galvão. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 set. 1999a.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 244.087/RS. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 14 de setembro de 1999b.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 247.900/RS. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 20 de setembro de 1999c.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 247.352/RS. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de setembro de 1999d.

BRASIL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 2.383.280/RS. Agravado: Carlos Fernando Becker. Agravante: município de Porto Alegre. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de novembro de 1999. *Diário da Justiça*, Brasília, 18 fev. 2000a.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 264.269/RS. Recorridos: estado do Rio Grande do Sul e Teresinha Palhano. Relator: ministro Moreira Alves. Brasília, 11 de abril de 1999. *Diário da Justiça*. Brasília, 26 maio 2000b.

BRASIL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 259.508/RS. Relator: ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 8 de agosto de 2000c.

BRASIL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 271.286/RS. Relator: ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2000d.

BRASIL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 255.627/RS. Relator: ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 21 de novembro de 2000e.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 195.192. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2000. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 mar. 2000f.

BRASIL. Mandado de Injunção nº 542/SP. Relator: ministro Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 183, n. 3, p. 818-819, 28 jun. 2002a.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.538. Relator: ministro Moreira Alves. Julgada em 8 de março de 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 mar. 2002b.

BRASIL. Medida Cautelar na ADI nº 1.439/DF. Relator: ministro Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 185, n. 3, p. 794-796, 30 maio 2003.

BRASIL. Medida Cautelar na ADPF nº 45/DF. Relator: ministro Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 200, n. 3, p. 191-197, 4 maio 2004.

BRASIL. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91. Relatora: ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 5 mar. 2007.

BRASIL. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE. Relator: ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010.

BRASIL. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 607.385. Relator: ministra Carmen Lucia. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º ago. 2011.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 16. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 abr. 2012.

BRASIL. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências*. Brasília: Conselho Nacional de Saúde, 2015a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/4292ed5b6a888bdcac178d51740f4066.pdf>. Acesso em: 1º maio 2020.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 5 de março de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 16 mar. 2015b.

BRASIL. Relatório de Auditoria Operacional: judicialização da Saúde no Brasil. Brasília, 30 set. 2016a. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/Relatorios/RELAT%0D3RIO%20DE%20AUDITORIA%20OPERACIONAL%20no%20Brasil%20e%20RS.pdf. Acesso em: 1º maio 2020.

BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição nº 83/2016 MF MPDG. Altera a ADCT arts. 203 e 239. Brasília, 2016b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7B538A119717C3133FF151CD275B3B14.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=Tramitacao-PEC+241/2016. Acesso em: 1º maio 2020.

BRASIL. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 5.595/DF. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 31 ago. 2017a.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.633. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 3 de agosto de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 ago. 2017b.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.734. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 10 de agosto de 2017. Brasília, 2017c.

BRASIL. Ação Cível Originária nº 2.075/PI. Relator: ministro Dias Toffoli. Julgada em 27 de abril de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 103, 28 maio 2018.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.059. Relator: ministro Alexandre de Moraes. Julgada em 27 de setembro de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 out. 2019a.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.897. Relator: ministro Luiz Fux. Julgada em 24 de abril de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2 ago. 2019b.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de março de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 59, 16 mar. 2020a.

BRASIL. Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS. Supremo Tribunal Federal, 11 mar 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>. Acesso em: 5 maio 2020.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.643. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 9 de março de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 mar. 2020c.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.658. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 5 de maio de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 maio 2020d.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.680. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 5 de maio de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 maio 2020e.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.715. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 5 de maio de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 maio 2020f.

CABRERA, J. *Nas margens da filosofia da linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: UnB, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARBONEL, M. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONEL, M. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005.

CARNEIRO, W. A. Escassez, eficácia e direitos sociais: em busca de novos paradigmas. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, v. 11, p. 371-388, 2004.

CARNEIRO, W. A. A dimensão positiva dos direitos fundamentais: a ética e a técnica entre o ceticismo descompromissado e compromisso irresponsável. In: DANTAS, M. C.; CUNHA JÚNIOR, D. (org.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2009.

CARNEIRO, W. A. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARNEIRO, W. A. A cidadania tutelada e a tutela da cidadania: o deslocamento da função simbólica da constituição para a tutela jurisdicional. In: SOUZA, W. A.; CARNEIRO, W. A.; HIRSCH, F. P. de A. (org.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade econômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador: Dois de Julho, 2013, p. 131-152.

CARNEIRO, W. A. A autonomia do direito e o ponto cego de seus macromodelos teóricos. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, ano 12, n. 15, p. 169-182, jan./jun. 2014a.

CARNEIRO, W. A. Judicialização das políticas públicas: limites reflexivos e a perspectiva da decisão. *In*: RABINOVICH-BERKMAN, R. (org.). *Direitos humanos, justiça e trabalho*: estudos em homenagem a um baiano internacional, o Prof. Dr. Wilson Alves de Souza. Salvador: Dois de Julho, 2014b.

CARNEIRO, W. A. Crise e escassez no Estado social: da constitucionalização à judicialização simbólicas. *In*: MORAIS, J. L. B. de; COPETTI NETO, A. (org.). *Estado e Constituição*: Estado social e poder econômico face a crise global. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. v. 1, p. 200-220.

CARNEIRO, W. A. Fundamental rights of peripheral constitutions: a new theoretical approach and the zika virus in Brazil. *Brics Law Journal*, v. 5, p. 61-89, 2018a.

CARNEIRO, W. A. O estado do direito no Estado de direito: por uma ecologia de suas possibilidades. *In*: MORAIS, J. L. (org.). *Estado & Constituição*: o fim do Estado de direito. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018b.

CARNEIRO, W. A. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas no horizonte do fluxo de sentidos de uma sociedade complexa e global. *Revista Direito Mackenzie*, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018c.

CARNEIRO, W. A. Teorias ecológicas do direito: por uma reconstrução crítica das teorias do direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. No prelo.

EMENDA Constitucional 95/2016 não fere a Carta Magna nem esvazia direitos fundamentais, opina PGR. MPF, 13 nov. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/emenda-constitucional-95-2016-nao-fere-a-carta-magna-nem-esvazia-direitos-fundamentais-opina-pgr>. Acesso em: 17 jul. 2020.

FEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS E HOSPITAIS BENEFICENTES, RELIGIOSOS E FILANTRÓPICOS DO RS. Dívidas do RS: estado regulariza repasses à saúde, mas há

desafios a superar. Porto Alegre, 26 fev. 2020. Disponível em: <https://federacaors.org.br/imprensa/dividas-do-rs-estado-regulariza-repasses-a-saude-mas-ha-desafios-a-superar/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

FERRAZ, O. L. M.; VIEIRA, F. S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223- 251, mar. 2009. Disponível em: <http://ref.scielo.org/vwpq5p>. Acesso em: 17 jul. 2020.

FINATTI, D. B.; VECHINI, P. G. O perfil dos gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no município de Campinas. In: CONGRESSO DE SECRETÁRIOS MUNICIPAIS DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO, 24, 2009, Campinas. Anais [...]. Campinas, 2009. Disponível em: http://www.saude.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencaobasica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

HÄBERLE, P. *Die Verfassung des Pluralismus*: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Königstein, Taunus: Athenäum-Verl., 1980.

HEIDEGGER, M. *Los problemas fundamentales de la fenomenología*. Madrid: Trotta, 2000.

HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005.

HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Karlsruhe: Müller, 1967.

ÍNDICE de Desenvolvimento Humano – IDH e IDHM: o IDHM do RS evoluiu de 0,542 em 1991 para 0,746 em 2010. Atlas Socioeconômico, Porto Alegre, 13 fev. 2020. Disponível em: <https://atlassocioeconomico.rs.gov.br/indice-de-desenvolvimento-humano-idh-e-idhm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

KRELL, A. J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LEITE, G. S. L. *et al.* (coord.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!* Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016.

LIMA, F. R. de S. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 691-717, dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300691&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 17 jul. 2020.

LUHMANN, N. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero-Americana, 2005.

LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2006.

MACHADO, C.; MARTINI, S. R. *Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema*. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 4, p. 774-796, 2018.

MEDEIROS, M.; DINIZ, D.; SCHWARTZ, I. V. D. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 1079-1088, abr. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000400022&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 17 jul. 2020.

MORIN, E. *O método I: a natureza da natureza*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1987.

MORIN, E. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005a.

MORIN, E. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2005b.

MORIN, E. *O método 3: conhecimento do conhecimento*. Lisboa: Europa-América, 2008.

- MÜLLER, F. *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation.* Berlin: Duncker & Humblot, 1966.
- NEVES, M. *A constitucionalização simbólica.* 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- NUNES, Carlos Francisco Oliveira; RAMOS JUNIOR, Alberto Novaes. Judicialização do direito à saúde na região Nordeste, Brasil: dimensões e desafios. *Cad. saúde colet.*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 192-199, Junho de 2016.
- OLIVEIRA, F. L. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social*, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 105-133, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-20702016000100105&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 jul. 2020.
- PAIM, P. Os passos do SUS: do apogeu à falência. A judicialização da saúde. In: SANTOS, A. de O.; LOPES, L. T. (org.). *Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde.* Brasília: Conass, 2018.
- PIMENTA, P. R. L. *A eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.* São Paulo: Malheiros, 1999.
- PNUD BRASIL. Ranking IDHM Unidades da Federação 2010. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idho/rankings/idhm-uf-2010.html>. Acesso em: 30 abr. 2020.
- REISSINGER, S. *Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988.* 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.
- RIO GRANDE DO SUL. Emenda Constitucional nº 25, de 9 de julho de 1999. *Diário Oficial do Estado*, n. 132, 9 jul. 1999. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/EC%02089-25.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. *Prestando contas*: sumário do parecer prévio sobre as contas da governadora do estado. Exercício 2009. Porto Alegre: TCE-RS, 2010. 48 p. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/manuais/Revista_Parecer_previo.pdf. Acesso em: 1º maio 2020.

RIO GRANDE DO SUL. *Prestando contas*: sumário do parecer prévio sobre as contas do governador do estado. Exercício 2015. Porto Alegre: TCE-RS, 2016. 76 p. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_estaduais/contas_governador/pp_simplificado_2015.pdf. Acesso em: 1º maio 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria discute com gestores municipais a judicialização da saúde: reorganização administrativa ajudou a reduzir o número de pacientes judiciais em atendimento. Secretaria da Saúde, 9 mar. 2017. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/secretaria-discute-com-gestores-municipais-a-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 1º maio 2020.

RIO GRANDE DO SUL. *Prestando contas*: sumário do parecer prévio sobre as contas do governador do estado. Exercício 2017. Porto Alegre: TCE-RS, 2018. 72 p. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_estaduais/contas_governador/Parecerzinho_2017.pdf. Acesso em: 1º maio 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Consulta a receitas e gastos públicos: saiba de onde vem e onde é investido o dinheiro para atender as necessidades coletivas da população gaúcha. Disponível em: <http://www.transparencia.rs.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Transparencia.qvw&host=QVS%40appproo3&anonymous=true>. Acesso em: 1º maio 2020a.

RIO GRANDE DO SUL. Relatório e parecer prévio sobre as contas do governador do Estado. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_estaduais/contas_governador. Acesso em: 1º maio 2020b.

SCHWARTZ, G. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- SILVA, A. V. *Direito fundamental à saúde e a resposta correta: os limites da responsabilidade dos municípios em pleitos de alta complexidade*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015.
- SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, V. A. da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SIMIONI, R. L. *Direito ambiental e sustentabilidade*. São Paulo: Juruá, 2006.
- SMEND, R. *Verfassung und Verfassungsrecht*. München, Leipzig: Duncker & Humblot, 1928.
- STRECK, L. L. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TEUBNER, G. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- THIOLLENT, M. *Metodologia da pesquisa-ação*. São Paulo: Editora Cortez, 1985.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Rethinking Luhmann and the socio-legal research: an empirical agenda for the social systems theory? Disponível em: <https://empiricalsystemstheory.blogspot.com/>. Acesso em: 7 maio 2020.
- VIEHWEG, T. *Topik und Jurisprudenz*. München: Beck, 1953.

Parte III

Direito à saúde e ao saneamento básico

O conhecimento interdisciplinar e o espaço jurídico entre o direito à saúde e o direito ao saneamento básico

*Têmis Limberger
Márcin M. Szinvelski*

1 Introdução

*“[...] um saber em migalhas revela uma inteligência esfacelada”
(JAPIASSU, 2016, p.5).*

Assim como a noção de fragmentação do conhecimento e suas possíveis consequências, trazida por Japiassu, o antigo adágio atribuído ao Justice Oliver Holmes, de que *aquele que apenas sabe Direito, nada sabe sobre Direito*, possui significado relevante nos debates acadêmicos contemporâneos. Citá-lo não implica assumir uma postura que remeta ao realismo jurídico, mas, ao revés, à possibilidade de retomar o senso que procura alertar estudantes e profissionais sobre a necessidade de abertura ao extrajurídico e à cultura ou, no mínimo, a novas perspectivas de percepção da realidade. As peculiaridades de uma sociedade contemporânea que experimenta inúmeras mudanças, muitas das quais vinculadas ao incremento da tecnologia e as transformações ou mutações do jurídico, oferece subsídios para o pensamento interdisciplinar, este que se apresenta como paralelo da especialização e acumulação do conhecimento, da miniaturização do escopo de pesquisa e de trabalho. Destaca Vasconcelos (2004, p.48) que a interdisciplinaridade assume importância como estratégia que permite a contraposição de formulações, internas e externas de determinado grupo disciplinar, aspecto que deve ser explorado.

Conhecer a realidade antes de pensar seus problemas ou, como dizia Paulo Freire (1997, p.11), “a leitura do mundo precede a leitura da palavra” é o primeiro passo de uma postura interdisciplinar. Permite, diferentemente daquele pensamento setorizado e fragmentado, entender e resolver problemas de elevada complexidade, sem descurar da dimensão do «todo». Por isso, a interdisciplinaridade não deve ser tratada como «chavão». Muito menos confundida com a terminologia referente a «multi», «pluri» e «transdisciplinaridade». A interdisciplinaridade aproxima-se da integração entre disciplinas, vinculando-se com o entendimento de ser o “modo de pesquisa que integra conceitos, metodologias ou perspectivas de duas ou mais disciplinas” (NATIONAL ACADEMIES, 2005). É contra a complexidade que o pensamento interdisciplinar emprega suas forças.

Busca-se, com base em uma perspectiva exploratória, refletir sobre o que significa pensar interdisciplinarmente no mundo contemporâneo, de modo a descrever a utilidade cultural dessa postura na construção do conhecimento. Em seguida, se abordará qual a relação entre direito à saúde e saneamento básico e em que medida é possível se pensar interdisciplinarmente em saídas que levem não à judicialização da saúde, mas a uma atuação preventiva do poder público na efetividade do direito à saúde e do direito ao saneamento básico.

2 Panorama da interdisciplinaridade: pensamento, crítica contemporânea e direito à saúde e ao saneamento

“O conhecimento é um co-nascimento e, por isto mesmo, é um acontecimento”.

(FLORES-GONZÁLEZ, 2008, p.50)

O termo «multidisciplinaridade», como gênero, guarda relação com situações em que duas ou mais disciplinas científicas estão justapostas ou próximas o suficiente para preocuparem-se ou enviesarem esforços destinados a resolver um problema idêntico, contudo sem a integração das

disciplinas envolvidas. Portanto, aqui, não há hibridismo ou nova abordagem: cada disciplina permanece responsável por dar a resposta disciplinar que o limite do conhecimento especializado proporciona. A «interdisciplinaridade» refere-se a circunstâncias em que duas ou mais disciplinas científicas são, de alguma forma, integradas ou convergem durante o processo de resolução do problema científico¹.

A interdisciplinaridade - assim como a pluridisciplinaridade - tem como base a noção de que várias abordagens e perspectivas são aplicadas a um objeto². Em contraste, a interdisciplinaridade possui como proposta a integração entre disciplinas, uma mútua alimentação em torno de um mesmo problema de estudo. Com base nessa visão, seguindo o que sugere Random (2005), no sentido de destacar a mutabilidade da realidade em vista à alteração do observador, convém salientar que, se enxergamos a sociedade em acelerada transformação, este é o sinal que permite identificar que cabe aos juristas e profissionais do ramo promover a atualização em ritmo compatível com a mudança³.

Nesse debate, deve ser revigorada a interrelação entre *unicidade e multiplicidade do saber*, já que, nas palavras de Gatti (1995, p.16), “o saber só pode exercer-se interdisciplinarmente: o conhecimento embora

¹ Por sua vez, a «transdisciplinaridade» vincula-se a situações em que o esforço transcende a academia e envolve pessoas instituições externas. Galvani (2005) ao referir que “o afunilamento dos estudos se transformou em verdadeiro frenesi”, revela que a proposta transdisciplinar tem como objeto ou finalidade a buscar por intersecções, pontos comuns ou caminhos que perpassam todas as disciplinas envolvidas no diálogo. Explica o autor que “etimologicamente, o sufixo *trans-* significa aquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de toda disciplina, remetendo à ideia de transcendência”.

² A interdisciplinaridade supera o modelo mecanicista relativo à decomposição sucessiva do objeto de estudo em partes menores, proposta que implicava no distanciamento de uma visão de conjunto (WRIGHT; VILLE, 2017).

³ Salienta Avelãs Nunes (2017) que “[n]um mundo caracterizado pela evolução acelerada das descobertas científicas e pela rapidez vertiginosa da sua aplicação nas atividades produtivas, os ‘técnicos’ demasiado ‘especializados’ de pressão se transformariam em ‘peças de museu’, com grandes dificuldades em compreender o que se passa à sua volta, em acompanhar o ritmo da vida moderna e em corresponder às exigências do mercado de trabalho. Nestas condições, impõe-se uma visão culturalista e humanista do ensino universitário, que o torne capaz de produzir licenciados dotados de uma preparação científica e cultural de alto nível, que lhes permita a fácil adaptação à permanente e intensa transformação do mundo em que se inserem, a compreensão do sentido profundo dessa transformação e a capacidade de intervenção no respetivo processo, para que o mundo dos homens possa ser um mundo digno do Homem”.

mediado pela ação de indivíduos só adquire sentido no cenário mais amplo do cultural”. Dessa vista, a interpretação monolítica da realidade, com base apenas em determinado campo de conhecimento, torna a produção científica menos rica e colorida culturalmente, menos fértil à inovação, e o trabalho dos profissionais, possivelmente, longe da realidade. Por isso, as discussões acadêmicas começaram a incluir, de um modo mais vigoroso, abordagens que levam a interdisciplinaridade à sério. É o que alerta Pena-veja (2008, p. 18), pesquisador do *Centre d’Études Transculturales*:

No momento em que se assiste a novas formas de produção, de organização e de transmissão do conhecimento, o ‘regime disciplinar’ arrisca se esclerosar ou, como se diz atualmente, apresenta possibilidades de colapso (*collapse of disciplinary*). Em face dos embates científicos, observa-se, ainda que de maneira tímida, uma abertura para as abordagens interdisciplinares e até mesmo a emergência (ainda em gestação) de um paradigma da transdisciplinaridade.

Não significa, todavia, que o pensamento analítico deve ser desprezado. Quanto melhores forem as habilidades desenvolvidas por meio do estudo setorizado, maiores serão as potencialidades de um estudo interdisciplinar, já que as interações interdisciplinares terão melhor qualidade. Arguello (1995, p.30), nesse sentido, destaca que a arte de resolver problemas apresenta-se associada à separação e resolução de problemas de cada parte individualmente, de modo que “[...] conhecendo cada problema pequeno eu me capacito para enfrentar o problema maior”. Eis, portanto, o elo entre o saber disciplinar e as potencialidades de integração entre disciplinas.

No campo da educação, a interdisciplinaridade é conhecida por ativar a criatividade. Song (2017, p.70-72), da perspectiva da Coreia do Sul, afirma que uma das dificuldades na implementação da interdisciplinaridade para professores e estudantes está em formular um problema

interdisciplinar relevante que contemple as disciplinas envolvidas, porquanto demanda um amplo conhecimento dos proponentes. Isso implica, por sua vez, não sacrificar a educação ou o conhecimento associado a determinada disciplina, mas projetar um problema que vise integrar os campos de análise. Salienta, dessa forma, que se o projeto da atividade for bem estruturado em termos de interdisciplinaridade, também será possível medir, de maneira clara, o sucesso da convergência de cada disciplina para o objetivo proposto.

Nessa linha, Michetti (2016, p.411) relembra que nos Estados Unidos⁴ há investimento pesado em programas de estudos interdisciplinares no âmbito dos cursos universitários, de modo que se “[...] genera un’offerta formativa che a sua volta produce schiere di professionisti e ricercatori che, educati al modello interdisciplinare, promuovono nuove iniziative fondate su tale modello, continuando così ad alimentare e orientare il mercato della ricerca scientifica”. Não muito longe, Demo (1997, p. 12) destaca que a transformação educacional, do ensino básico à pós-graduação, é medida essencial em países de capitalismo atrasado, uma vez que “[...] a economia moderna competitiva depende sobremaneira da educação de qualidade”, além de incrementar a produção do conhecimento que guarda relação com a ideia de *saber para poder*⁵: poder viver economicamente, por meio do consumo; socialmente, em vista da ampliação da participação cidadã; e individualmente, alimentando o desejo de saber e experimentar viver.

⁴ O autor traz os exemplos das universidades de Stanford, Princeton e Duke. Os links para consulta estão disponíveis nas referências.

⁵ É nesse sentido que alerta Japiassu (1977, p.3), “[n]ão tenhamos ilusão: a ciência hoje possui dois pólos: o saber e o poder. O saber pelo saber está na base do desenvolvimento da ciência. Mas hoje em dia a ciência desempenha um papel tão importante no desenvolvimento das forças produtivas, que há uma predominância incontestável do *saber para poder*. A pesquisa científica e técnica comanda diretamente o desenvolvimento econômico”.

2.1 Pensar jurídica e interdisciplinarmente?

“O senso comum não é científico porque aceita sem discutir”

(DEMO, 1997, p.17)

No âmbito da perspectiva da educação jurídica, a relação entre direito e meio ambiente (ou com a ecologia) apresenta-se como principal exemplo de aplicação prático-interdisciplinar, além dos estudos que vinculam direito e saúde pública. Nesse sentido, podemos estabelecer a *relação cíclica* entre a saúde pública, o saneamento básico e o meio ambiente. Não é para menos: o mundo tem apresentado uma série de transformações como efeito das degradações ambientais. A preocupação mundial sobre as providências a serem tomadas, por outro lado, sugere um reposicionamento do homem no mundo⁶: não como explorador, mas como *ser no cosmos*, no sentido de pertencimento e de responsabilidade com a natureza. Como corolário, tem-se a remodelação do trabalho intelectual, não apenas pelas novas possibilidades econômicas e tecnológicas, mas pela amplificação dos estudos comparados e da hibridização do conhecimento, já que as questões científicas acompanham a sociedade complexa. Nesse sentido, a ciência é também uma postura, ética e técnica⁷, conforme afirma Nogueira (1995, p.95).

Pensar a sociedade contemporânea remete, por outro lado, a refletir sobre as possibilidades da interdisciplinaridade na relação entre Direito –

⁶ D'Ambrosio (2001, p. 82) sustenta que “somente através da redefinição do eu é que estaremos em condição de redefinir nossas relações com o outro. A partir de então estarão abertas as portas de um novo relacionamento com o diferente, com a natureza e com o cosmos na sua totalidade”.

⁷ Nesse sentido, convém notar o pensamento de Demo (1997, p. 58), que afirma que “[...] a atividade de construir conhecimento precisa preocupar-se com a de socialização, também por uma razão hermenêutica vital: conhecemos a partir do conhecido”. Portanto, estar bem informado em termos tecnológicos, culturais e econômicos é uma atividade própria e básica da produção do conhecimento. Nos damos conta, aos poucos, de que ser humano é ser, também, interdisciplinar.

ou novos direitos – e tecnologia⁸. Anota D’Ambrosio (2001, p. 147) que as novas tecnologias “(...) recuperaram a importância do indivíduo crítico, criativo e livre”. A razão da advertência advém da ideia de que, por muito tempo, o controle social foi desempenhado pela escola, pelo governo ou pela mídia, o que não se evidencia com clareza na atualidade. Silveira (2018) expõe uma importante mutação promovida pela implementação progressiva de algoritmos com capacidade de influenciar, sub-repticiamente, a vontade de indivíduos e interferir em escolhas de consumo e políticas, além de orientar padrões de conduta. Para além disso, o pensamento crítico envolve reconhecer a necessidade de progresso com a o reconhecimento do limite e do impacto. Nesse sentido, Piñar Mañas (2017) é esclarecedor no sentido de questionar quem de fato controla o quê: a tecnologia controla o homem ou o homem a tecnologia? É nesse particular que as formulações externas e internas devem dialogar, construtivamente, no estabelecimento de interações disciplinares, tendo como base o viés da precedência do ser humano.

Da perspectiva do direito público, conforme sustentado por Grossi (2006, p. 4), a crença no mito da lei como fator de comando, de poder e de estabilização social começa a perder fôlego pela velocidade imposta pela sociedade contemporânea, que, para o autor, demanda uma reumanização. Dessa forma, como poderíamos pensar a postura interdisciplinar na aplicação do Direito? Eis que a pergunta nos remete à abertura democrática, período de discussão frontal e aberta *no* e com *o* Direito.

Uma primeira resposta remeteria, inevitavelmente, ao processo que passa por uma adequação do ensino jurídico, em busca da ultrapassagem

⁸ Há vinte anos, Virilio (1999, p.24) já antecipava que “[...] se, outrora, com o binóculo buscava-se observar a linha do horizonte o que surgia de inesperado, atualmente deseja-se perceber o que se passa nos antípodas, na superfície oculta do planeta”. A tecnologia permitiu o descobrimento de territórios não trilhados, inimaginados, gerando uma nova demanda: direitos próprios de uma era tecnologizada, o que tem se acentuado nos últimos anos.

de uma abordagem meramente dogmática ou centrada na norma em detrimento do que ocorre na sociedade. Não existe um Direito distante ou sem Política, Economia ou Educação. Há uma mútua convivência entre cada ramo, respeitando a autonomia disciplinar e suas peculiaridades. No entanto, em vista da expressão do ambiente tecnológico, uma segunda hipótese de resposta surge, por meio da indagação relativa às possibilidades de a tecnologia orientar a produção normativa e a adoção de melhores escolhas públicas. Salienta Castro (2017, p. 39-40) que o Brasil registra uma carência de pesquisas quantitativas e, em contrapartida, uma excessiva judicialização das políticas públicas. O diagnóstico fundamentado para reformas ou melhorias nos sistemas e nas instituições fica, dessa perspectiva, em segundo plano, cedendo para a condução retórica ou ideológica de reformas estruturais. A utilização de informações presentes em bancos de dados estruturados ou não-estruturados revela-se como medida que permite o diálogo entre a positividade dos direitos e os caminhos possíveis de interpretação e concretização de direitos fundamentais, como é o caso da saúde e do saneamento básico.

Por esse motivo, podemos estabelecer a *relação cíclica* entre a saúde pública, o saneamento básico e o meio ambiente. O Marco do Saneamento Básico (SENADO, 2020) coloca em relação a (i) elaboração de planos de saneamento básico, que influenciarão nos processos licitatórios relativos à concessão ou em investimentos diretos; (ii) o cumprimento das metas e de indicadores de qualidade do serviço prestado e (iii) a efetividade dos direitos dos usuários, estes que se darão de múltipla forma. Mesmo que o debate esteja pautado na conexão entre o direito à saúde e o direito ao saneamento básico, outros direitos também influem sobre o sentido de saúde, tais como direito à proteção do meio ambiente, direito à educação, direito à moradia e o direito ao trabalho (exemplificativamente) os quais servem de *determinantes em saúde* (BUSS; PELLEGRINI FILHO, 2007).

Em outras palavras, a saúde apresenta-se conectada a inúmeros fatores sociais: uma baixa renda limita o acesso a medicamentos; uma moradia precária pode provocar consequências importantes à saúde quando relacionadas a processos de enchentes ou relativos à qualidade do ar em determinadas zonas urbanas (qualidade ambiental); uma educação deficiente pode limitar a identificação de doenças e a busca por auxílio médico. Nesse sentido, o saneamento básico é um determinante social relevante, justo porque se conecta aos demais e tende a servir como um fator de redução ou de prevenção de futuras demandas no setor de saúde, com a melhora da vida, como veremos mais abaixo.

A linha argumentativa traçada sustenta-se na visão de que o investimento em saneamento básico altera e incrementa a qualidade de vida em termos de compatibilidade com o ideal de vida humana minimamente digna. O ser humano – assumindo-se nessa argumentação certa liberdade poética – não nasceu para viver no lixo, à margem de um contexto desenvolvido, em que é possível demarcar o contraste entre os classificados (por meio da segmentação por faixas de renda) e os não-classificados, subalternos ou cidadãos de segunda-classe, porque essa perspectiva rompe com o afirmação histórica da igualdade. Em certa medida, pouco importa o prestador do serviço (público ou privado) em termos de qualidade da água ou de esgotamento sanitário, desde que o serviço seja implementado e que a realidade mostre uma evolução em termos de equilíbrio comunitário. É nesse particular que pode ser identificado o funcionamento da relação cíclica ocorre com os ajustes nas variantes, dos padrões e dos indicadores dos determinantes em saúde. Significa dizer, se há uma melhora na qualidade do serviço de saneamento prestado, pode-se inferir que doenças tradicionalmente causadas pela ausência de saneamento (viroológicas ou bacterianas) reduzirão sua incidência, por decorrência lógica; assim como o equilíbrio ambiental, especialmente pela possibilidade de tratamento de

resíduos. A melhora na saúde de crianças e adolescentes (ou uma menor preocupação com ela) pode influenciar diretamente no rendimento escolar, em razão da adequação dos níveis de salubridade no ecossistema que ela está inserida. Há, nessa relação cíclica, uma relação interdisciplinar entre ramos de atuação pública que, ao fim, integra direitos em direção ao caminho humanitário mais igual, ainda que as desigualdades não possam ser superadas no ritmo tão acentuado como o desejado. Busca-se expor, no próximo segmento, desde uma leitura interdisciplinar, o ponto de vista associado à relação entre o direito à saúde e ao saneamento básico, de modo que torna perceptível a relação entre a visão jurídica e a setorial.

2.2 A perspectiva interdisciplinar em relação ao direito à saúde e ao saneamento básico

“[...] *Da strumento di difesa il diritto si trasformava in mezzo d'aggressione*”

(RODOTÀ, 2006, p. 19)

O Direito estrutura-se de forma a atuar como antagonista da barbárie. A conceituação de direito público subjetivo traçada por Jellinek (1919, p. 86), no século XX, incorporava uma dimensão muito particular: anterior às cartas constitucionais do início do século, a construção trazia forte vinculação com o paradigma liberal, de acentuado valor individualista. Dessa forma, ainda que a noção de *status civitatis* permita entender o direito do indivíduo de exigir prestações concretas do Estado, essa noção levava em consideração as circunstâncias do tempo.

Nos tempos de amadurecimento do constitucionalismo contemporâneo, o desafio é bem outro, em específico no caso da saúde. Sarlet (2008, p. 152) nota que a compatibilização entre a dimensão individual e coletiva do direito saúde é um desafio, porquanto os contornos previstos na Constituição da República estruturam o sistema de saúde com vistas a atender milhões de demandantes que pleiteiam a um direito público subjetivo à

saúde e, em decorrência, a políticas públicas que a promovam, a protejam e a recuperem.

A dimensão da efetividade, por vezes, é colocada em “xeque” por conta do grande volume de solicitações de medicamentos e procedimentos clínicos. Em decorrência, corre-se o risco de *banalizar-se o sofrimento alheio*, tratando-se o paciente como mais um no meio de muitos outros, parafraseando-se o que afirmou Arendt (1999, p. 274). Em outros termos, banaliza-se todo o percurso do cidadão em busca de tratamento médico em sede administrativa o que, como resultado, desencadeia, quase como escolha forçada, a procura pela resolução judicial⁹.

Essa postura tende a mudar: os direitos sociais estão a reclamar um redirecionamento interpretativo, no sentido de não se negar a cada cidadão o suprimento de suas demandas individuais, desde que haja o respeito à política pública formulada no sentido macro. Vale dizer, a omissão dos serviços não pode ser resolvida por uma atitude isolada, mas demanda atuação conjunta de diversos órgãos das instituições públicas, uma excelente oportunidade empírica de ver-se a interdisciplinaridade atuando¹⁰.

O Sistema de Saúde brasileiro foi pensado e estruturado sobre vários princípios, a partir do que dispôs a Constituição da República vigente. Abandonou-se o modelo que permitia o acesso à saúde apenas aos

⁹ Segundo dados colhidos em parceria entre Conselho Nacional de Justiça e Insuper publicada em 2019, o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. O gasto total em saúde com demandas judiciais, apenas na União, atingiu R\$ 1,6 bilhão em 2016 (CNJ, 2019). A tensão entre os poderes se tornou relevante, ante todo esse processo de previsão orçamentária, execução administrativa e judicialização das demandas. Logo após a promulgação do texto constitucional, aos artigos 5.º e 6.º era dispensada interpretação dissociada das previsões orçamentárias e ao percentual de investimento de cada um dos entes da federação. Nesse sentido, é oportuna e trágica a passagem de Aaron e Schwartz (2001, p.136), sobre o que se sucedeu na década de noventa: “[...] questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável”.

¹⁰ Nessa linha de raciocínio, conforme sustenta Krell (2002, p.42), deve-se atentar para não cair no descrédito jurídico, ante ao risco de os direitos sociais se converterem em promessas vazias do Estado. O texto constitucional deve ter respaldo na realidade fático-social para que seja efetivo, sob pena de gerar a “frustração constitucional” (*Verfassungsenttäuschung*), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como um todo (SARAIVA, 1983, p.63).

contribuintes do antigo sistema previdenciário ou ao trabalhador formalmente vinculado à determinado empregador. A mudança consistente na compreensão de saúde pública esteve atrelada a compreendê-la por meio das características de universalidade, integralidade¹¹ e isonomia, estabelecendo-se a saúde como direito de todos e dever do Estado. Para além disso, previu-se um regime de responsabilização dos três entes da federação com os investimentos que lhe são correspondentes, bem como o fornecimento dos medicamentos dentro de suas atribuições (aos municípios a farmácia básica, aos Estados os medicamentos excepcionais e à União os medicamentos estratégicos). Assim, soa como relevante a busca de soluções para que o sistema se aperfeiçoe e para que não se estratifiquem os problemas já existentes. Nesse sentido, o caráter preventivo ganhou profundo destaque.

Com esse olhar – que se vincula com a dimensão preventiva da saúde, relacionando-a com a qualidade do saneamento básico disponível – surge uma possibilidade de análise do direito à saúde fora do quadro da judicialização. Veja-se a expressividade dos números: cerca de 100 milhões de brasileiros não dispõem de esgoto tratado. Em cinco anos, doenças por falta de saneamento custarão 1 bilhão ao Sistema Único de Saúde, tendo em conta a subestimação dos efeitos do fornecimento da água não tratada à população. Cada ano, pelo menos R\$ 217 milhões são gastos em internações e procedimentos ambulatoriais: apenas em 2018, 487 mil internações e 533 mil procedimentos ambulatoriais foram registradas (CNJ, 2019). Os

¹¹ Há se ter em conta, todavia, que a integralidade do tratamento não significa totalidade. No caso dos medicamentos, convém informar que matéria possui conteúdo polêmico. O questionamento gira em torno da busca por soluções para demandas que envolvam medicamentos não previstos na lista do SUS. Deve ser entendida no contexto de integralidade, que é explicitado pelo art.7º da Lei nº 8.080/90, que conceitua assistência como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema. Nenhum país do mundo, por mais rico que o seja, tem condições de suportar tratamentos médicos ou fornecimento de indistintos medicamentos sem planejamento ou sem previsão em política pública, considerando o avanço da medicina nos dias atuais e a longevidade das pessoas. Por isto, a necessidade de um olhar preventivo em detrimento do curativo, apenas, impõe-se.

dados são indicativos de que a falha no investimento preventivo resulta em custos de *ordem curativa*, possivelmente de valor mais elevado e com efeitos meramente individuais. Em outros termos, o investimento em saneamento básico estaria orientado por uma lógica macro, como política pública de efeitos coletivos e individuais satisfatórios, enquanto que os tratamentos decorrentes da insalubridade resultante da falta de investimento, efeitos exclusivamente individuais.

Atualmente, segundo apuração realizada pela Folha de São Paulo, seriam necessários cerca de 600 bilhões de reais para universalizar o saneamento básico no Brasil. Significa dizer que, mesmo com a privatização do setor, o que poderia totalizar cerca de 140 bilhões reais e contratos que obrigassem o setor privado a investir no setor, os valores seriam inferiores à necessidade (FOLHA, 2019). Nessa matéria jornalística, a entrevista do engenheiro Léo Heller, que é relator especial da ONU para os direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário, revela que o saneamento básico se mostra como fator inerente aos processos de desigualdade no país, isto é, como determinante social de exclusão:

Se quiser entender a desigualdade no Brasil, basta olhar para o saneamento. É o melhor retrato de como o Brasil é desigual. Uma pesquisa recente comparou dois perfis populacionais. O primeiro é de uma pessoa que mora no Sudeste, em área urbana, branca, com alto nível de educação. E outra que mora no Nordeste, em área rural, negra e com baixo nível de educação. A chance da primeira ter acesso ao serviço em relação à segunda é cem vezes maior (FOLHA, 2019).

Note-se que pesquisa conduzida pelo Instituto Trata Brasil e pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), tendo 2017 como ano base, indicou que capitais da região Nordeste e Norte do Brasil estão entre as vinte piores cidades do país em matéria de saneamento, o

que acaba por confirmar o teor da entrevista concedida pelo engenheiro. Dentro do quadro da desigualdade, é sabido que as regiões citadas possuem níveis elevados de desestruturação social e de ineficácia de prestações públicas, sejam por motivos de ordem financeira ou da qualidade da gestão. Nesse sentido, a avaliação governamental é a de que, sem a participação de empresas privadas, não será possível universalizar os serviços no país e atender 90% da população com coleta e tratamento de esgoto até dezembro de 2033. A proposta de reforma do marco legal do saneamento, segundo informações do governo, permitirá dobrar os investimentos do atual nível de 0,20% do PIB para os 0,44% - aproximadamente R\$ 30 bilhões por ano. A seguir é possível notar que, anualmente, o país investe muito pouco em saneamento básico, passando longe dos bilhões/ano que o governo entende como suficientes:

<i>Ano</i>	<i>Valor investido em Saneamento básico urbano</i>
2014	R\$ 455.310.185,47
2015	R\$ 259.588.717,48
2016	R\$ 409.018.270,82
2017	R\$ 714.602.964,14
2018	R\$ 558.409.625,47
2019	R\$ 215.359.666,74

Tabela 1. Elaborado com dados obtidos no Portal da Transparência (2019)

O desafio não é irrelevante, conforme mostra o gráfico a seguir, que ilustra o percentual de tratamento de esgoto por região, indicando que o esforço orçamentário, seja público ou privado, deverá ser elevado o suficiente a fazer frente à demanda:

<i>Região</i>	<i>Percentual de tratamento de esgoto</i>
Norte	22,58%
Nordeste	34,73%
Centro-oeste	52,02%
Sudeste	50,39%
Sul	44,93%

Tabela 2. Elaborado com base nos dados disponibilizados pelo Instituto Trata Brasil (2019)

Em compensação, o gasto em saúde ambulatorial e em saúde básica ultrapassam a casa dos bilhões de reais, conforme tabela que segue:

<i>Ano</i>	<i>Valor investido em assistência hospitalar e ambulatorial</i>	<i>Valor investido em atenção básica</i>
2015	R\$ 46,21 bi	R\$ 18,34 bi
2016	R\$ 46,61 bi	R\$ 19,63 bi
2017	R\$ 48,48 bi	R\$ 16,06 bi
2018	R\$ 50,23 bi	R\$ 20,30 bi
2019	R\$ 48,81 bi	R\$ 20,77 bi

Tabela 3. Elaborado com dados obtidos no Portal da Transparência (2019)

Realizar uma leitura interdisciplinar da transformação de direitos torna-se tarefa que demanda uma certa visão contextualizada, que vincula quadro normativo, por um lado, e indicadores e estatísticas, por outro. O Objetivo de Desenvolvimento do Milênio número seis, por exemplo, diz respeito ao comprometimento em assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos (ONU, 2019). De igual modo, ilustra o quadro proposto o fato de que, no mundo, cerca de 1 bilhão de pessoas não possuem banheiro (ou local próprio equivalente), sendo que 15,5 milhões destes vivem na América Latina e países do Caribe. Em outros termos, das cerca de 82 milhões de pessoas que não dispõem de saneamento básico (conexão com a rede de esgoto e tratamento), uma parcela significativa não utiliza o banheiro. Essas informações são relevantes tendo em conta potencialidade de difusão de doenças transmitidas pelo contato de fezes humanas (e de animais) com a pele humana, a água ingerida e os alimentos consumidos. Nesse sentido, a Organização Mundial de Saúde (OPAS, 2017) indicou, no ano de 2017, que cerca de 2 bilhões de pessoas consomem água contaminada por matérias fecais, o que as expõe ao risco de contaminação por cólera, disenteria, febre tifoide e pólio. Resta clara, portanto, a relação entre saúde pública e saneamento, e a regulação existente demonstra essa vinculação. No caso da universalização do acesso ao

saneamento, há a compreensão de que a ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico deve ser levada em conta pelas políticas públicas, como um dever não só legal e constitucional, mas como compromisso internacional e cosmopolita.

De nada adianta sustentar um discurso que procure estabelecer a conexão entre interdisciplinaridade e Direito sem que os profissionais pensem de forma interdisciplinar. Em outras palavras, a possibilidade deste tipo de abordagem é, antes, uma postura em face da ciência e da produção do conhecimento, de forma que uma postura aquém ou além das capacidades conjunturais de cada campo não a retrata como possibilidade de alteração da realidade, mas uma corrupção disciplinar¹². Por isso, verifica-se a necessidade de mudança das metodologias de ensino desde a escola até à universidade à vista da abertura a novos problemas e possíveis novas soluções em políticas públicas ou respostas jurídicas.

Considerações finais

“[...] o conhecimento é uma tradução, que é seguido de uma reconstrução, e ambos os processos oferecem o risco do erro” (MORIN, 2019).

É por meio da abertura do campo de visão que se mostra possível a construção de novas respostas, antes não cogitadas, em Direito. No caso da perspectiva do direito à saúde e da relação ao saneamento básico, é possível vislumbrar, em termos de políticas públicas, vantagens de ordem preventiva no investimento na potabilidade da água e no tratamento de esgoto, já que muitas doenças estão relacionadas às dificuldades ou à precariedade de infraestrutura. Com base nessa noção, de igual forma, é

¹² Dessa forma, quando se trabalha com o direito à saúde à vista da lógica interdisciplinar deve-se levar em conta os limites do sistema de saúde e os limites interpretativos que o Direito outorga ao intérprete. Ainda que decidir sobre a saúde de determinada pessoa (ou quem deve ter acesso antes ao sistema de saúde ou ao tratamento) implique um “peso moral” ao julgador, o profissional deve estar atento às peculiaridades e aos limites de sua atuação.

possível sustentar que as ações das instituições responsáveis pelo controle social e jurídico da atuação dos responsáveis pela promoção da saúde devem estar, de algum modo, pautadas pela visão macro e pela maximização dos efeitos de determinada escolha, tendo como norte a progressiva universalização do atendimento ou cobertura e integralidade de serviços ofertados.

Além disso, a postura interdisciplinar permite o afastamento de uma visão centrada e fragmentada para outra, esta que está vinculada à visão de um cenário mais amplo. Essa perspectiva, portanto, dialoga com o que está expresso nos Objetivos do Milênio, no sentido de ser objetivo da *humanidade* viabilizar *standards* mínimos de qualidade de vida, entre os quais o saneamento. Funda-se, portanto, uma noção de responsabilidade com o outro, uma espécie de retorno à humanização das ciências, em busca da promoção de condições de igualdade. As repercussões no Direito ocorrem não apenas no plano normativo, com a incorporação de tratados e a atualização regulatória, mas também no campo prático, com o estímulo de práticas interdisciplinares por profissionais de diferentes ramos em vista de um problema comum. Portanto, o que a realidade apresenta é um desafio interdisciplinar em busca de mundo melhor e a possibilidade de múltiplas respostas, por meio do diálogo científico-interdisciplinar.

Referências:

AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B. **The Painful Prescription: rationing hospital care**. Washington: The Brookings Institution, 1981.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

ARGUELLO, Carlos. A avaliação. In: NOGUEIRA, Adriano (Org.). **Contribuições da interdisciplinaridade**: Para a ciência, para a educação, para o trabalho sindical. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

AVELÃS NUÑES, António José. Direito na Economia Política: a propósito de um livro sobre a Revolução Francesa. **Conferência no STF**. 2017.

BUSS, Paulo Marchiori; PELLEGRINI FILHO, Alberto. A saúde e seus determinantes sociais. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 77-93, abr. 2007.

GATTI, Bernardete. Prefácio. In: **O uno e o múltiplo nas relações entre as áreas do saber**. MARTINELLI, Maria Lucia; MUCHAIL, Salma Tannus; ON, Maria Lucia Rodrigues (Org.). 1ed. São Paulo: Cortez, 1995.

CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa em Direito. In: Machado, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>>. Acesso: 21 nov. 2019.

DAEGENE SONG. Mind and Machine: Interdisciplinarity. **NeuroQuantology**, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 67-72, 2017

D'AMBROSIO, Ubiratan. **Transdisciplinaridade**. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2001.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção de conhecimento**: metodologia científica no caminho de Habermas. 3ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

EXAME. **Consumo de água contaminada mata mais de 3 milhões de pessoas por ano**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/dino/consumo-de-agua-contaminada-mata-mais-de-3-milhoes-de-pessoas-por-ano-shtml/>>. Acesso em 25 nov. 2019.

- FLORES-GONZÁLEZ, Luis Manuel. Desafios antropológicos da multidisciplinaridade. Rumo a uma recuperação da subjetividade na investigação em ciências humanas. In: **Interdisciplinaridade e universidade no século XXI**. NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; PENA-VEGA, Alfredo; SILVEIRA, Márcio Antônio da (Org.). Brasília: Abaré, 2008.
- FOLHA. **Proposta de ampliar participação privada em saneamento é falaciosa, diz relator da ONU**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/10/proposta-de-ampliar-participacao-privada-em-saneamento-e-falaciosa.shtml>>. Acesso: 21 nov. 2019.
- FREIRE, Paulo. **A importância do ato de ler**: em três artigos que se completam. 34 ed. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1997.
- GALVANI, Pascal. Autoformação, uma perspectiva transpessoal, transdisciplinar e transcultural. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. São Paulo: TRIOM, 2002.
- GROSSI, Paolo. **La primera lección de derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- JAPIASSU, Hilton. As Máscaras da Ciência. **Ciência da Informação**, Rio de Janeiro, v. 6, n.1, p. 13-15, 1977.
- JAPIASSU, Hilton. O Sonho Transdisciplinar. **Desafios**, v. 3, n. 1, p. 3-9, 2016.
- JELLINEK, Georg. **System der Subjektiven öffentlichen recht**, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905, Tübingen, 1919.
- KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- MENKEN, Steph; KEESTRA, Machiel. **An Introduction to Interdisciplinary Research: Theory and Practice**. Amsterdam University Press, 2016.

MICHETTI, G. Oltre l'interdisciplinarità? **AIB Studi**, [s. l.], v. 56, n. 3, p. 409-420, 2016.

MORIN, E. Complejidad restringida y Complejidad generalizada o las complejidades de la Complejidad. **Utopia y Praxis Latinoamericana**, [s. l.], v. 12, n. 38, p. 107-119, 2007.

MORIN, Edgar. É preciso educar os educadores – Edgar Morin. **Revista Prosa, Verso e Arte**. Disponível em: <<https://www.revistaprosaversoarte.com/e-preciso-educar-os-educadores-edgar-morin/>>. Acesso em 28 nov. 2019.

NATIONAL ACADEMIES. **Facilitating Interdisciplinary Research**. Washington, DC: The National Academies Press, 2005.

NOGUEIRA, Adriano. A pedagogia: uma contribuição científica para o trabalho educativo interdisciplinar. In: NOGUEIRA, Adriano (org.). **Contribuições da interdisciplinaridade: para a ciência, para a educação, para o trabalho sindical**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). **OMS: 2,1 bilhões de pessoas não têm água potável em casa e mais do dobro não dispõem de saneamento seguro**. Disponível: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5458:oms-2-1-bilhoes-de-pessoas-nao-tem-agua-potavel-em-casa-e-mais-do-dobro-nao-dispoem-de-saneamento-seguro&Itemid=839>. Acesso 25 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento do milênio**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/tema/odm/>>. Acesso 25 nov. 2019.

PENA-VEGA, Alfredo. Para um paradigma transdisciplinar? Pensar o contexto e o complexo. In: NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; PENA-VEGA, Alfredo; SILVEIRA, Márcio Antônio da (Org.). **Interdisciplinaridade e universidade no século XXI**. Brasília: Abaré, 2008.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. Sociedad, innovación y privacidad. **Información Comercial Española, ICE: Revista de economía**, Madrid, n. 897, p.67-76, jul./ago, 2017.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Gastos em saúde**. <<http://www.portal.transparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2019>> Acesso: 21 nov. 2019.

RANDOM, Michel. Território do Olhar. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. São Paulo: TRIOM, 2002.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**: Tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo W. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, Ano 17, n. 67, jul.-set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo W. **O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do poder judiciário**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 08 jul. 2009.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 4162, de 2019**, que atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento; a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos e Saneamento Básico; a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal; a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País; a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões; e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8126502&ts=1594035607373&disposition=inline>> Acesso em: 28 de junho de 2020.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. **Democracia e os códigos invisíveis**: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas. São Paulo: SESC, 2019.

SONG, Daegene. Mind and Machine: Interdisciplinarity. **NeuroQuantology**, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 67-72, 2017. DOI 10.14704/nq.2017.15.1.993.

TRATA BRASIL. **Principais estatísticas**. <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-mundo/esgoto>> Acesso: 25 nov. 2019.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. **Complexidade e pesquisa interdisciplinar**: epistemologia e metodologia operativa. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

WRIGHT, C.; VILLE, S. Visualising the Interdisciplinary Research Field: The Life Cycle of Economic History in Australia. *Minerva: A Review of Science, Learning & Policy*, [s. l.], v. 55, n. 3, p. 321-340, 2017.

A efetivação do direito à saúde pelo saneamento básico: alternativas jurídico-regulatórias

*Vitor Soliano
Luciana Barreto Lemos*

1 Introdução

A prestação insuficiente ou inadequada do saneamento básico afeta populações vulneráveis ao redor de todo o mundo. Nas últimas décadas, embora milhões de pessoas tenham ganhado acesso a serviços de esgotamento sanitário, de acordo com levantamento da Organização Mundial de Saúde e do UNICEF, cerca de 2 bilhões de pessoas no mundo ainda carecem de acesso a serviços básicos de saneamento (WHO/UNICEF, 2019, p. 8). Atualmente, mais de mil crianças morrem de doenças que poderiam ter sido evitadas caso possuíssem uma cobertura de saneamento básico adequada (ONU, s.d.; OMS, 2014).

No Brasil, por um lado, é inegável que avanços foram feitos ao longo do tempo. Na média nacional é possível constatar melhorias no acesso à água tratada e na coleta de esgoto, na relação esgoto tratado X água consumida, no nível de desperdício que ocorre no transporte e distribuição e nos montantes investidos (CARLOS, 2017, p. 78). Por outro lado, em torno de 36% dos lares brasileiros não possuem coleta de esgoto, e 15% desses mesmos lares não possuem acesso a água encanada segura (IBGE, 2019, p. 64). Essas condições, combinadas com o despejo de lixo em locais inadequados e inundações, resultam em uma tragédia relacionada ao saneamento que leva à proliferação de doenças e epidemias e termina por acarretar uma enorme sobrecarga ao Sistema Único de Saúde – SUS.

Junta-se a tudo isso o fato de os investimentos no setor ainda serem muito aquém dos necessários para o alcance da almejada universalização.

As razões para os avanços e para as insuficiências são das mais diversas ordens: vontade política, (des)continuidade de políticas públicas, disponibilidade de recursos, utilização ou não de novas tecnologias disponíveis no setor etc. O sistema jurídico possui uma dupla dimensão de responsabilidade: de um lado, um bom marco regulatório pode ser decisivo para a melhoria da qualidade do investimento, do serviço e da universalização, na medida em que alinha interesses, cria incentivos e permite a construção de instituições; por outro, um marco regulatório ruim ou inadequadamente calibrado pode gerar todos os efeitos reversos: paralisia de investimentos, criação de inseguranças, desalinhamento de interesses e incentivos.

O presente trabalho volta-se ao estudo interdisciplinar da estruturação jurídica do setor de saneamento básico e sua íntima relação com a efetivação do direito à saúde, analisando as possibilidades de desestatização atreladas ao aprimoramento das ferramentas da regulação econômica e social, aprimoramento este altamente dependente de estudos interdisciplinares. Para tanto, o artigo foi dividido em quatro tópicos de desenvolvimento.

No primeiro tópico serão apresentados alguns conceitos fundamentais para a compreensão do tema. Saúde pública, saúde coletiva, saúde individual e saneamento básico terão seus contornos conceituais alinhados. Ademais, explora-se a íntima relação que estes temas possuem entre si com a finalidade de destacar a relevância social que o saneamento básico possui.

Na sequência, o texto se debruça sobre o papel que o sistema jurídico, mesmo não constituindo o centro da sociedade ou seu dirigente, possui na estruturação de realidades materiais. Neste sentido, constata que a

Constituição impôs o atingimento de uma variedade de finalidades ao mesmo tempo em que instituiu balizas de ação estatal. Ambos os conjuntos de normas demandam, para sua eficácia, a estruturação de meios. Estes meios (políticas públicas) podem se valer de uma miríade de instrumentos jurídicos não excludentes entre si. Ou seja, o direito está presente no estabelecimento de fins, de limites e de mecanismos para ação estatal. Encerra-se o tópico atrelando estas reflexões com o tema central do artigo.

O terceiro tópico estuda a evolução do marco jurídico do saneamento básico. Expõe-se os contornos jurídicos fundamentais e as finalidades pre-cípua do Plano Nacional de Saneamento – PLANASA (Lei Federal 5.318/1967), da Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB (Lei Federal nº 11.445/07) e do Plano Nacional de Saneamento – PLANASAB. Destrincha-se quais foram os impactos de política pública que estes diplomas tiveram, sua importância e sua deficiência. O tópico é finalizado com o apontamento de que, apesar dos avanços, o cenário empírico ainda é majoritariamente negativo.

Por fim, o quarto tópico apresenta as linhas jurídicas e teóricas fundamentais de alternativa institucional que vem sendo amplamente cogitada: as possibilidades de aumento da desestatização atrelado a um aprimoramento da regulação econômica e social. Indica-se as razões para este tipo de alternativa ser aventada e como ela deve ser estruturada. O tópico trabalha a ideia de complementariedade da regulação por contrato (*regulation by contract*) e por entidade externa à execução e gestão contratual (regulação exógena ou por agência). Encerra-se enfrentando algumas possíveis inovações trazidas pelo Projeto de Lei nº 4.162/2019 recentemente aprovado no Congresso Nacional.

2 Saneamento básico e saúde pública

A palavra saneamento quer dizer a “ação ou efeito de sanear. Limpeza, asseio, higiene”, ou ainda, o “conjunto de medidas para promover condições sanitárias mínimas para a população, em relação à rede de esgotos, de água, tratamento do lixo etc.” (MICHAELIS, 2019). De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), saneamento diz respeito a existência de equipamentos e serviços responsáveis pela gestão segura de excrementos humanos desde o vaso sanitário até locais de contenção, armazenamento e tratamento (OMS). De maneira mais simples, o saneamento básico pode ser definido como o conjunto de serviços que abarca o abastecimento de água e o esgotamento sanitário, e também os serviços de limpeza urbana, tais quais a coleta, o tratamento, a disposição de resíduos sólidos e a varrição, além do manejo de águas pluviais (MARQUES NETO, 2006, p. 3-5).

Para além dessas definições, no Brasil, o saneamento básico é um direito assegurado à população pela Constituição Federal de 1988 e, até o momento, pela Lei nº. 11.445/2007, e o não cumprimento desse direito, ou seja, a má prestação ou a ausência dos serviços de água tratada, coleta e tratamento dos esgotos, colocam em risco a saúde das pessoas, interferindo na qualidade de vida de toda a população, na expansão econômica, e no ecossistema do país.

Nesse ponto, ao abordar a questão do saneamento básico, é imprescindível que se faça, preliminarmente, a distinção entre saúde individual e coletiva, e saúde pública no Brasil. Segundo a Organização Mundial de Saúde, “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (WHO, 2019). Desse modo, é certo dizer que a saúde individual se trata da condição físico,

mental e social do indivíduo, enquanto a saúde coletiva se volta não apenas para o indivíduo, mas para toda a coletividade.

Surgido com o Sistema Único de Saúde – SUS na década de 70, advindo de um movimento sanitário de cunho social, o campo da saúde coletiva no Brasil teve suas raízes no preventivismo, na medicina social e nas ciências humanas e sociais, tendo como essência a crítica à saúde pública tradicional, na qual se incluía o “sanitarismo” (OSMO e SCHRAIBER, 2015, p. 205-210). O movimento sanitarista tinha o Estado como responsável por planejar e executar ações preventivas tais quais o saneamento, a imunização e o controle de vetores, as quais eram destinadas aos setores mais pobres da sociedade (HOCHMAN, 1998, p. 105-106).

Nesse contexto, a saúde coletiva pode ser definida como um campo científico multidisciplinar, o qual identifica variáveis de cunho social, econômico e ambiental, e de práticas intersetoriais, que investiga a produção social das doenças e os seus aspectos determinantes, com o objetivo de planejar e organizar os serviços de saúde voltados para a prevenção dessas doenças (PAIM e ALMEIDA FILHO, 1998, p.300-305).

Por sua vez, pode-se entender saúde pública como o conjunto de ações e serviços de natureza sanitária que possuem como foco a prevenção e o combate de patologias. Ou seja, é a ciência de proteger e melhorar a saúde das pessoas e de suas comunidades, trabalho o qual é realizado por profissionais de saúde pública, tais quais técnicos superiores de saúde e administradores hospitalares. Estes profissionais buscam impedir que problemas ocorram ou se repitam através da implementação de programas educacionais, recomendação de políticas, administração de serviços e realização de pesquisas. Há, aqui, um contraste com profissionais clínicos, como médicos e enfermeiros, que se concentram principalmente no tratamento de indivíduos (saúde individual) após o acometimento de doenças ou ferimentos. Portanto, é possível afirmar que a saúde pública é também

coletiva, tendo como um de seus aspectos centrais o trabalho para limitar as disparidades na saúde, promovendo a equidade, a qualidade e a acessibilidade à saúde (HOCHMAN, 1998, p.108).

Dessa maneira, o saneamento torna-se o cerne da saúde pública e o seu aprimoramento é essencial para a saúde e o bem-estar humanos. Ainda assim, apesar da fundamental importância que o saneamento tem para a saúde pública, e por mais que governos e diversos organismos internacionais venham se empenhando para garantir o acesso a esses serviços, até o presente momento a universalidade do saneamento é um desafio enfrentado pelo Brasil e pela maioria dos países ao redor do globo.

Nos últimos trinta anos, embora 2,1 bilhões de pessoas tenham ganhado acesso pelo menos a serviços básicos de saneamento, de acordo com levantamento realizado pelo “*Joint Monitoring Programme for Water Supply Sanitation and Hygiene – JMP*”, da OMS e UNICEF, 2 bilhões de pessoas ainda carecem de serviços de saneamento e cerca de 673 milhões de pessoas ainda defecam a céu aberto (WHO/UNICEF, 2019, p. 14-15). Assim, apenas 68% da população do mundo tem acesso ao saneamento básico, e apenas 39% das pessoas tem acesso ao saneamento gerenciado com segurança, o que inclui contenção, por meio de coleta e transporte seguros, tratamento e uso ou descarte final (WORLD BANK, 2018).

Por ano, em torno de 827.000 pessoas em países de baixa e média renda morrem como resultado de acesso à água, ao saneamento e à higiene inadequados, representando 60% do total de mortes diarreicas. Acredita-se que o mau saneamento seja a principal causa em cerca de 432.000 dessas mortes, uma vez que a falta ou a inadequação desse serviço são responsáveis pela ocorrência de diversas doenças infecciosas, a exemplo da disenteria, da cólera e da hepatite A (WHO, 2019). A diarreia continua sendo um grande assassino, mas é amplamente evitável. Água, saneamento e higiene melhores poderiam impedir a morte de 297.000 crianças

com menos de 5 anos por ano. A defecação a céu aberto perpetua um ciclo vicioso de doenças e pobreza. Os países nos quais a defecação a céu aberto é mais disseminada têm o maior número de mortes de crianças com menos de 5 anos, bem como os mais altos níveis de desnutrição e pobreza e grandes disparidades de riqueza (WHO, 2019).

Pesquisas da UNICEF e OMS apontam que simples intervenções nos serviços de saneamento podem reduzir em até um terço o risco de contrair diarreia, e sua adequada prestação, aliada a boa higiene e ao acesso a água potável, são fundamentais para a boa saúde e para o desenvolvimento social e econômico. Segundo cartilha da OMS, os benefícios da melhoria do saneamento vão muito além da redução do risco de diarreia, uma vez que esses também incluem:

[...] a redução da disseminação de vermes intestinais, esquistossomose e tra-
coma, doenças tropicais negligenciadas que causam sofrimento a milhões;
redução da gravidade e do impacto da desnutrição, promovendo a dignidade
e aumentando a segurança, principalmente entre mulheres e meninas; pro-
moção da frequência escolar: a frequência escolar das meninas é
particularmente impulsionada pelo fornecimento de instalações sanitárias se-
paradas; e recuperação potencial de água, energia renovável e nutrientes dos
resíduos fecais (WHO, 2019).

Neste sentido, em estudo da OMS, em 2012, concluiu-se que, para cada US\$1,00 investido em saneamento, há um retorno de US\$5,50 em custos de saúde mais baixos, mais produtividade e menos mortes pre-
maturas (WHO, 2019).

Quando se trata do Brasil, dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento e do Ministério do Desenvolvimento Regional apontam que 35 milhões de pessoas ainda não têm acesso a rede de abastecimento de água e 100 milhões de pessoas não possuem tratamento de esgoto nas

localidades onde residem, número que representa quase metade da população brasileira. Ademais, 4 milhões de brasileiros ainda defecam ao ar livre (WHO/UNICEF, 2019) e essa lacuna na prestação desse serviço leva o SUS brasileiro a gastar boa parte do orçamento com o tratamento de doenças que poderiam ser evitadas.

Ainda que não computadas na maioria das pesquisas, as doenças ligadas à prestação do saneamento de forma inadequada, ou à ausência desse serviço, são responsáveis por gerar uma enorme sobrecarga no SUS brasileiro. Conforme uma avaliação que inclui todas as despesas do país com essas doenças, o gasto do SUS por ano com internações e procedimentos ambulatoriais é de cerca de R\$ 217 milhões, sendo que mais de R\$ 1 bilhão foram gastos só nos últimos cinco anos (TRATA BRASIL, 2019).

Com o propósito de superar esses impactos negativos à saúde e ao ambiente ocasionados pela falta de acesso adequado aos serviços de saneamento, a Organização das Nações Unidas - ONU, em conjunto com outros organismos internacionais e governos locais, criou diversos programas e estabeleceu metas para que todos os países alcancem o acesso universal ao saneamento básico. Na década de 1990, 192 estados membros da ONU e pelo menos 23 organizações internacionais concordaram com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) nas Cúpulas Mundiais (WHO, 2019). O ODM 6 (Meta 10) pretendia reduzir pela metade a proporção de pessoas sem acesso sustentável a água potável e saneamento básico até 2015. Em setembro de 2015, no entanto, a Agenda 2030 para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) foi adotada pelos líderes mundiais da ONU, a qual solicita aos países que iniciem novos esforços para alcançar as 17 ODS nos próximos 15 anos, incluindo aí o objetivo de “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável de água e saneamento para todos e todas” (WHO, 2019).

Em âmbito local, as políticas nacionais de saneamento básico são ferramentas essenciais para estabelecer questões prioritárias, diretrizes e objetivos para o setor. No intuito de apoiar essas políticas, os governos frequentemente formulam planos nacionais para água potável, saneamento e higiene, detalhando como tais políticas devem ser implementadas. Esses planos podem atribuir responsabilidades aos ministérios e estabelecer requisitos e prazos mínimos para sua implementação, além de alocar recursos humanos e financeiros. No campo do saneamento, esforços globais têm sido empreendidos por governos e organizações não-governamentais, nas quais existem recursos e mão-de-obra adicionais.

No Brasil, a implementação do Plano Nacional do Saneamento (PLANASA), na década de 70, com o intuito de expandir a oferta de água e esgotamento sanitário e garantir a sustentação financeira das companhias prestadoras desses serviços, e a Lei do Saneamento Básico, nº 11.445 de 2007, a qual estabeleceu novas diretrizes nacionais para o setor e pautou novo regramento no que diz respeito à gestão dos serviços, representam dois importantes instrumentos na tentativa de alcançar a universalização (SOUSA e COSTA, 2016, p. 626-628). No entanto, apesar de todo o empenho e investimento dedicados ao setor do saneamento pelas três entidades federativas do Brasil, o país ainda está longe de alcançar a universalidade dos serviços de água e esgotamento sanitário.

3 A materialização das finalidades constitucionais, suas balizas e a variedade de instrumentos disponíveis

A Constituição Federal de 1988 instituiu uma ampla e generosa plataforma normativa. Seus comandos vão muito além da clássica estruturação dos poderes e suas competências e abrangem os mais diversos temas, preocupações e interesses. A estrutura normativa desenhada articulou variados e ambiciosos fins com o estabelecimento de

limites/balizas muitas vezes contraditórios entre si (ao menos potencialmente). Esta articulação aponta para a necessidade de se arquitetar *meios*, valendo-se dos mais variados instrumentos materiais e jurídicos.

Ou seja, a Constituição demanda a modelagem de ações destinadas a (i) alcançar fins por ela estabelecidos, respeitando (ii) limites estruturantes por ela impostos, ações estas que deverão ser estruturadas por uma multiplicidade de instrumentos (iii). Dito de outra forma, a ordenação institucional constitucionalmente exigida deve se valer de diversos meios/mecanismos/ instrumentos que devem ser construídos, modelados e utilizados respeitando balizas principiológicas e estruturantes para o atingimento de finalidades constitucionalmente fixadas.

Este tópico pretende, a fim de conectar a discussão sobre o saneamento básico com as mais amplas discussões constitucionais, explorar referidas articulações, ainda que brevemente. Começemos pelos *fins*.

Nos limites destas reflexões, é pouco relevante se se utiliza ou não a teoria da constituição dirigente como lente para enxergar o papel e a função do texto constitucional e a sua forma de relacionamento com os poderes instituídos e com a sociedade. Este debate¹, embora relevante, transcende os limites deste trabalho. O que é verdadeiramente fundamental é que não há dúvidas de que foram positivadas finalidades que devem ser perseguidas, realidades materiais que devem ser alcançadas.

Neste sentido, a Constituição não prevê apenas normas que estabelecem programas condicionais e que operam mediante a fixação de relações “se-então”, mas também normas que estabelecem programas finalísticos e que operam mediante a fixação de relações “meio-fim” (NEVES, 2013, p. 33). Tradicionalmente, os programas finalísticos fariam parte do sistema

¹ Para uma ampla descrição do fenômeno do “Constitucionalismo dirigente”, cf. DANTAS, 2009. Para uma veemente defesa da teoria da constituição dirigente no Brasil, cf. BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1771-1173. Para uma visão crítica da teoria da constituição dirigente no Brasil, Cf. NEVES, 2018, p. 410.

político, possuindo estreita relação com as chamadas *policies*. Entretanto, por opção constituinte, estes programas são/foram constitucionalizados e passam/passaram a, ao menos em parte, possuir estrutura de programa condicional, na medida em que surge o dever (constitucional) de alcançar aqueles fins, sob pena de ilicitude (“se-então”) (NEVES, 2013, p. 33-34)². Para a doutrina constitucional tradicional brasileira estas seriam “normas constitucionais de princípio programático” (SILVA, 2008, p. 135 e ss), embora nem todas sejam, necessariamente, princípios.

Estes programas finalísticos foram positivados em diversas passagens da Constituição de 1988. São referenciados principalmente no art. 3º (garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades, promover o bem de todos etc.) e no art. 170 (assegurar a existência digna, busca do pleno emprego), mas também estão previstos em uma variedade de dispositivos (art. 196, por exemplo).

Por evidente, o fato de estas normas se estruturarem em formato programático e, com isso, apontarem para realidades materiais futuras, não pode significar ausência de normatividade/ eficácia jurídica. Ao contrário, estas normas criam deveres para o Legislador, constituindo parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade por omissão, revogam a legislação passada que seja incompatível com elas, condicionam a legislação futura, tornando inconstitucionais as leis que as violarem, inspiram a ordenação jurídica do Estado e da sociedade, orientam a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional, condicionam a atividade discricionária da Administração Pública etc. (SARMENTO e SOUZA NETO, 2016, p. 373).

A Constituição, contudo, não estabeleceu, ao menos não “no detalhe”, os *meios* que devem ser utilizados para atingir os fins por ela impostos. E

² Sobre a constitucionalização de prioridades em políticas públicas, cf. VALLE, 2016, p. 61-69.

nem poderia fazê-lo. Ademais, apesar da sua inegável normatividade, a implementação dos programas finalísticos depende de um amplo, articulado e custoso conjunto de ações (estatais)³. Ou seja, a materialização das finalidades constitucionais depende da estruturação de políticas públicas mediante uma variedade de instrumentos jurídicos distintos.

Políticas públicas são “ações intencionais de governos que contêm tanto algum ou alguns objetivos articulados, por mais que esses objetivos tenham sido precariamente identificados, justificados ou formulados, quanto alguns meios para alcançá-los” (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 6). Ou seja, são formas de ação estatal voltadas a atingir alguma finalidade idealmente pública tendo em vista a existência de uma realidade material que se entende deva ser alterada.

Em um Estado de direito, toda política pública está intrinsecamente ligada ao direito. As medidas de políticas públicas (i) são definidas por normas e atos jurídicos, (ii) são condicionadas por outras normas jurídicas dos mais variados níveis hierárquicos, (iii) seus processos e requisitos são balizados por normas, (iv) os órgãos e entidades que implementarão ou fiscalizarão as políticas públicas são estruturados por normas jurídicas, (v) será a partir de normas jurídicas que as políticas públicas serão controladas (SUNDFELD e ROSILHO, 2014, p. 48-49). Na estruturação de políticas públicas estão, portanto, disponíveis várias técnicas, a serem utilizadas por múltiplos sujeitos, com normas oriundas de diversas fontes⁴.

Uma forma típica de se estruturar e implementar políticas públicas é a criação de entidades ou órgãos estatais que recebem um feixe de poderes e competências para se desincumbir dos seus deveres. Ou seja, estas

³ Não se desconhece que o pleno exercício de direitos individuais-liberais possa, também, depender de um “amplo, articulado e custoso conjunto de ações (estatais)”. Por exemplo, o pleno exercício da liberdade de locomoção pode depender da existência de uma malha de infraestrutura rodoviária. Igualmente, cada vez mais a liberdade de manifestação e de expressão estão atreladas à disponibilidade de acesso à internet.

⁴ Em sentido próximo MOREIRA, 2014, p. 112.

entidades ou órgãos passam a ser o veículo pelo qual o Estado, diretamente, persegue a finalidade pública definida constitucionalmente para alterar alguma realidade material indesejada.

É o que ocorre, classicamente, com a instituição de empresas estatais (art. 173, CF). Estas pessoas jurídicas de direito privado passam a compor a administração pública indireta e, com graus variados de autonomia frente ao governo central, exploram atividades econômicas as mais diversas e com múltiplas finalidades: atuação no mercado de crédito imobiliário, estudantil, de infraestrutura; complementação da iniciativa privada; ocupação de setores não rentáveis ou com rentabilidade não atrativa; salvaguarda de interesses “estratégicos” etc. A exploração de atividade econômica por estatais pode ocorrer em regime de concorrência ou de monopólio.

Podem as empresas estatais, ainda, serem incumbidas de prestar serviços públicos em sentido restrito (ARAGÃO, 2017, p. 124) como os serviços de distribuição de energia elétrica, de gás natural canalizado, de água e esgoto, de transporte coletivo etc.

Alternativamente (ou de forma complementar) podem ser instituídos órgãos internos à administração direta. Estes arranjos desconcentrados de competências também podem receber incumbências as mais variadas com o fito de identificar problemas, estrutura, implementar e fiscalizar alternativas para resolvê-los. É o que ocorre com as secretarias de Estados e Municípios e seus respectivos hospitais e escolas públicas.

Por outro lado, é plenamente possível e lícito que as políticas públicas sejam desenhadas ou conduzidas sem que o Estado seja o seu responsável direto. Neste cenário, ao invés de assumir para si a incumbência de, diretamente, satisfazer a necessidade ou atingir a finalidade buscada, o Estado cria, altera ou extingue normas jurídicas para condicionar, limitar, induzir o comportamento de atores privados.

A ordenação jurídica aqui tratada pode ser caracterizada como qualquer tipo de ação normativa estatal que, através da criação e aplicação de normas de comando e controle ou de indução, visa a possibilitar ou pautar o comportamento dos indivíduos. Estas ações normativas podem ser normas constitucionais, legais ou infralegais e podem ser criadas e aplicadas pelo processo legislativo, pelo processo judicial e, especialmente, pela administração pública direta e indireta (SUNDFELD, 2014, p. 111-142; BINENBOJM, 2017, p. 143-149).

Uma primeira manifestação desta ação regulatória, que também pode ser chamada de direito administrativo ordenador (SUNDFELD, 2003) ou de polícia administrativa, apresenta-se

como uma ordenação social e econômica que tem por objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições ou induções, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade (BINENBOJM, 2017, p. 69-71).

Esta ordenação é exercida de forma difusa através de uma série de espécies normativas, editadas, regulamentadas e fiscalizadas por um sem número de órgãos e entidades estatais por meio de conformações de três espécies: limites (obrigações de não fazer), encargos (obrigações de fazer) e sujeições (obrigações de suportar).

Por outro lado, tem-se a regulação setorial, marcada pela concentração da atividade regulatória em entidades administrativas dotadas de poderes para buscar o equilíbrio sistêmico dentro do setor regulado, poderes estes que se materializam em funções normativas, fiscalizatórias, sancionadoras, adjudicatórias e arbitrais. Tais entidades se caracterizam (ou devem se caracterizar) pela transparência, neutralidade, permeabilidade, especialização, flexibilidade e consensualização, além de produzirem

normas com alto teor de concretude (MARQUES NETO, 2009a, p. 45-52; ARAGÃO, 2013, p. 32-35 e 85-117).

Apesar das possíveis diferenças entre estas duas formas de ordenação/regulação pública, a proximidade entre ambas é cada vez mais perceptível na prática e apontada pela doutrina. Ademais, existem claras zonas de interseção entre as duas, especialmente nos elementos sobre os quais recaem e as finalidades que buscam alcançar.

Por fim, podem as políticas públicas serem estruturadas a partir da contratualização (MARQUES NETO, 2009b). Ou seja, o Estado pode se valer da celebração de contratos para, de forma individualizada e concreta, pautar, condicionar ou induzir o atingimento dos programas finalísticos. Amplamente autorizados pela Constituição (art. 21, XI e XII; art. 25, §2º; art. 30, V; art. 37, XXI; art. 175, *caput*; art. 177, §1º), os contratos celebrados com o Estado podem assumir as mais variadas formas (tradicional, RDC, concessão, PPP etc.) e podem ser utilizados para atribuir a privados tanto atividades essenciais como acessórias.

Apesar da exposição separada, estas múltiplas alternativas à disposição para perseguição dos programas finalísticos não são, *a priori*, excludentes entre si. Em verdade, dada a complexidade social, o mais comum é que a utilização destas opções ocorra de forma concomitante e entrelaçada.

Tudo o que se disse até aqui é total e diretamente aplicável à estruturação jurídico-institucional do saneamento básico. O dever de criação de uma rede de infraestrutura de saneamento (CARVALHO, 2014, p. 133-151), bem como a universalização do seu acesso com qualidade são diretamente retirados de múltiplas finalidades constitucionalmente impostas: garantia do desenvolvimento nacional, redução das desigualdades e erradicação da pobreza e da marginalização, garantia de vida digna, além do dever geral de saúde atribuído ao Estado. Como ficou claro no tópico anterior, não há

como desatrelar a saúde (pública, coletiva ou individual) da disponibilização de uma rede de saneamento.

A materialização desta finalidade depende, evidentemente, de políticas públicas desenhadas para tanto. É claramente impossível universalizar o acesso ao saneamento de qualidade com um decreto. Estas políticas públicas, estes *meios*, dependem de uma “rede” jurídica responsável pela sua estruturação. Não há, contudo, a instituição constitucional de *meios* definitivos ou excludentes entre si. Conforme se verá nas linhas que seguem, é lícita a escolha entre alternativas diversas: criação de órgãos despersonalizados e conduzidos pela administração direta; instituição de empresas estatais com graus variados de autonomia frente ao governo (maior ou menor participação privada na composição societária, por exemplo) e com graus variados de exclusividade (monopólio ou concorrência); abertura (condicionada) do setor para a iniciativa privada e liberalização de fases diversas; contratualização dos serviços essenciais ou de suporte; intensificação e aprimoramento da qualidade regulatória, seja através da criação de entidades reguladoras autônomas, seja mediante o maior empenho técnico da administração direta; etc.

A escolha a ser feita, de qualquer forma, deverá ser pautada pelas balizas e limites principiológicos também estatuídos na Constituição. São o que poderíamos chamar de princípios fundamento ou princípios estruturantes. São normas que, diferentemente dos programas finalísticos, não estabelecem objetivos a serem perseguidos, mas garantias a serem respeitadas. São exemplos deste tipo de norma a livre iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a do meio ambiente.

Por fim, a(s) escolha(s) feita(s) nunca deverá(ão) ser tomada(s) exclusivamente por juristas. Embora o sistema jurídico possua papel incontornável nestas escolhas, é fundamental que o desenho de políticas públicas complexas engaje profissionais das mais variadas áreas e

especialidades. Em complemento, o(s) jurista(s) que atuará(ão) no setor da respectiva política pública deve conseguir transitar por áreas não jurídicas. Ou seja, se o direito é inescapável, também o é a interdisciplinaridade.

4 Evolução do marco jurídico do saneamento e a situação empírica atual

A água sempre ocupou lugar de destaque na história da humanidade. Diversas civilizações da antiguidade já se preocupavam com a construção de aquedutos, e comunidades indígenas no Brasil demonstravam atenção e cuidado com relação à captação da água e ao modo como a armazenava e utilizava, buscando separar áreas de captação de áreas utilizadas para suas necessidades fisiológicas (DELIBERADOR, 2014, p. 5-6).

O acesso ao saneamento básico é garantia de dignidade das pessoas, e a qualidade e a universalidade desses serviços são indispensáveis para a qualidade de vida da população e o desenvolvimento econômico do país. Ao longo da história do Brasil, a universalização do saneamento sempre figurou entre os maiores desafios enfrentados pelo Estado, principalmente no que diz respeito ao esgotamento sanitário nas periferias dos grandes centros urbanos e nas zonas rurais, regiões onde há maior concentração de população de baixa renda (GALVÃO JUNIOR e PAGANINI, 2009, p. 79-81).

A partir do final da década de 60, o acesso a água e ao saneamento tornou-se uma das prioridades do governo brasileiro, o que culminou com a instituição, por meio da Lei 5.318/1967, do Plano Nacional de Saneamento (Planasa). Financiado com dinheiro do extinto Banco Nacional de Habitação (BNH) e do Fundo para o Financiamento de Água e Esgotos (FAE), o Planasa foi a primeira ação, no Brasil moderno, a visar a eliminação do déficit de abastecimento de água e serviços de esgotamento

sanitário, objetivando garantir, a longo prazo, a universalização do acesso a água e ao esgoto (SOUSA e COSTA, 2016, p. 626-628).

Tido como um passo essencial em termos do provimento e execução da infraestrutura de saneamento no país, o Plano foi o responsável pela criação das Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs), sociedades de economia mista de caráter público, as quais, por meio de convênios estabelecidos com os municípios através de concessões, passaram a executar serviços de abastecimento de água e esgoto em todo o país (GALVÃO JUNIOR e et al., 2009, p. 216-222). Essas companhias, as CESBs, foram idealizadas para ser autossustentáveis – com capacidade de financiar suas próprias atividades a partir das receitas provenientes dos serviços prestados, e contavam também com uma forma de financiamento cruzado entre os Municípios possuidores de mais recursos, os quais pagavam tarifas mais elevadas, e os municípios com orçamentos deficitários, que eram viabilizados por meio do abatimento nas tarifas (DELIBERADOR, 2014, p. 3-4).

Entre o momento da sua criação e meados da década de 1980, o Planasa representou a principal política pública para o setor do saneamento básico no Brasil (SOUSA e COSTA, 2016, p.623-624). De 1970 a 1986 foram investidos US\$ 10 milhões e a cobertura de água avançou 43%, enquanto a cobertura de esgotamento sanitário avançou 122% (ROCHA, 2018, p. 77; OLIVEIRA, 2005). Foram 15 milhões de residências conectadas ao serviço de água, o que beneficiou uma média de 56 milhões de novos usuários (MONTEIRO, 1993, p.3). Esses avanços foram tão significativos, que, em análise de desempenho acerca do Planasa, constatou-se que “mantido o ritmo médio de oferta de serviços observado entre 1970 e 1986 - o déficit de água potável poderia ser eliminado em 1990 e o de serviços de esgotos no ano 2000” (MONTEIRO, 1993, p. 3).

No entanto, apesar das incontestes melhorias alcançadas em razão do Planasa, algumas críticas são feitas ao seu modelo de gestão centralizador. Com efeito, somente os municípios que aderiam ao plano tinham acesso aos financiamentos federais. Em outras palavras, apenas aqueles municípios que concediam a exploração dos seus serviços de água e esgotamento às companhias dos respectivos estados tinham direito às verbas advindas do governo federal. Essa lógica de funcionamento garantia às CESBs o monopólio na prestação dos serviços de água e esgoto no país e terminava por beneficiar determinadas regiões geográficas em detrimento de outras (SOUSA e COSTA, 2016, p.624-625). Nesse sentido, populações com maior renda, residentes em municípios populosos e ricos, foram mais privilegiadas, enquanto cidades menos populosas, regiões periféricas e zonas rurais terminaram negligenciadas pelo programa, contribuindo com a ampliação da lacuna entre essas regiões geográficas no que diz respeito ao acesso à água e ao saneamento básico no Brasil (BRITO, 2001, p. 1090-1093).

Com o passar dos anos, o momento de profunda instabilidade financeira pelo qual atravessava o país, somado à progressiva diminuição dos investimentos e à descontinuidade de diversos projetos, além da extinção do BNH, acarretaram o fim do Plano Nacional de Saneamento, em 1986 (XIMENES e GALVÃO JUNIOR, 2008, p. 21-26). Com a extinção do Planasa, o país deixou de contar com uma política pública setorial consistente, passando por um período de incertezas e indefinições em relação à prestação dos serviços sanitários, o que somente se encerraria em 2007, com a promulgação da Lei nº 11.445/2007.

Em janeiro de 2007, a Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB foi sancionada, dando início a outro importante período na história dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. A LNSB estabelecia objetivos e metas para a universalização dos serviços de esgotamento sanitário, definindo novas regras e instrumentos para o

planejamento, fiscalização e prestação desses serviços (PRADO e MENEGUIN, 2018, p.8). Desse modo, o saneamento básico, que com a instituição do Planasa na década de 70 passara a ser tratado como uma das prioridades pelos gestores públicos, agora ganhava status de política pública indispensável à efetivação dos direitos fundamentais (LEMOS, 2009, p. 2). Outro aspecto a ser destacado, é o fato da Lei 11.445/2007 ter ampliado o conceito de saneamento que existia até então no país. Em seu art. 3.º, a Lei estabeleceu que o saneamento básico deveria ser considerado como “o conjunto de serviços de: a) Água Potável b) Esgotamento Sanitário c) Limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos d) Drenagem e manejo de águas pluviais urbanas”, o que foi de extrema relevância não só no que diz respeito a melhoria da saúde pública, mas também quanto à ocupação ordenada dos espaços urbanos (DELIBERADOR, 2014, p. 5-6).

A partir da sua vigência em 22 de fevereiro do ano de 2007, a LNSB passou a ser considerada o marco legal do saneamento, dando encaminhamento a diversas lacunas legais. Nesse sentido, a União deveria elaborar diretrizes nacionais para o saneamento básico e confeccionar um novo Plano Nacional do Saneamento Básico – PNSB. Para mais, a Lei previu a delegação da prestação do serviço de saneamento e sua regulação, inserindo, de modo legal, o princípio de que os serviços públicos de esgotamento sanitário deveriam não apenas ser regulados, mas também fiscalizados pela administração pública (LEMOS, 2009, p. 1-2).

Assim, a Lei 11.445/2007 foi responsável por instituir regras e instrumentos necessários para o planejamento, a fiscalização, a regulação e a prestação dos serviços de saneamento básico de maneira compartilhada entre os entes federativos do Estado brasileiro. Nas palavras de Prado e Meneguín (2018, p. 9):

[...] apenas com a Lei 11.445/2007, insere-se de forma legal o princípio de que os serviços públicos de saneamento básico precisam ser regulados e fiscalizados pelo poder público, instituindo a necessidade um ente regulador e explicitando de que forma esta regulação deverá ocorrer.

Nesse ponto, necessário salientar que, com a LNSB, os municípios ganharam papel de destaque em termos de gestão dos serviços de esgotamento sanitário, o que coaduna com a previsão constitucional em seu art. 30, incisos I e V, que atribui aos municípios a titularidade dos serviços de saneamento básico. De acordo com o novo dispositivo, os municípios não apenas possuíam a titularidade dos serviços, como também deveriam definir como esses serviços seriam prestados, se diretamente ou por delegação ou concessão (GALVÃO JUNIOR e et al., 2008, p. 142). Ademais, os municípios precisariam estabelecer a forma de regulamentação e o modo como se daria o controle social. Desse modo, foi determinado que cada município desenvolveria um plano municipal de saneamento, o qual, em um futuro próximo, viria a se tornar ferramenta estratégica de planejamento. O objetivo era que, por meio desses planos municipais de saneamento, houvesse uma integração dos serviços, resgatando-se a capacidade técnica pública de projetar, gerenciar, operar e monitorar a prestação dos serviços de saneamento básico em todo o país (GALVÃO JUNIOR e et al., 2008, p. 142-143).

Em 2013, em cumprimento à exigência prevista no art. 52, inciso I, do marco legal, o Ministério das Cidades lançou o Plano Nacional de Saneamento – PLANSAB. Como o antigo Planasa, o principal objetivo do Plansab era a universalização dos serviços de água e coleta de esgoto no Brasil, apresentando metas de curto, médio e longo prazo para todo o setor. O Plansab foi responsável pela definição de novas ações e estratégias de investimento para o setor do saneamento, com a estimativa de que,

investindo-se em torno de R\$ 508 bilhões a partir de 2014, o país alcançaria a universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário até o ano de 2033 (PRADO e MENEGUIN, 2018, p. 9-10).

No entanto, em 2019, cerca de 35 milhões de brasileiros ainda não possuem acesso a água tratada, e quase 100 milhões de pessoas não possuem o serviço de esgotamento sanitário em suas residências (TRATA BRASIL, 2019). De acordo com dados do Instituto Trata Brasil, somente no ano de 2017, em torno de 260 mil pessoas foram internadas por conta de doenças relacionadas à falta de saneamento básico, e a diferença na renda entre pessoas que tinham acesso a esse serviço para aquelas que não tinham foi de R\$ 1.170,52.

Em razão dessa situação, mais recentemente, um novo Marco Legal para o Saneamento Básico foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do PL 4.162/2019⁵, o qual pretende trazer um novo conjunto de regras para o setor e exige que prefeituras e companhias estaduais definam metas mais concretas para a universalização do saneamento, além de criar incentivos para maior participação de empresas privadas na exploração do serviço, o que pode significar mais investimento e eficiência para o setor.

5 Saneamento, desestatização e regulação: (des)vantagens, mecanismos jurídicos e riscos

A desestatização da prestação de serviços públicos é um instrumento válido e legítimo de execução de políticas públicas. A prestação destes serviços por entes privados é legítima porque não há nenhuma incompatibilidade *a priori* entre interesses privados e interesses coletivos. Ou seja, é plenamente possível e factível que a satisfação de interesses privados esteja alinhada com a satisfação de interesses coletivos. Este é, inclusive, um dos grandes objetivos da regulação (art. 174,

⁵ Até o fechamento deste artigo o Projeto de Lei nº 4.162/2019 se encontrava pendente de sanção/veto presidencial.

principalmente)⁶. Igualmente, ela é abstratamente válida na medida em que a Constituição atribui ao Estado a possibilidade de prestar serviços públicos mediante contratos de concessão (art. 175, principalmente). O grande desafio, portanto, caso esta seja a opção feita, é modelar adequadamente os contratos e capacitar corretamente a regulação.

A premissa acima assentada vale para os serviços de saneamento básico, especialmente os de fornecimento de água e de coleta de esgoto. Este tópico pretende explorar as possibilidades e contornos jurídicos da desestatização dos serviços de saneamento, instrumento que, embora juridicamente possível desde 2007 (art. 11, IV e §2º e art. 12, §4º da Lei Federal nº 11.445/2007), ainda tem sido pouco utilizado no país⁷.

Para os fins deste trabalho, considera-se desestatização a operação jurídica que retira o Estado da atuação ou prestação direta de determinada atividade ou que atribui à iniciativa privada atividade titularizada pelo Estado (SOUTO, 2001, p. 30). Estas operações se materializam, principalmente, por meio da privatização de empresas estatais – alienação da maior parte das ações com direito a voto pertencentes ao Estado – ou por meio das múltiplas formas de concessão – comum, patrocinada ou administrativa – ou, ainda, por meio das mais criativas formas de parcerias.

⁶ Em sentido próximo, MARQUES NETO, 2009c, p. 88-89.

⁷ De acordo com o 24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto (2018), elaborado pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, de um total de 1.568 prestadores que responderam ao questionário, 109 (7%) não são entidades da administração indireta ou órgãos da administração direta. Destes 109, 106 são empresas privadas. Dentre estas, 100 possuem abrangência local, 5 possuem abrangência microrregional e uma possui abrangência regional (BRASIL, 2019, p. 32). O relatório considera (i) de abrangência regional aqueles prestadores que atendem a diversos municípios, limítrofes ou não, (ii) de abrangência microrregional aqueles que atendem a menor quantidade de municípios, limítrofes ou não, do que os prestadores regionais e (iii) locais aqueles que atendem a um único município (BRASIL, 2019, p. 30). Por outro lado, o relatório Panorama da participação privada no saneamento (dados de 2017), elaborado pela Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços de Água e Esgoto e pelo Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto, indica a existência de 133 contratos celebrados com empresas privadas no setor de saneamento. Os modelos contratuais são os mais diversos: 90 concessões plenas, 16 concessões parciais de fornecimento de água, 8 concessões parciais de coleta de esgoto, 3 PPPs de fornecimento de água, 12 PPPs de coleta de esgoto, 1 subdelegação de coleta de esgoto e 3 contratos de locação de ativos de esgoto. Estas operações atingem 325 Municípios (5,8%) e 33.474.672 habitantes (15%) (ABCON e SINDCON, 2019, p. 78-88).

Estes instrumentos não são excludentes entre si. Ao contrário, é plenamente possível a ocorrência, por exemplo, de privatização de estatal prestadora de serviço público atrelada a celebração de novo contrato de concessão.

Evidentemente que as operações de desestatização não podem ser entendidas como “abandono” da atividade pelo Estado. Em verdade, é comum, no Brasil e no mundo, que os processos de desestatização (ou processos “liberalizantes”) sejam acompanhados da intensificação, aumento e sofisticação da regulação normativa das atividades. Vogel (1996, p. 3), por exemplo, após realização de amplo estudo empírico⁸, constatou que os processos de “liberalização” implicaram a *rerregulação* e o aumento da quantidade de normas regulatórias. No Brasil, os debates sobre a regulação econômica se intensificaram exatamente a partir da segunda metade da década de 90, mesmo período em que foram criadas diversas agências reguladoras federais, estaduais e municipais (SUNDFELD, 2014, p. 121; MOREIRA, 2014, p. 107-109). A desestatização, portanto, não é sinônimo de abandono, mas de alteração da forma de relacionamento entre os sistemas político e jurídico e o sistema econômico.

Por regulação se entende qualquer forma de ação normativa que vise a moldar comportamentos de agentes sociais através da criação de parâmetros e padrões de conduta em determinado espaço-tempo (MOREIRA, 2014, p. 111-112). Ou seja, a regulação estrutura normas para criar incentivos e (re)alinhar ações. A regulação pode pretender alcançar as mais variadas finalidades (correção de falhas de mercado, universalização ou facilitação de acesso a serviços, modicidade de preços etc.). Além disso, ela pode recair sobre os mais diversos elementos (entrada, preço, qualidade

⁸ O autor explora as reformas regulatórias ocorridas no setor financeiro e de telecomunicações no Reino Unido e Japão e, com menor destaque, na França, Alemanha e Estados Unidos.

etc.) e se valer de mecanismos os mais heterogêneos (normas de comando e controle, normas de indução, concorrência etc.) (BINENBOJM, 2017, p. 152-193). Para os fins deste tópico, merecem especial destaque a regulação contratual, ou seja, a regulação realizada por meio e na medida das obrigações contratuais, e a regulação exógena, realizada por órgão ou entidade administrativa que não participa diretamente do contrato, nem na condição de gestor nem na condição de executor.

A delegação da prestação dos serviços de fornecimento de água e de coleta de esgoto pode ser realizada por distintos mecanismos de concessão e com abrangências também variadas (água, esgoto, água e esgoto). Pelo menos desde a publicação da Lei 11.445/07 os contratos de concessão só podem ser validamente pactuados se respeitarem os pressupostos de validade estabelecidos no seu art. 11⁹. Igualmente, aplicam-se aos contratos de concessão de saneamento as exigências das cláusulas essenciais estabelecidas no art. 23 da Lei Federal nº 8.987/95 (DAL POZZO, 2017, p. 596).

A modelagem da concessão possui especial relevância para a adequada prestação do serviço de saneamento. Decisões fundamentais deverão ser cuidadosamente tomadas, tais como: quais serviços serão concedidos, qual a abrangência da concessão, qual o nível de universalização que aquela específica concessão possuirá, como garantir, ao mesmo tempo, universalização, modicidade tarifária e sustentabilidade de todo o empreendimento, quais instrumentos de remuneração e financiamento serão estruturados etc.

⁹ Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: I - a existência de plano de saneamento básico; II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico; III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização; IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

Ademais, a modelagem provavelmente envolverá arranjos interfederativos, seja porque é possível unir municípios na condição de poder concedente, seja porque é possível delegar a regulação para entidade não pertencente à estrutura administrativa do titular do serviço, seja porque o “proprietário” de bem indispensável para a prestação do serviço (água) não se confunde com o titular do serviço. A concessão dos serviços de saneamento, portanto, é relação multilateral (DAL POZZO, 2017, p. 590).

Existe uma relação importante entre a universalização do serviço de saneamento, sua sustentabilidade econômica e a modicidade tarifária. Destaque-se, inicialmente, que a universalização dos serviços de saneamento é uma exigência que não só deriva implicitamente da Constituição e explicitamente da Lei 11.445/07, mas também das suas evidentes vantagens sociais. A universalização destes serviços gera evidentes externalidades positivas¹⁰, possui uma estreita relação com o desenvolvimento econômico e social, na medida em que promove aumento da produtividade, e apresenta efeitos redistributivos (COUTINHO e FARACO, 2017, p. 302-308).

A universalização possuirá, evidentemente, custos elevados e a escolha do modelo de concessão deverá ser tomada levando em conta a capacidade de financiamento, a modicidade tarifária e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desta forma, se a região sobre a qual operará a concessionária for capaz de financiar totalmente o serviço mediante

¹⁰ “Nos setores de infraestrutura, alguns serviços e utilidades apresentarão externalidades positivas. Os serviços de saneamento (distribuição de água e coleta de esgoto), por exemplo, tendem a não refletir nos preços ou tarifas cobrados a potencialidade de benefícios que a sociedade pode ter por conta da redução ou prevenção de doenças e problemas de saúde. A ampliação do acesso a tais serviços pode reduzir os gastos com serviços de saúde, assim como os custos associados ao afastamento do trabalho de pessoas doentes ou de quem as atende” (COUTINHO e FARACO, 2017, p. 304).

tarifas e receitas acessórias, seja através da criação de subsídios cruzados¹¹ ou não, a concessão comum tende a ser o caminho natural¹².

Por outro lado, é possível, e até mesmo provável, que regiões em que se pretende delegar a prestação dos serviços de saneamento não sejam autossustentáveis, mesmo se valendo de subsídios cruzados. Nestas situações, a estruturação de concessões patrocinadas, modelo no qual o poder concedente arca com parte da remuneração ordinária da concessionária, apresenta-se como alternativa. As parcerias público-privadas, contudo, colocam sobre o titular do serviço um grande desafio de estruturação financeira de um contrato de longuíssimo prazo e, possivelmente, uma grande pressão fiscal.

Seja qual for o modelo adotado, o contrato será o grande instrumento de regulação. Ou seja, os ajustes administrativos refletirão escolhas de política pública de longo prazo em setor de altíssimo impacto e importância social. O contrato de concessão será o instrumento pelo qual escolhas regulatórias, como a estrutura tarifária, metas de universalização concreta, indicadores de desempenho, alocação de riscos e custos, avaliação de resultados, serão tomadas. As escolhas regulatório-contratuais, por sua vez, deverão estar adequadas ao plano geral de saneamento do titular do serviço.

De acordo com Garcia (2019, p. 137), a técnica da regulação por contrato pode ser especialmente relevante para garantir estabilidade e perenidade na execução da política pública em questão. Para o autor

¹¹ “[...] as diferentes estruturas de subsídios cruzados, nas quais os usuários de certos serviços ou com determinados perfis de demanda subsidiam outros usuários. Cobra-se mais de alguns grupos de usuários para custear o acesso de outros” (COUTINHO e FARACO, 2017, p. 309).

¹² “O contrato de concessão é ajuste por meio do qual o poder concedente (ente público) transfere para o concessionário (empresa privada) a realização, por sua conta e risco, de um serviço público ou de uma obra pública” (GARCIA, 2019, p. 23). “A remuneração nas concessões advém do pagamento das tarifas pelos usuários, no caso dos serviços públicos, e dos preços, no caso das obras públicas. Essa é uma das grandes vantagens do modelo das concessões, já que não há, como regra, dispêndio de recursos públicos para a execução do empreendimento” (Ibidem, p. 33).

O contrato regulatório funciona como fator corretivo das ineficiências ínsitas a serviços e estruturas de mercado que não comportam a competição no serviço, mas apenas a competição pelo serviço. A escolha pública dos padrões de eficiência e dos mecanismos inibidores das potencialidades negativas geradas pela exclusividade de apenas um operador econômico atuar é desenhada pelo instrumento contratual.

Esta reflexão levanta dois pontos fundamentais para o setor de saneamento. Em primeiro lugar, este setor é fortemente marcado pela existência de monopólios naturais, ou seja, estruturas econômicas que não sustentam a existência de mais de um operador do mesmo serviço. Daí a necessidade de se estruturar a regulação contratual de forma a inibir ou corrigir as possibilidades de abuso do monopolista.

Em segundo lugar, o autor identifica um dos problemas do quadro normativo do setor de saneamento. Como afirmado acima, a concessão destes serviços para a iniciativa privada é juridicamente possível pelo menos desde 2007¹³. Contudo, este instrumental é pouco utilizado, dentre outras razões, porque os titulares dos serviços podem contratar entidades administrativas pertencentes a outros entes federados sem qualquer tipo de licitação (art. 10, Lei 11.445/07), ou seja, *sem competição pelo serviço*.

Embora não haja qualquer tipo de inconstitucionalidade nesta opção legislativa, a possibilidade de contratação direta desincentiva a realização de licitações. Sem procedimento licitatório, não há competição pela entrada no setor; sem competição pela entrada no setor não se pode, sequer potencialmente, comparar alternativas técnicas e econômicas. Mais ainda, sem a necessidade de licitar se reduz o incentivo para a estruturação de projetos mais robustos. Isto significa que, embora não realizar licitações

¹³ Ademais, a Constituição de 1988 nunca vedou expressamente a concessão deste serviço público à iniciativa privada. Ao contrário, aplica-se aqui o permissivo geral do art. 175.

seja menos custoso, perde-se (ou pelo menos desestimula-se) a possibilidade de experimentações. Abre-se mão de mais uma tecnologia ou ferramenta de política pública¹⁴.

Com vistas a alterar este cenário, o Projeto de Lei nº 4.162/2019, recentemente aprovado no Congresso Nacional, versa sobre a mudança no marco regulatório do setor de saneamento e possui dispositivos que alteram o art. 10 da Lei 11.445/07. O novo art. 10 é expresso ao veda a delegação da prestação do serviço a entidade que não componha a estruturação administrativa do titular do serviço sem licitação, além de vedar a celebração de “contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária”.

Deve-se destacar que não há obrigação legal de delegar para a iniciativa privada a prestação do serviço. Há, contudo, o dever de estruturar a possibilidade de competição. Embora os procedimentos licitatórios não sejam fins em si mesmos e haja casos em que os certames serão simplesmente desnecessários, ineficazes ou impossíveis (SUNDFELD e ROSILHO, 2015, p. 30), a existência de previsão abstrata que claramente desestimula a sua realização em favor da contratação direta de empresas ou entidades estatais inibe o surgimento do interesse da iniciativa privada. A referida alteração legislativa não possui qualquer inconstitucionalidade, uma vez que a celebração de contrato de programa, convênio ou termo de parceria sem licitação é uma alternativa constitucionalmente possível, não um instrumento (*meio*) constitucionalmente necessário.

A opção por desestatizar os serviços de saneamento implicará, como visto, não só a regulação por contrato, mas também a regulação externa/exógena. Ou seja, a *regulation by contract* é complementada pela

¹⁴ Sobre a noção de direito econômico como tecnologia institucional para o desenvolvimento, cf. COUTINHO, 2016, p. 220-225. Sobre a noção de direito administrativo como caixa de ferramentas, cf. RIBEIRO, 2016, p. 130-160.

regulação feita por entidade ou órgão externo ao contrato e à sua gestão, seja ela uma verdadeira agência reguladora, seja ela uma autarquia, seja alguma estrutura na administração pública direta. Em qualquer caso, esta regulação poderá ocorrer por estruturas do próprio titular do serviço ou não (SADDY, 2017, 138-143). Seja qual for a estrutura escolhida, o regulador deve possuir independência decisória e autonomia funcional, atuar de forma transparente, técnica, especializada e eficiente, submeter-se a controle social e agir de acordo com os cânones da publicidade administrativa.

Embora a figura do regulador deva existir ainda que o serviço seja prestado por entidade estatal, sua importância é ainda maior em um cenário de desestatização. A longa duração dos contratos, a ínsita complexidade destes tipos de ajustes, as mutações pelas quais deve passar o serviço ao longo do tempo, a mudança de governo que ocorre durante a sua vigência, a sensibilidade e importância social dos serviços de saneamento apontam para a necessária incompletude dos contratos. Este fato aconselha a existência de entidade reguladora distinta do órgão responsável pela gestão direta do contrato.

Tal entidade realizará função regulatória secundária ou de segunda ordem em relação ao contrato de concessão. Reunirá atribuições informativas, fiscalizadoras e negociadoras, além de normativas, gerenciais, arbitrais e sancionadoras. Enfim, a regulação exógena cumprirá papel integrativo da regulação contratual (GARCIA, 2019, p. 157).

No âmbito do setor de saneamento, a regulação será responsável por regulamentar e fiscalizar os direitos dos usuários, como integralidade, adaptabilidade, adequabilidade, regularidade/continuidade, informação. Igualmente, deverá a regulação se atentar aos direitos e deveres do prestador, tais como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a tutela da assimetria de informação. As finalidades principais da regulação do

saneamento básico são a sua universalização, o aprimoramento da qualidade e a modicidade tarifária (MARQUES NETO, 2009d, p. 178-191).

A Lei 11.445/07 foi vista pela doutrina especializada como um marco importante no aprimoramento e na ampliação da tecnicidade da regulação do setor de saneamento. Entendeu-se que o diploma legal inseria o setor na “lógica” da moderna regulação econômica (MARQUES NETO, 2009d, p. 191; GROTTI, 2017, p. 141). De fato, após a publicação da Lei dezenas de entidades foram criadas para exercer a regulação setorial do saneamento básico¹⁵. Entretanto, não parece ser possível afirmar que todas estas entidades possuem o mesmo nível de autonomia funcional e independência decisória. Da mesma forma, esta pluralidade de entidades reguladoras com poderes normativos, embora necessária em decorrência das especificidades locais e regionais, cria um quadro jurídico geral com baixa uniformidade e, por isso, previsibilidade, fato que diminui o nível de segurança jurídica e afasta investimentos privados.

A alternativa se construiu no bojo do supracitado Projeto de Lei é atribuir à Agência Nacional de Águas – ANA a função de edição de normas de referência no setor de saneamento. Ou seja, passaria a caber à entidade federal o papel de criar, identificar, desenvolver e veicular melhoras práticas (*benchmarks*) regulatórias.

O PL atribui à ANA a incumbência de editar normas de referência sobre padrões de qualidade e eficiência na prestação, manutenção e operação dos sistemas de saneamento, regulação tarifária, padronização dos instrumentos negociais de prestação dos serviços de saneamento, metas de universalização, redução progressiva e controle da perda de água, parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços de

¹⁵ Saddy (2017, p. 141-143) elenca mais de 20 entidades administrativas que possuem competência regulatória sobre o setor de saneamento, sejam elas municipais, intermunicipais ou estaduais, exclusivas ou não exclusivas.

saneamento etc. Ou seja, as normas de referência se relacionarão tanto com a regulação contratual quanto com a regulação exógena.

Na formulação das normas de referência, a ANA deverá avaliar as melhores práticas do setor, realizar consultas e audiências públicas e constituir grupos ou comissões de trabalho que contarão com a participação das entidades reguladoras e representativas dos Municípios. Ademais, a agência deverá realizar análise de impacto regulatório das normas de referência que vier a editar.

A opção por atribuir a uma agência reguladora federal a incumbência de editar normas de referência para o setor de saneamento implica claros *trade-offs*. De um lado, pode-se afirmar que o exercício desta função normativa é uma continuidade da competência da União para editar normas gerais sobre saneamento básico (art. 21, XX, CF). Ademais, algum nível de padronização nacional pode contribuir positivamente para o aumento da previsibilidade, do alinhamento de expectativas e da segurança jurídica no setor. Por fim, ter este apoio normativo pode facilitar o surgimento de entidades reguladoras locais e regionais que, sem ele, possuiriam baixa capacidade técnica.

Por outro lado, ampliar os poderes normativos da União através de entidade reguladora da sua administração indireta pode significar uma restrição indevida da autonomia dos titulares dos serviços de saneamento. Ademais, a extensão territorial do Brasil e sua infinidade de peculiaridades, diversidades e realidades pode ser um forte indício de que é impossível ou não recomendável a uniformização regulatória do setor. Por fim, deve-se destacar que na sua origem a ANA não possui especialização técnica no setor de saneamento. Tanto isto é verdade que o PL promove substanciais alterações na Lei Federal nº 9.984/00 (lei de criação da ANA) para explicitamente atribuir-lhe competências novas, bem como cria centenas de novos cargos de especialista em saneamento básico na agência.

A título de conclusão, é fundamental que se destaque que a desestatização é apenas uma dentre as alternativas jurídico-regulatórias à disposição do Estado. Esta alternativa, contudo, deve ser enxergada como legítima e lícita possibilidade e como uma forma de implementação estável e perene de políticas públicas de saneamento.

Considerações finais

O direito à saúde é altamente complexo. Sua efetivação envolve uma série de vetores e setores. Sua satisfação e implementação demanda a articulação de uma infinidade de variáveis, atores, recursos, estruturas e instituições. Neste sentido, o saneamento básico e suas políticas públicas são aplicativos fundamentais.

A Constituição Federal, embora tenha estipulado o atingimento de uma série de finalidades sociais e materiais, deixou para o legislador e para o administrador certa margem de opção na construção dos meios. Ou seja, há espaço constitucional para a experimentação de políticas públicas com orientações e focos diversos. Embora não se possa entender que ela tudo permite, o que será inconsistente com sua função maior, entender que a Constituição exige um único modelo de ação estatal é subcomplexo e socialmente inadequado quando se tem em mente o seu alto grau de variação e contingência.

Desta forma, é plenamente legítimo e lícito que se opte por estrutura de políticas públicas voltadas a privilegiar a ação estatal por meio de órgãos e entidades estatais. Apesar das inevitáveis críticas que este modelo pode sofrer, seria equivocado afirmar que ele é totalmente infrutífero. Por outro lado, também é plenamente lícito e legítimo que se escolha a estruturação de políticas públicas que atribuam ao Estado menos funções de prestação direta e mais funções de regulação e fiscalização. Este modelo,

evidentemente, não estará imune a críticas e não pode ser visto como panaceia para os problemas de saneamento básico.

No mundo real, local em que não “cabem” modelos puristas, o mais provável é que estas alternativas regulatórias, jurídicas e institucionais se entrelacem, ao menos quando se adota uma posição de observador externo do cenário macro. A única resposta errada, portanto, talvez seja a inviabilização absoluta de experimentalismos. O setor de saneamento precisa de aberturas (opções), não de fechamentos.

Nesse sentido, não é possível que a estruturação de políticas públicas no setor de saneamento básico e a sua operacionalização pelos diversos atores públicos e privados envolvidos, aí incluídos os juristas, prescindam de abordagens interdisciplinares. A complexa rede institucional necessária para viabilizar metas como universalização do acesso, redução das perdas de água, desenvolvimento e utilização de novas tecnologias no setor de saneamento etc. só pode ser estruturada a partir do intercâmbio de conhecimentos.

Dentro da posição levantada neste artigo, a (re)modelagem dos marcos regulatórios, o aprimoramento do desenho de contratos de concessão e a reestruturação ou criação de agências reguladoras devem recorrer, enfim, as mudanças necessárias para a construção de novas experiências no campo da regulação econômica e social do setor de saneamento, devem recorrer ao conhecimento extraído de outros campos do saber.

Referências

ABCON – Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços de Água e Esgoto;
SINDCON – Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. **Panorama da participação privada no saneamento**. Disponível em <http://abconsindcon.com.br/panoramas/>. Acesso em 15/09/2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito e Práxis**, vol. X, n. 3, Rio de Janeiro, p. 1796-1811, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**: 24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2018. Brasília: SNS/MDR, 2019.

CARLOS, Édison. O saneamento básico no Brasil após 10 anos da Lei n. 11.445/07 e ganhos com a universalização. In DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinto (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, p.73-82, 2017.

CARVALHO, André Castro. **Direito da infraestrutura**: perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

COUTINHO Diogo R.; FARACO, Alexandre D. A universalização dos serviços regulados. In PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.). **Direito da infraestrutura**: volume 2. São Paulo: Saraiva, p. 299-329, 2017.

_____. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, p. 214-262, 2016.

DAL POZZO, Augusto Neves. A gestão do serviço de saneamento básico pelo instrumento da concessão. In _____; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinto (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, p. 583-604, 2017.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Flávio Amaral. Uma visão geral das concessões. In _____. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, p. 21-72, 2019.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A evolução jurídica do serviço público de saneamento básico. In DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinto (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, p. 101-144, 2017.

HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil**. São Paulo: Hucitec. 1998.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas. Uma abordagem integral**. Trad. Francisco Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**, uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em 27 jun. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**. Belo Horizonte: Fórum, 2009a.

_____. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. **Revista do Advogado**, v. 107, p. 74-82, 2009b.

_____. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômico. **Fórum Administrativo – Direito Público**, ano 9, n. 100, Belo Horizonte, p. 85-93, 2009c.

_____. A regulação no setor de saneamento. In: Berenice de Souza Cordeiro. (Org.). **Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de saneamento básico**. 1.ed. Brasília: Ministério das Cidades (PMSS), v. 1, p. 165-191, 2009d.

_____. **O Marco legal do saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum Administrativo, 2006.

MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=o&f=o&t=o&palavra=saneamento>. Acesso em 10 out. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, p. 107-139, 2014.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OSMO, Alan; SCHRAIBER, Lilia B. O campo da saúde coletiva no Brasil: definições e debates em sua constituição. **Saúde e Sociedade**, v.24, supl.1, p.205-218. 2015.

PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA FILHO, Naomar de. Saúde coletiva: uma “nova saúde pública” ou campo aberto a novos paradigmas? **Revista de Saúde Pública**, v.32, n.4, p.299-316. 1998.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como “caixa de ferramentas”**: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SADDY, André. Regulação do saneamento básico: a obrigatoriedade da existência de uma entidade que preste e outra que regule e fiscalize os serviços de saneamento básico. In _____; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. **Aspectos jurídicos do saneamento básico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 133-151, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUSA, Ana Cristina A. de; COSTA, Nilson do Rosário. Política de saneamento básico no Brasil: discussão de uma trajetória. **História, Ciências, Saúde - Manguinhos**, Rio de Janeiro, v.23, n.3, jul.-set. 2016, p.615-634.

SOUTO, Marcos Juruema Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Onde está o princípio universal da licitação? In SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____; _____. Direito e políticas públicas: dois mundos? In _____; _____ (orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Direito público e regulação no Brasil. In GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 111-142, 2014.

_____. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VOGEL, Steven. **Freer Markets, More Rules**: regulatory reform in advanced industrial countries. New York, NY: Cornell University Press, 1996.

TRATA BRASIL. **A eficiência dos serviços de saúde também depende do saneamento.**

Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/blog/2019/04/02/a-eficiencia-dos-servicos-de-saude-tambem-dependem-do-saneamento/>. Acesso em 8 out. 2019.

WORLD BANK. **Sanitation.** Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/sanitation>. Acesso em 9 out. 2019.

WHO. **Sanitation.** Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/sanitation>. Acesso em 9 out. 2019.

WHO; UNICEF. **Progress on household, drinking water, sanitation – 2019.** Disponível em: <https://washdata.org/sites/default/files/documents/reports/2019-07/jmp-2019-wash-households.pdf>. Acesso em 9 out. 2019.

Parte IV

Tecnologia, saúde mental e direito do trabalho

O trabalho está doente? O direito humano à saúde mental em terra de *burnout*

*Germano Schwartz
Gabriela Di Pasqua*

1 Introdução

Era uma sensação muito estranha, que a acompanhava há alguns meses. Começaram com crises de choro, de uma sensação de medo extremo, de dificuldade extrema em lidar com problemas rotineiros do dia a dia, ausência total de concentração, perda de memória, insônia e falta de apetite. Eram sintomas muito próprios de um grande stress ao qual a si mesma justificava por haver recém defendido uma tese de doutorado, acumulando aulas, viagens e a maior ocupação de todas as outras, a Advocacia. Mas naquele dia se deu conta que havia perdido o controle sobre si mesma e foi devastador. Quando entrou na sala repleta de autoridades em uma audiência pública, sentiu uma sensação de desmaio. Não ligou, não tinha o que fazer. Bebeu muita água e respirou fundo. Foi para a mesa na solenidade. Quando lhe chamaram para falar a um salão repleto, a sua boca estava tão seca que mal conseguia balbuciar, não ouvia a própria voz, o suor escorria sob a roupa como se estivesse num chuveiro. As faces ardiam de rubor, e a sensação de pressão no pescoço era tão forte que apenas pensava em lutar para ficar viva. Era um eco, um vazio, um torpor. E ninguém percebeu, pois demonstrava que era uma fortaleza, mas um olhar mais detido notaria que seus muros eram feitos de dor. Tinha que se tratar e podia ser muita coisa, mas era um imenso Transtorno de Ansiedade Generalizada. Foi esse o diagnóstico. (OAB, 2018, p. 9).

O relato destacado consta na Cartilha da Saúde Mental do Advogado, confeccionada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em 2018. A narrativa de sofrimento retrata sintomas sentidos por muitos profissionais ao redor do mundo: o esgotamento profissional.

Quando há sensação de fadiga repousa-se. Mas o que se faz quando a exaustão atinge um nível em que o corpo e a mente humanos chegam à exaustão emocional, física e psíquica? A partir dessas inquietações introdutórias, apresenta-se o objeto deste estudo reflexivo, qual seja, a denominada síndrome de *burnout* ou síndrome do esgotamento profissional.

Numa sociedade globalizada de forma frenética, na qual não se tem tempo para nada, mas se quer fazer tudo, as doenças psíquico-emocionais estão cada vez mais presentes. É difícil não conhecer, ao menos, uma pessoa que faça uso de medicações controladas.

Nesse ínterim, busca-se, neste estudo, abordar de forma reflexiva a síndrome de *burnout*, a partir da proteção advinda do Direito Humano à Saúde. Para tanto, o plano de trabalho do presente artigo atenta para a análise da doença na perspectiva dos direitos humanos, bem como para a abordagem das características da patologia, além de apontar pesquisas sobre a doença em algumas áreas profissionais, culminando com o caso da jornalista Izabella Camargo.

A metodologia empregada para fins de pesquisa é a exploratória bibliográfica, com análise de dados emitidos pelas entidades atuantes, informações extraídas de redes sociais, assim como utilização do arcabouço doutrinário sobre a temática. Assim, pergunta-se: a sociedade da informação adoeceu?

2 A Síndrome de *Burnout* na Perspectiva do Direito Humano à Saúde

Foi Immanuel Kant quem embasou o conceito atual de dignidade da pessoa humana, quando expôs que a natureza do ser racional não pode ser confundida com a dos seres irracionais ou coisas. Para Kant, “o homem, é, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo,

não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, 2007, p. 68).

Ademais, na concepção do filósofo, no âmbito das finalidades, quando algo pode ser substituído por qualquer outra coisa equivalente, tem-se um preço, mas quando está acima de todo preço, há dignidade. Ainda, preceitua Kant (2007, p. 77):

O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (Affektionspreis); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade.

Cumprе salientar que a dignidade humana faz parte do âmago dos direitos humanos e fundamentais; mais, a primeira constitui-se no fundamento desses últimos. Nesse sentido, Barroso (2014, p. 75):

A dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de uma mesma moeda ou, para usar uma imagem comum, as duas faces de Jano. Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de Direito ou, como assinalado por Jürgen Habermas, ‘uma fusão do conteúdo moral com o poder de coerção do Direito’.

Além disso, Barroso (2014, p. 72) estabelece um conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana, identificando-a em três elementos: o valor intrínseco de todos os indivíduos, a autonomia do ser humano e as restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou de interesses

estatais. Nesse diapasão, pode-se considerar, evidentemente, que a proteção da psique está englobada na noção de dignidade humana, porquanto ser um valor intrínseco ao indivíduo, assim como elemento essencial para sua autonomia como ser.

Por oportuno, adentrando em uma perspectiva de correlação da dignidade humana aos direitos fundamentais, endossa-se o conceito de dignidade humana formulado por Sarlet (2015, p. 70-71):

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Sabe-se que, na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, a dignidade humana se consolida como fundamento do Estado Democrático de Direito, positivado no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna. Nas palavras de Bonavides (2001, p. 233): “Nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Com essa noção de supremacia, não restam dúvidas de que a dignidade humana impõe limites à atuação estatal, mas também estabelece que o Estado deverá ter como meta a proteção, promoção e realização de uma vida com dignidade para todos. Ao ente estatal, cabe o dever de proteger a dignidade dos indivíduos contra agressões de terceiros, inclusive, advindas de outros particulares (SARLET, 2015, pp. 89-90).

De fato, a proteção dos direitos da pessoa decorre tanto de uma ordem interna quanto externa (internacional), mas é necessário pontuar que, ao tratar de direitos internos, está-se referindo a direitos fundamentais, ao passo que os direitos humanos se encontram no plano do Direito Internacional Público (MAZZUOLI, 2017, p. 24). Nesse sentido, vai o conceito de direitos humanos elaborado por Mazzuoli (2017, p. 24):

Os direitos humanos são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. São direitos indispensáveis a uma vida digna e que, por isso, estabelecem um nível protetivo (standard) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional. Assim, os direitos humanos são direitos que garantem às pessoas sujeitas à jurisdição de um Estado meios de vindicação de seus direitos, para além do plano interno, nas instâncias internacionais de proteção (v.g., em nosso entorno geográfico, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que poderá submeter a questão à Corte Interamericana de Direitos Humanos).

De outro lado, os direitos fundamentais localizam-se nas Constituições respectivas de cada Estado, restringidos pelo tempo e espaço, como também observado pelo autor supracitado, que apresenta a seguinte terminologia quando trata de direitos fundamentais:

Trata-se de expressão afeta à proteção interna dos direitos dos cidadãos, ligada aos aspectos ou matizes constitucionais de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Cartas Constitucionais contemporâneas. São direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Tais direitos devem constar de todos os textos constitucionais, sob pena de o instrumento chamado Constituição perder totalmente o sentido de sua existência, tal como já asseverava o conhecido art. 16 da Declaração (francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: ‘A

sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição' (MAZZUOLI, 2017, p. 26).

Não se pode olvidar, todavia, de que direitos fundamentais são direitos humanos em sentido material, uma vez que seu titular sempre será a pessoa. Nesse ponto de vista, é traçada a distinção elucidada por Sarlet (2015, p. 29-30):

Em que pese os dois termos ('direitos humanos e direitos fundamentais') sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação como determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

No âmbito desse debate, alguns autores optaram por adotar o termo "direitos humanos fundamentais", destacando-se Moraes (2017, p. 20), que elaborou a seguinte definição para a nomenclatura em questão:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Embora a utilização dessa expressão não afaste a importância da distinção conceitual, da mesma forma que os direitos humanos discorrem sobre reconhecimento, proteção de valores e reivindicações de todos os

seres humanos, é comum tal fundamentalidade aos direitos fundamentais. Entretanto, entende-se que os direitos humanos e os direitos fundamentais não se confundem, porquanto fazem parte de planos de eficácia distintos (SARLET, 2015, pp. 32-33).

Feitas essas considerações iniciais, tem-se que a Declaração Universal de Direitos Humanos, a sua vez, no seu artigo XXV, tópico 1, estabeleceu que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar.”

Já a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada internamente no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, não tratou especificamente do direito à saúde em seu texto originário, mas, posteriormente, editou-se o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual reconhece tal direito no artigo 10, referindo que “Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.” Ainda, o mesmo dispositivo qualifica o direito à saúde como um bem público, comprometendo os Estados-Partes na adoção de medidas para garantia desse direito, inclusive apontando a necessidade de prevenção e tratamento de doenças profissionais.

A Organização Mundial da Saúde, no seu texto constituidor, afirma que o “gozo do grau máximo de saúde que pode ser alcançado é um dos direitos fundamentais de todo ser humano.” Segundo Carvalho (2018, p. 816), esse direito humano, tão íntimo à pessoa, faz as vias de protetor do bem-estar físico, mental e social do indivíduo, cabendo ao Estado ofertar serviços públicos que lhe dê essa garantia. Nesse sentido, já numa concepção de direitos fundamentais, o poder constituinte originário consagrou, no texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 6º, o direito à saúde como um direito social.

Diante desse contexto, é inequívoco que o direito à saúde mental se classifica como um direito humano, mas a ele não se limita, sendo também um direito fundamental, na qualidade social. Trata-se, pois bem, de um dos direitos mais delicados e vulneráveis de ser infringido por outro, uma vez que se está diante da proteção daquilo que rege todas as esferas do ser humano: a mente.

2.1 Caracterização da doença

Na mesma medida em que os documentos protetivos de direitos humanos e direitos fundamentais trataram de garantir a proteção à saúde, incluindo, por óbvio, a mental, também foram redigidos traços de amparo ao direito do trabalhador. São inúmeros tratados, declarações, até mesmo os já citados aqui, como documentos editados pela OIT. Também a Constituição Federal de 1988 qualificou o direito ao trabalho como social, assim como o fez com a saúde.

Ocorre que, no âmbito desses direitos garantidos aos trabalhadores e ao trabalho, por si próprio, está algo que muitas vezes acaba esquecido na sociedade atual, qual seja, a saúde mental do trabalhador. Dados alarmantes da Organização Mundial da Saúde indicam que, até 2020, a depressão será a doença mais incapacitante do mundo. Segundo o Órgão, a depressão é um dos transtornos mentais mais frequentes, atingindo mais de trezentos milhões de pessoas ao redor do globo. Também a doença é definida pela entidade como a maior causa global de incapacidade e morbidade, ao passo que nos piores casos pode levar ao suicídio.

No Brasil, o Ministério da Saúde aponta que, por meio de estudo epidemiológico, a prevalência da depressão ao longo da vida está em torno do percentual de 15,5%. Consta na plataforma disponível na internet do Órgão, que a prevalência da depressão na rede primária de saúde é de 10,4%, analisada de forma isolada ou associada a um transtorno de natureza

física. Ainda, de acordo com dado da OMS indicado pelo Ministério da Saúde Brasileiro, a depressão situa-se em quarto lugar entre as principais causas de ônus. Ocupa a primeira posição quando considerado o tempo vivido com incapacitação ao longo da vida (mais precisamente, 11,9%). Um dos fatores de risco da depressão é o estresse crônico.

É na esteira da depressão e do estresse crônico, que repousa o objeto principal desse estudo, isto é, a chamada síndrome de *burnout*¹ ou síndrome do esgotamento profissional, a qual veio a ser descrita primeiramente no ano de 1974, pelo médico americano Freudenberger como um distúrbio psíquico (VIEIRA, 2010, p. 271).

O termo *burnout* pode ser definido, igualmente, como aquilo que deixou de funcionar por ausência de energia. A síndrome constitui um processo iniciado com excessivos e prolongados níveis de estresse/tensão no ambiente de trabalho. É diagnosticada mediante quatro concepções teóricas: clínica, sociopsicológica, organizacional e sócio-histórica (TRIGO, TENG e HALLAK, 2007, p. 225).

Engloba sentimentos como desesperança, solidão, depressão, raiva, impaciência, irritabilidade, tensão, diminuição de empatia, sensação de baixa energia, fraqueza, preocupação, aumento da suscetibilidade para doenças, cefaleias, náuseas, tensão muscular, dor lombar ou cervical, e distúrbios do sono. Os fatores de risco para desenvolvimento da doença envolvem organização, indivíduo, trabalho e sociedade (TRIGO, TENG e HALLAK, 2007, pp. 225-226).

O Ministério da Saúde conceitua a síndrome de *burnout* como um “distúrbio emocional com sintomas de exaustão extrema, estresse e esgotamento físico resultantes de situações de trabalho desgastante, que demandam muita competitividade ou responsabilidade.” A doença,

¹ Em inglês, *burn* significa queima, combustão, enquanto *out* remete a algo exterior.

portanto, desenvolve-se no ambiente de trabalho, sendo o excesso de trabalho a principal causa da síndrome.

A patologia atinge, comumente, profissionais que laboram sob pressão e com responsabilidades frequentes como médicos, enfermeiros, professores, policiais, jornalistas, entre outros. Essa doença, ainda segundo o Ministério da Saúde, pode resultar em estado de depressão profunda, sendo essencial e emergente a procura por apoio médico, tão logo apresentados seus sintomas (dentre eles, nervosismo, sofrimentos psicológicos e problemas físicos).

De acordo com Varella, o sintoma típico da síndrome é a sensação de esgotamento físico e emocional por conta de situações estressantes no trabalho. Os pacientes começam a ter várias atitudes negativas como ausências no trabalho, agressividade, isolamento, mudanças bruscas de humor, irritabilidade, dificuldade de concentração, lapsos de memória, pessimismo, baixa autoestima, além de ficarem suscetíveis a desenvolver outras doenças como ansiedade, depressão e síndrome do pânico - se já não presentes.

No ano de 2019, a síndrome de *burnout* foi incluída pela Organização Mundial da Saúde na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID 11), mais especificamente no grupo 24 (fatores que influenciam o estado de saúde), associada à categoria de problemas relacionados ao emprego ou desemprego. Foi a primeira vez que uma doença causada por estresse profissional foi inserida na lista mundial de patologias da OMS.

Anterior ao reconhecimento da síndrome pela OMS, em 2012, a *International Stress Management Association* (ISMA-BR) realizou pesquisa consistente em entrevistas com mil executivos, em oito países: Estados Unidos, Japão, China, Alemanha, França, Brasil, Israel e Fiji. O estudo apontou que 70% da população economicamente ativa no Brasil sofre de

patologias associadas ao excesso de estresse (OLIVEIRA, 2013). O Órgão, já em 2011, indicava que 30% dos profissionais brasileiros acabaram vitimados pela síndrome de *burnout*, ao passo que o Brasil, à época, ocupava o segundo lugar na lista das nações com mais vítimas do esgotamento no trabalho (JÚNIOR, 2011).

Salta aos olhos, nessa linha, que doenças como síndrome de *burnout*, depressão e ansiedade estão cada vez mais comuns. É difícil não conhecer pelo menos uma pessoa do círculo de convivência que não faça uso dos populares remédios controlados. O questionamento que se faz, especialmente em relação ao desenvolvimento dessas doenças por questões profissionais, é: o que levou o país a isso?

2.2 Esgotamento para todos os lados

Em que pese as áreas comumente citadas como fatores de risco do *burnout* serem ligadas à saúde, à educação e à segurança, uma classe profissional em especial parece refletir em muito no espelho do esgotamento emocional: a advocacia. O acúmulo de funções e exorbitante quantidade de demandas, notados, especialmente, em escritórios que prestam serviço em massa para grandes empresas, podem estar atrelados aos transtornos mentais que atingem os advogados (BELLUCCI, 2012, p. 11).

Tem-se que a depressão e demais problemas psiquiátricos se tornaram epidêmicos na advocacia, a qual é movimentada por uma massa de profissionais que, muitas vezes, labutam sob efeitos de antidepressivos e ansiolíticos. Esse tipo de constatação foi objeto de uma coluna recente escrita por Ravagnani ao site jurídico “Justificando”, mediante experiência pessoal e inspirado por um perfil da rede social *instagram*, denominado “paulistaelevator”, um espaço de humor, mas voltado para denunciar casos de jornadas exaustivas e assédio moral, sua maioria formada por advogados de grandes escritórios.

Ao acessar o perfil supracitado, depara-se com um destaque chamado “Revolta do Lexa”. Dentre as publicações, há fotos da medicação *rivotril*, com a legenda “solução para ativos estressados”, uma caixinha do remédio *sertralina* e dos dizeres “*double trouble*”, também há uma cartela de *seakalm*, dizendo “sim, mandamos hoje”, “se o prazo era sexta? Enviamos na quarta”, com uma reserva do medicamento *lexapro*, e parece “que teremos de remarcar suas férias”, acompanhado de uma cartela do remédio *clonazepam*.

A Psicóloga Fátima Antunes, por sua vez, realizou pesquisa empírica, sob o modelo de análise Demanda-Controle-Suporte, de Robert Karasek. O estudo aplicou um questionário para 702 advogados, sendo que 53,7% dos profissionais eram homens, e 46,3% mulheres, a maioria vinda da região Sudeste do Brasil, e com idade a partir dos vinte anos. Os resultados obtidos pela pesquisa indicaram que a advocacia exige diversas demandas psicológicas diariamente, tendo os advogados acentuado controle sobre o trabalho que exercem. Entretanto, não possuem suporte social, apoio dos colegas, tampouco dos superiores, nas suas realizações (JÚNIOR, 2011).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasileiros e sua Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde, no ano de 2018, editaram a Cartilha da Saúde Mental da Advocacia. No tópico referente à síndrome de *burnout*, o Órgão de classe aduz que:

Na cultura de ‘glorificação do estresse’ que ocorre nos dias atuais, na qual só sobrevive no mercado de trabalho quem dá tudo de si e se orgulha quem não possui tempo para nada além do escritório, os transtornos de ansiedade relacionados à profissão crescem, e junto a eles a necessidade de buscar a ajuda e tratamento adequados – respeitando os diferenciais de cada um. (OAB, 2018, p. 13).

Mas o problema não atinge tão somente os advogados brasileiros. Na segunda edição da Cartilha sobre Saúde Mental do Advogado, a Ordem dos Advogados Brasileiros apontou estudo realizado pela *American Bar Association-Commission on Lawyer Assistance Programs*, em 2016, com treze mil profissionais estadunidenses, em dezenove diferentes estados. Em relação à saúde mental da advocacia, 28% dos advogados norte-americanos sofriam de depressão, 23% de estresse e 20% de ansiedade (OAB, 2019, p. 10).

Outra seara profissional também atingida pela síndrome de *burnout* é a docência. Um estudo realizado em trinta e cinco escolas municipais, dezenove estaduais e seis particulares, com ensino fundamental e médio, na cidade de Porto Alegre, em 2006, verificou que a maioria dos professores entrevistados trabalhava mais de vinte horas semanais (51%), mantendo contato, diariamente, com até cem alunos. A quase totalidade dos professores desenvolvia atividades docentes em horário fora da jornada laboral - extraclasse (cerca 96,2%), e muitos também exerciam outras atividades profissionais (59%). Foi utilizado método para verificar o estresse profissional dos professores em três dimensões: realização pessoal no trabalho, despersonalização e diminuição da realização profissional, características que servem para o diagnóstico de manifestação da *burnout* (CARLOTTO e PALAZZO, 2006, p. 1019).

Com relação aos níveis de *burnout*, a pesquisa verificou que a exaustão emocional foi a dimensão que atingiu maior índice médio, seguida pelo fator da diminuição da realização pessoal no trabalho, sendo que a de menor índice foi a despersonalização em relação às pessoas que lidam no ambiente profissional. Quanto aos fatores de estresse apresentados pelos professores, constatou-se que apenas o fator expectativas familiares em relação ao trabalho se associou com a dimensão exaustão emocional. Já a dimensão de despersonalização evidenciou associação com expectativas

familiares, mau comportamento dos alunos e falta de participação nas decisões institucionais. O fator mau comportamento dos alunos mostrou associar-se com a dimensão diminuição da realização pessoal no trabalho (CARLOTTO e PALAZZO, 2006, p. 1020).

Em se tratando da área da saúde, manejando-se métodos semelhantes ao estudo supracitado, uma pesquisa empírica realizada no ano de 2007, entrevistou sessenta e um trabalhadores de enfermagem atuantes no Pronto Socorro do Hospital Universitário Regional do Norte do Paraná. No estudo, verificou-se que 21,3% dos profissionais apresentavam alta classificação para exaustão emocional, 32,8% alta classificação para despersonalização e 26,2% apresentaram baixa classificação para realização profissional. Dentre os profissionais pesquisados, uma enfermeira, duas técnicas de enfermagem e duas auxiliares de enfermagem apresentaram sinais e sintomas de *burnout*. Dos demais, 54,1% possuíam alto risco para manifestação de *burnout*, e 37,7% baixo risco para desenvolver a doença (JODDAS e HADDAD, 2008, p. 194).

O ambiente universitário também abriga transtornos mentais, principalmente a depressão e a ansiedade. Casos de suicídio têm sido cada vez mais comuns. No Rio Grande do Sul, entre julho do ano de 2018 e maio de 2019, houve notícia de três alunos que se suicidaram, em universidades renomadas do estado, tendo-se informações de que os universitários estavam em sofrimento psíquico. Um dos casos vitimou uma aluna da UFPEL, ao passo que a colega de quarto mencionou à equipe jornalística da Zero Hora que a estudante sofria de depressão e estava apresentando crises de ansiedade. Os motivos giravam em torno de dívidas e desemprego, dificultados pelo fato da sua condição de estudante.

Diante desse contexto fático, as universidades têm tomado medidas para prevenção e resgate da saúde mental de seus estudantes. A UFRGS, por exemplo, em iniciativa do Centro Interdisciplinar de Pesquisa e

Atenção à Saúde (CIPAS), órgão auxiliar do Instituto de Psicologia da UFRGS, criou um grupo de trabalho específico, o qual atende universitários que sofrem de transtornos psíquicos, podendo ser acessado por site específico.

Para se ter uma noção de que a síndrome de *burnout* já vem sendo vislumbrada há anos, um estudo empírico realizado no ano de 2008 analisou 514 estudantes da área da saúde, de uma universidade privada da cidade de Porto Alegre. O método de estudo aplicado buscou verificar os preditores da *burnout* por meio de três fatores: exaustão emocional, descrença e eficácia profissional (CARLOTTO e CÂMARA, 2008, p. 105).

Os resultados obtidos na dimensão de exaustão emocional (englobando intenção de abandonar/permanecer no curso, idade, número de disciplinas em curso no semestre, prática de atividade de lazer, satisfação com o curso, semestre, realizar curso complementar na área e possuir experiência profissional na área), apontou 29,2% da variabilidade da exaustão emocional. Com relação ao fator da descrença (intenção de abandonar/permanecer no curso, atividade de lazer, satisfação com o curso e idade), expressaram 20,1%. A eficácia profissional (explicada pelas variáveis abandono do curso, atividade de lazer, experiência profissional na área e satisfação com o curso), perfazem 11,4% da variância dimensional (CARLOTTO e CÂMARA, 2008, p. 105).

A pesquisa também concluiu que quanto mais jovens os estudantes, mais presente o fator de exaustão emocional, pois precisam aprender a lidar com as frustrações da vida, do ambiente de trabalho, e com responsabilidades, algo que, para a maioria, recém saída do ensino médio, consiste em algo muito novo. O número de disciplinas cursadas também surge forte como preditora da exaustão emocional, detectora da síndrome de *burnout*. Não possuir atividades de lazer também atinge em muito os

universitários tanto no fator da exaustão emocional quanto na descrença (CARLOTTO e CÂMARA, 2008, pp. 106-107).

2.3 Quando o trabalho te consome: o caso Izabella Camargo

Um caso que ganhou as redes sociais no último ano, envolve a jornalista Izabella Camargo, a qual declarou publicamente ter sofrido da síndrome de burnout. Em entrevista à Revista Veja, matéria que foi publicada em janeiro de 2019, a jornalista declarou que os sintomas da síndrome iniciaram em 2015, quando ela ingressou no programa jornalístico Hora 1, transmitido no horário da madrugada da programação da emissora Rede Globo.

Devido ao horário de trabalho, a jornalista não conseguia dormir o suficiente para recuperação física e mental. Começou a tentar todas as técnicas para se adaptar à nova rotina de trabalho, sem êxito. Passou a fazer uso de indutores de sono para dormir logo e acordar às duas horas da manhã. Em 2016, o quadro da jornalista se agravou, tendo-lhe sido receitado antidepressivos pelo seu médico psiquiátrico.

Em julho do ano de 2017, a carga horária de trabalho da jornalista aumentou, ao passo que o corpo reagiu com episódios de taquicardia, enjoos, crises nervosas e choro constante. Até que a profissional simplesmente sofreu um apagão quando estava no ar: não lembrava o nome da capital do Paraná, sua cidade de origem. O episódio foi observado por uma espectadora, a qual questionou o que estava acontecendo nas redes sociais. *Burnout*. Era o diagnóstico dado pelo psiquiatra ao quadro clínico de Izabella.

Na matéria publicada pela Revista Veja, a jornalista questiona: “Se você está cansado, dorme no fim de semana. Mas como lidar com o acúmulo de exaustão?” Izabella relatou ter sofrido muita incompreensão,

mencionando ter levado laudos aos chefes pedindo mudança de horário. Após um período de licença-médica, acabou por ser dispensada.

Após a demissão, Izabella contou ao público, por meio das redes sociais, sobre a patologia a que fora cometida. Acabou por movimentar uma grande massa que sofre calada. Seu perfil na rede social *Instagram* (@izabellacamargoreal), até o dia 10 de novembro de 2019, conta com 283 mil seguidores. A jornalista faz posts diários sobre a doença e atua em várias causas para conscientização e prevenção. Criou a campanha digital regida pela #daumtempo, e está vinculada ao projeto “A Dor Pode te Marcar”, do Ministério Público do Trabalho, um movimento de prevenção, atuante nas doenças ocupacionais que podem afligir o trabalhador.

No dia 5 de julho de 2019, a Justiça do Trabalho decidiu pela reintegração da jornalista na emissora Rede Globo, após julgamento de reclamatória trabalhista ajuizada por Izabella, quando da sua demissão.

Considerações finais

Ao decorrer das linhas aqui traçadas, inicialmente, buscou-se fazer um panorama sobre o direito humano à saúde, culminando na conclusão de que no âmago dessa garantia também está a proteção de um dos bens humanos mais preciosos, qual seja, a mente.

Partindo dessa concepção, analisaram-se as características da doença denominada síndrome de *burnout* ou esgotamento profissional, verificando que o Brasil está entre as nações que mais sofrem da doença. Além disso, observou-se que a patologia apresenta fortes laços com outros transtornos mentais como a depressão e a ansiedade.

Igualmente, foram abordados alguns dados extraídos de pesquisas empíricas e de relatos sobre diversas áreas profissionais como a advocacia, o ensino básico, a saúde e também os universitários.

Ao final, a pesquisa relata o caso da jornalista Izabella Camargo, diagnosticada com a doença, sobre a qual se manifesta publicamente em redes sociais, trabalhando em medidas de prevenção e combate.

A sociedade contemporânea, cada vez mais disputada e concorrida no âmbito profissional, em grande medida, respira por intermédio de antidepressivos e de ansiolíticos. As pessoas precisam de remédios para acordar, para assim se manter e para dormir. No cerne dessas constatações, está a síndrome de *burnout*, objeto deste estudo.

O presente estudo, sem qualquer objetivo de esgotamento da temática, tão complexa e pertinente, consiste em um apelo para que se produzam, a cada dia, mais pesquisas sobre essa doença. Outrossim, é necessária a adoção de medidas de conscientização da sociedade sobre a síndrome de *burnout*, para os que sofrem e para os que lidam com quem sofre. Também se faz impositivo que os Órgãos protejam o empregado que é acometido por essa doença. Com isso, aqueles que lutam por tantas causas em suas searas profissionais não precisarão se deixar consumir em nome dessa bandeira.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello. 3.reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm>. Acesso em: 03 nov. 2019.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Disponível em: <<http://saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

BELLUCCI, Ana Amélia Raniere. O estresse no ambiente de trabalho do advogado em tempos modernos. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 38, n. 146, abr./jun. pp. 11-38, 2012.

CARLOTTO, Mary Sandra; PALAZZO, LÍlian dos Santos. Síndrome de burnout e fatores associados: um estudo epidemiológico com professores. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 22, pp. 1017-1026, mai, 2006.

CARLOTTO, Mary Sandra; CÂMARA, Sheyla Gonçalves. Preditores da Síndrome de Burnout em estudantes universitários. **Revista Pensamento Psicológico**, Vol. 4, Nº10, pp. 101-109, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. A depressão alcança e prejudica as carreiras jurídicas. 2 set. 2018. **CONJUR**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-02/segunda-leitura-depressao-alcanca-prejudica-carreiras-juridicas>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

JODAS, Denise Albiere; HADDAD, Maria do Carmo Lourenço. Síndrome de Burnout em trabalhadores de enfermagem de um pronto socorro de hospital universitário. **Revista Acta Paul Enferm**, v. 22, pp. 192-7, 2009.

JÚNIOR, Helder. O Estresse no Banco dos Réus: no julgamento de advogados, médicos e psicólogos, o estresse é condenado como um dos maiores malefícios do exercício da advocacia hoje. E até o Judiciário cumpre a pena. **Revista FGV**, v. 5, n. 25, pp. 25-27, jan./fev., 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

MARTINS, Sérgio. Recontratada pela Globo, Izabella Camargo desabafa: 'Madrugada nunca mais'. 23 set. 2019. **Veja Abril**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/>

entretenimento/madrugada-nunca-mais-desabafa-izabella-camargo/> Acesso em: 10 nov. 2019.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2017.

MELO, Itamar; VILANI, Tadeu. Depressão e ansiedade de universitários: um problema em ascensão que preocupa especialistas e instituições. 16 ago. 2019. **Gaúcha ZH**. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2019/08/depressao-e-ansiedade-de-universitarios-um-problema-em-ascensao-que-preocupa-especialistas-e-instituicoes-cjze96go8034to1pauol8bbe2.html>>. Acesso em 10 nov. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 11.ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, João Vítor. Estresse no trabalho. **USP**. Disponível em: <<http://www.usp.br/espacoaberto/?materia=estresse-no-trabalho>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

OAB. **Cartilha da Saúde Mental da Advocacia**: o cuidado de si como inerente à preservação dos direitos dos outros. Org.: Sandra Krieger Gonçalves. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

OAB. **Cartilha da Saúde Mental da Advocacia**: o cuidado de si como inerente à preservação dos direitos dos outros. Org.: Sandra Krieger Gonçalves. 2.ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

OMS. **CID 11**. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

OMS. **Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <<https://www.who.int/es>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAVAGNANI, Giovani. A advocacia está em depressão, toma ansiolíticos e ninguém está nem aí. 2 ago. 2019. **JUSTIFICANDO**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/08/02/a-advocacia-esta-em-depressao-toma-ansioliticos-e-ninguem-esta-nem-ai/>>. Acesso em 03 nov. 2019.

REVISTA VEJA. O Corpo Pediu Socorro. 11 jan. 2019. **Revista Veja**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/revista-veja/o-corpo-pediu-socorro/>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

UFRGS. **Saúde Mental**. Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/saudemental/> >. Acesso em: 10 nov. 2019.

VARELLA, Drauzio. **Síndrome de Burnout (esgotamento profissional)**. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/sindrome-de-burnout-esgotamento-profissional/>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

VIEIRA, Isabela. Conceito(s) de burnout: questões atuais da pesquisa e a contribuição da clínica. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 35, nº 122, São Paulo, Jul/Dez 2010, pp. 269-276, 2010.

TRIGO, Telma Ramos; TENG, Chei Tung; HALLAK, Jaime Eduardo Cecílio. Síndrome de burnout ou estafa profissional e os transtornos psiquiátricos. **Revista Psiquiatria Clínica**, v. 34, pp. 223-233, 2007.

Impactos do assédio moral organizacional virtual na saúde mental do trabalhador

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, fundada na cidadania (art. 1º, II), na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e na valorização social do labor (art. 1º, IV), consagra o direito fundamental ao trabalho como seu núcleo ético-jurídico (art. 6º e 7º) e pilar estruturante da ordem econômica (art. 170) e social (art. 193). Com efeito, tendo como base o primado do trabalho e da justiça social, a Constituição Federal reconhece a centralidade do labor humano e a sua essencialidade na afirmação democrática.

O tratamento constitucional especial conferido ao direito do trabalho também pode ser vislumbrado na enumeração de diversos direitos fundamentais do art. 7º ao art. 11, bem como na concretização dos princípios da progressividade e da vedação ao retrocesso social, a partir da expressão “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, prevista no art. 7º, *caput*.

Nesse contexto, considerando a ampla proteção ao trabalho humano conferida pelo texto constitucional, os direitos fundamentais são plenamente aplicados às relações de trabalho. Destarte, podem ser identificados dois grupos: a) direitos fundamentais laborais específicos (indivíduo na condição de trabalhador); e b) direitos fundamentais laborais inespecíficos (indivíduo na condição de cidadão).

Além dos direitos fundamentais laborais específicos ou inespecíficos previstos no Título II da Constituição Federal, com base na cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, consolidada no art. 5º, §2º, podem ser identificados direitos fundamentais aplicados às relações de trabalho em outras partes da Constituição, como, *v.g.*, o direito ao meio ambiente do trabalho saudável (art. 200, VIII, e art. 225).

Em semelhante sentido, com base no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, também podem ser reconhecidos direitos fundamentais fora do texto constitucional. Nesse contexto, são reconhecidos e aplicados às relações laborais os direitos fundamentais implícitos e os direitos previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Estado brasileiro.

Assim, a título de exemplo, pode ser identificado como um direito fundamental implícito laboral o *direito à desconexão*, pois decorre do regime democrático e dos princípios fundamentais, estando diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana e à valorização social do trabalho, além de possuir alicerce na limitação razoável da duração do trabalho, no direito à saúde e no direito ao lazer.

Diante da assimetria ou desequilíbrio das relações de labor, o empregador, em muitos casos, ao exercer os poderes diretivos extrapola os limites de razoabilidade, violando diversos direitos fundamentais do trabalhador, bem como a sua eficácia horizontal e diagonal. Necessitando do trabalho para seu sustento e de sua família, o empregado nada pode fazer para impedir as condutas abusivas patronais. É nesse contexto que está inserido o assédio moral.

A disseminação da internet e o surgimento de aplicativos e plataformas digitais, no contexto de Quarta Revolução Industrial, acarreta o surgimento de formas atípicas de execução e fiscalização do labor,

possibilitando o surgimento de uma nova modalidade assediadora: o assédio moral virtual.

Na medida em que o assédio moral virtual está inserido na política gerencial da empresa, atingindo todos os trabalhadores indistintamente, emerge o assédio moral organizacional virtual. Desse modo, o presente artigo objetiva examinar essa nova modalidade assediadora, à luz da Convenção 190 da OIT, identificando os seus impactos na saúde mental do trabalhador.

2 Assédio moral organizacional

O assédio moral laboral ou interpessoal, conforme conceituação proposta por Pamplona Filho, Wyzykowski e Barros (2016, p. 120), consiste no:

Conjunto de condutas abusivas e intencionais, reiteradas e prolongadas no tempo, que visam a exclusão de um empregado específico, ou de um grupo determinado destes, do ambiente de trabalho por meio do ataque à sua dignidade, podendo ser comprometidos, em decorrência de seu caráter multiofensivo, outros direitos fundamentais, a saber: o direito à integridade física e moral, o direito à intimidade, o direito ao tratamento não discriminatório, dentre outros.

Soboll e Heloani (2008, p. 21), por seu turno, entendem por assédio moral:

Uma situação extrema de agressividade no trabalho, marcada por comportamentos ou omissões, repetitivos e duradouros. Tem como propósito destruir, prejudicar, anular ou excluir e é direcionado a alvos escolhidos (uma ou mais pessoas em especial). Caracteriza-se por sua natureza agressiva, processual, pessoal e mal-intencionada.

Nesse sentido, a partir das contribuições doutrinárias e acadêmicas, pode-se conceituar o assédio moral laboral como: *a tortura psicológica*

perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e intencionais, praticadas por meio de palavras, gestos e atitudes, de forma reiterada e prolongada, que atingem a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador, comprometendo o exercício do labor e, até mesmo, a convivência social e familiar.

O desenvolvimento da tecnologia da informação transformou as relações sociais e também o modo de execução do labor. A nova organização do trabalho, balizada pelo desenvolvimento tecnológico e informacional, todavia, conquanto tenha ampliado a produtividade, não melhorou, em muitas situações, as condições laborais.

Os trabalhadores, submetidos a acelerados ritmos de produção, sofrem cada vez mais com o estresse, com as exigências de metas abusivas, com o controle do modo, forma e método de trabalho e com o comprometimento das relações interpessoais. Pressão para atingir metas, sobrecarga e ritmo excessivo de trabalho, segregação dos funcionários, sistema de premiações, divisão de tarefas, estratégias de controle e extrapolação da jornada de trabalho são alguns traços característicos dessa nova organização do trabalho. É nesse contexto que emerge o assédio moral organizacional.

O assédio moral organizacional, também denominado de assédio moral institucional ou *straining*¹, caracteriza-se como uma modalidade de assédio moral relacionada aos métodos de gestão de determinada organização laboral, que, em busca da elevação dos índices de produtividade e lucro, viola os direitos fundamentais de diversos trabalhadores.

¹ O termo *straining* significa puxar, esticar, tensionar. Nas relações de trabalho, o vocábulo *straining*, consoante estudos de Harald Ege, consiste na situação de estresse forçado, na qual a vítima é um grupo de trabalhadores de um determinado setor ou repartição, que é obrigado a trabalhar sob grave pressão psicológica e ameaça iminente de sofrer castigos humilhantes. Desse modo, no *straining*, todo o grupo indistintamente é pressionado para aumentar produtividade, atingir metas, bater recordes nas vendas, sob pena de ser acusado de desinteressado, sofrer punições ou, até mesmo, perder o emprego. Trata-se, dessa forma, como bem preleciona Calvo (2014, p. 74-76), de um método de gestão por estresse ou injúria, que pode ser utilizado para a prática do assédio moral organizacional, mas não correspondendo ao assédio em si.

Conforme conceito proposto por Araújo (2012, p. 76), configura o assédio moral organizacional:

O conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos.

Desse modo, segundo a autora, o assédio moral organizacional funciona como um instrumento de gestão e de normatização da conduta dos trabalhadores, possibilitando o engajamento e controle de todo o pessoal, a fim de implementar o ritmo e a qualidade da produção, sem que qualquer reivindicação das condições de trabalho seja intentada (ARAÚJO, 2012, p. 78).

Soboll e Gosdal (2009, p. 37) conceituam o assédio moral organizacional como:

Um conjunto sistemático de práticas reiteradas, inseridas nas estratégias e métodos de gestão, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos, para que sejam alcançados determinados objetivos empresariais ou institucionais, relativos ao controle do trabalhador (aqui incluído o corpo, o comportamento e o tempo de trabalho), ou ao custo do trabalho, ou ao aumento de produtividade e resultados, ou à exclusão ou prejuízo de indivíduos ou grupos com fundamentos discriminatórios.

O assédio organizacional, consoante Soboll (2008, p. 21), corresponde a um processo no qual a violência está inserida nos aparatos, nas estruturas e nas políticas organizacionais ou gerenciais da empresa, políticas estas que são abusivas e inadequadas e que possuem o propósito de

exercer o gerenciamento do trabalho e do grupo, visando produtividade e controle organizacional.

Nesse sentido, com base nas definições acima apresentadas, formula-se a seguinte proposta de conceituação: *o assédio moral organizacional consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas e reiteradas, que estão inseridas na política gerencial da empresa, dirigidas a todos os trabalhadores indistintamente ou a um determinado setor ou perfil de trabalhadores, cuja finalidade é exercer o controle sobre a coletividade e garantir o alcance dos objetivos institucionais, que atinge a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador.*

A partir do conceito proposto são extraídos seis elementos caracterizadores do assédio moral organizacional, a saber: abusividade da conduta, habitualidade, contexto organizacional ou gerencial, natureza coletiva do público alvo, finalidade institucional e ataque à dignidade e aos direitos fundamentais do trabalhador.

3 Convenção 190 da OIT: violência e assédio no mundo do trabalho

Em 10 de junho de 2019, na 108ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, em comemoração ao centenário da Organização Internacional do Trabalho – OIT, foi aprovada a Convenção 190, que versa sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho.

Alicerçada nas *core obligations*², a Convenção 190 da OIT reconhece que a violência e o assédio nas relações laborais violam os direitos

² A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, consagra as obrigações essenciais (*core obligations*), a saber: (a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (c) a efetiva abolição do trabalho infantil; e (d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Desse modo, ainda que os Estados Membros da OIT não tenham ratificado as Convenções relativas às referidas obrigações (Convenções 29, 87, 98, 100, 111, 105, 138 e 182), pelo simples fato de pertencer à Organização, nasce o compromisso de respeitar, promover e tornar realidade os respectivos princípios e direitos fundamentais.

humanos, ameaçam a igualdade de oportunidades e são incompatíveis com o trabalho decente³. Ademais, comprometem o meio ambiente do trabalho, afetando a organização do labor, o desenvolvimento sustentável, as relações pessoais, a produtividade e a qualidade dos serviços, além de impedir que as pessoas, em especial as mulheres, tenham acesso ao mercado de trabalho, permaneçam e progridam profissionalmente.

Com efeito, como aviltam a dignidade, a saúde psicológica, física e sexual da pessoa, além das suas relações familiares e sociais, as referidas práticas devem ser prevenidas e combatidas, com vistas a garantir a todo ser humano o direito ao mundo do trabalho livre de violência e assédio.

A Convenção 190 da OIT, em seu art. 1º, conceitua a violência e o assédio no mundo do trabalho como:

Um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou ameaças de tais comportamentos e práticas, que se manifestam apenas uma vez ou repetidamente, que objetivam causar, causam ou são suscetíveis de causar danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos, incluída a violência e o assédio em razão de gênero.

A partir da conceituação constante da Convenção 190 da OIT, convém observar que: a) a violência e o assédio são tratados de forma conjunta; b) é utilizada a expressão *world of work*, na versão em inglês, ao invés de *workplace* (local de trabalho), possibilitando-se um maior alcance das disposições convencionais; c) uma única manifestação é suficiente para sua configuração; e d) é conferido um tratamento especial à violência e ao

³ O trabalho decente consiste no trabalho produtivo, adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança e capaz de garantir uma vida digna. Como condição fundamental para a superação da pobreza, redução das desigualdades sociais, garantia da governabilidade democrática e desenvolvimento sustentável, o conceito de trabalho decente foi formalizado pela OIT em 1999 e é eixo central para onde convergem os quatro objetivos estratégicos da OIT, quais sejam: i) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho; ii) promoção do emprego de qualidade; iii) extensão da proteção social; iv) fortalecimento do diálogo social). (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. 1999).

assédio em razão de gênero⁴, sendo reconhecida, inclusive, a interseccionalidade⁵.

Desse modo, observa-se que uma das principais inovações da Convenção 190 da OIT diz respeito ao tratamento conjunto da violência e do assédio. Com a utilização da expressão “violência e assédio”, o novo diploma internacional apresentou os vocábulos de forma conjugada, oferecendo um único conceito para os referidos fenômenos. Assim, ampliou-se a definição, alargando-se, por conseguinte, a sua incidência.

Desse modo, ao utilizar de forma conjugada as expressões violência e assédio, juntamente com a referência “mundo do trabalho”, ao invés de local de trabalho, possibilitou-se um maior alcance da Convenção 190 da OIT.

Outrossim, com base nos arts. 2º e 3º, verifica-se o alargamento do âmbito de aplicação do novel diploma normativo, em especial quanto às pessoas tuteladas, setores abarcados, momentos da ocorrência dos atos abusivos e lugares abrangidos.

Com relação às pessoas, a Convenção 190 da OIT (2019), consoante seu art. 2º, tutela todos aqueles envolvidos no mundo laboral, como, por exemplo, empregados, trabalhadores autônomos, estagiários, aprendizes, voluntários, trabalhadores despedidos, candidatos a emprego, bem como os trabalhadores que exercem cargos de chefia e gestão. Ademais, é aplicada aos setores públicos e privados, à economia formal e informal, assim como às zonas urbanas e rurais (art. 2º, item 2).

⁴ A Convenção 190 da OIT conferiu um tratamento especial à violência e ao assédio em razão de gênero, que compreende a violência física, sexual ou psicológica perpetrada especialmente contra as mulheres, em virtude das relações de poder entre homens e mulheres, como também a violência cometida contra pessoas que não se encaixam nos papéis de gênero socialmente aceitos.

⁵ A interseccionalidade, termo desenvolvido por Kimberle Crenshaw, dentro do movimento das feministas negras, que se refere a sobreposição de múltiplos fatores de opressão, dominação ou discriminação. Combinam-se, assim, diferentes tipos de discriminação, como por exemplo, discriminação racial e discriminação de gênero, o que acentua ainda mais a violência de gênero e potencializa a prática de assédio.

No tocante ao momento da ocorrência das práticas e comportamentos abusivos, a Convenção 190 da OIT abrange aos atos perpetrados durante o trabalho, como também os que tenham relação ou resultem do labor (art. 3º). Engloba, portanto, as condutas abusivas praticadas nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Quanto ao lugar, a utilização da expressão *world of work* (mundo do trabalho), amplia o alcance convencional, sendo que o art. 3º enumera as seguintes localidades:

- a) espaços públicos e privados, quando constituem um local de trabalho;
- b) locais onde o trabalhador é remunerado, onde descansa, onde se alimenta ou onde utiliza vestiários e instalações sanitárias;
- c) em deslocamentos, viagens, eventos, atividades sociais ou treinamentos relacionados ao trabalho;
- d) no âmbito das comunicações relacionadas com o trabalho, incluindo as realizadas através de tecnologias de informação e comunicação;
- e) no alojamento fornecido pelo empregador;
- f) nos trajetos entre a casa e o local de trabalho (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2019, tradução nossa).

Observa-se, assim, que o art. 3º, alínea “d”, da Convenção 190 da OIT reconhece expressamente o assédio virtual ao reafirmar a ocorrência da violência e do assédio no âmbito das comunicações relacionadas ao trabalho, inclusive através de tecnologias de informação e comunicação.

4 Os contornos conceituais do assédio moral organizacional virtual

Com o desenvolvimento informacional e tecnológico, muitas empresas, em busca da elevação dos lucros, passam a exigir metas abusivas e ritmos acelerados de labor. Além das formas atípicas de execução do labor, no contexto de *crowdsourcing* e *gig-economy* (economia de bico), como o *crowdword* (realização de tarefas em plataformas eletrônicas) e o trabalho

on-demand (realização de atividades demandadas por um aplicativo gerenciado por uma empresa)⁶, intensifica-se a utilização do teletrabalho e organização do labor por programação ou algoritmos (DE STEFANO, 2019).

Ademais, frequentemente são utilizados programas ou aplicativos para acompanhar a rotina de trabalho, cobrar resultados e fiscalizar a execução do labor, inclusive nas formas típicas ou tradicionais de trabalho, sendo que, em muitos casos, o empregador demanda o empregado em qualquer hora do dia, inclusive nos feriados ou repousos semanais, exercendo uma intromissão abusiva na vida privada do trabalhador. É nesse contexto que emerge a telepressão.

O termo *telepressão* tem origem no relatório sobre *Workplace Telepressure and Employee Recovery*, elaborado pelas pesquisadoras Larissa Barber e Alecia Santuzzi, do departamento de psicologia da *Northern Illinois University*. De acordo com as pesquisadoras, a telepressão consiste no envio de mensagens por meios tecnológicos acompanhadas de uma esmagadora urgência de resposta.⁷

Nesse sentido, em decorrência da hiperconectividade das pessoas aos meios informatizados nas relações de labor, a telepressão corresponde à urgência com que os empregados têm de responder a *e-mails* e mensagens instantâneas de texto ou voz a clientes, colegas e supervisores (MELO, 2018, p. 55).

⁶ O teletrabalho, consoante definição de Pinto (2007, p. 133), consiste no labor executado à distância “mediante o uso da tecnologia da informação, sobretudo a telecomunicação e a informática, substitutivas da relação humana direta”. A Lei nº. 13.467/2017, com o objetivo de regulamentar o trabalho realizado por intermédio da tecnologia da informação, incluiu o Capítulo II-A na CLT, disciplinando o teletrabalho nos arts. 75-A a 75-E, além de inserir o inciso III no art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, que excluiu o regime de teletrabalho das regras sobre limitação da jornada. De acordo com o art. 75-B da CLT, o teletrabalho pode ser conceituado como “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

⁷ “We conceptualize telepressure as a single construct defined by thinking about ICT messages accompanied by an overwhelming urge to respond” (BARBER; SANTUZZI, 2019).

Sendo assim, em virtude da cultura organizacional de constante conexão e disponibilidade, existe uma pressão por respostas imediatas, independentemente do dia, lugar e horário. É comum, portanto, que o trabalhador responda a *e-mails* de madrugada ou envie mensagens instantâneas ao supervisor fora do horário de trabalho. Quando essa cobrança por conexão permanente e respostas rápidas é acompanhada de condutas abusivas e hostis, inseridas na política gerencial da empresa, surge o assédio moral organizacional virtual.

O *assédio moral virtual*, também denominado de assédio moral eletrônico, assédio moral digital, *cyberbullying*⁸ laboral, *tecnoassédio* e *teleassédio moral*, consiste no assédio moral praticado por meios telemáticos e informatizados.

Consoante definição de Nunes (2018, p. 251), o *teleassédio moral* consiste na:

Conduta dirigida ao trabalhador, de forma velada ou não, porém reiterada, na qual a vítima fica exposta a situação vexatória e humilhante relativa ao trabalho ou a sua pessoa, em mensagem por escrito, áudio ou visual, direcionada individualmente ou em grupo, por meio de correio eletrônico pessoal ou corporativo, aplicativos de mensagens instantâneas ou reuniões virtuais por teleconferência, configurada ou não a intencionalidade do agente.

Melo (2018, p. 168) conceitua o *cyberbullying* laboral como a prática de assédio moral em relação ao trabalhador ou ao empregador no ciberespaço, cuja ocorrência mais expressiva tem sido nas plataformas de relacionamento”. Em semelhante sentido, Prata (2014, p. 92-93) conceitua o *cyberbullying* como a prática de assédio moral feita por meio da

⁸ A definição legal de *cyberbullying* encontra-se no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº. 13.185/2015, cujo texto assim dispõe: “Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial” (BRASIL, 2019).

comunicação eletrônica, sendo “*especialmente insidioso* haja vista que a tentativa de desmoralizar a vítima pode alcançar um público indefinido de pessoas”.

Para a consecução do presente estudo, será utilizada a nomenclatura *assédio moral virtual*. Desse modo, com base nas contribuições doutrinárias, o assédio moral virtual pode ser conceituado como a *tortura psicológica perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e reiteradas, praticadas por meios de comunicação escritos, orais e visuais, por intermédio de plataformas eletrônicas, aplicativos de mensagens instantâneas, correio eletrônico ou sistemas informatizados, que violam os direitos fundamentais do trabalhador*.

Convém destacar que o art. 3º, “d”, da Convenção 190 da OIT identifica expressamente a modalidade virtual do assédio ao reconhecer que os atos de violência e assédio no mundo do trabalho podem ser praticados no “âmbito das comunicações relacionadas com o trabalho, incluindo as realizadas através de tecnologias de informação e comunicação” (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2019, tradução nossa).

Nessa linha de intelecção, como bem sinaliza Nunes (2018, p. 252), a blindagem fornecida pelos meios telemáticos potencializa a crueldade do assédio moral e reforça os comportamentos agressivos. A título exemplificativo, a autora elenca algumas características do assédio moral virtual:

- Ausência de verdadeira autonomia do teletrabalhador; horário de trabalho (se flexível), local e ritmo de trabalho;
- Privar o teletrabalhador do acesso aos instrumentos telemáticos e informáticos necessários à realização do trabalho;
- Críticas injustas e exageradas;
- Acréscimo permanente de novas tarefas e/ou tarefas superiores à sua competência ou incompatíveis com sua saúde;
- Não permitir descansos e férias. Impedir a promoção;

- Enviar tarefas ou quaisquer *e-mails* em períodos de descanso e de férias;
- Isolamento do teletrabalhador nos grupos de correio eletrônico ou aplicativos de mensagens instantâneas;
- Envio de vídeos e/ou figuras e *emoji* de natureza depreciativa, injuriosa, violenta ou que ridicularizam o teletrabalhador sem a aceitação deste;
- Exclusão de reuniões e videoconferências que exigem a presença do trabalhador;
- Difusão de rumores relativos à origem, nacionalidade, vida privada, deficiência física, crença religiosa ou convicção política;
- Ameaças por escrito, áudio ou vídeo, de violência física;
- Invasão de dados do teletrabalhador – *e-mails*, mensagens em aplicativos e documentos em geral, de natureza pessoal ou laboral;
- Envio de vírus ou qualquer procedimento que danifique instrumentos eletrônicos, programas de computador ou aplicativos móveis;
- Desrespeito à condição de saúde do teletrabalhador e o não fornecimento de EPI's;
- Não envio de profissionais para averiguar as condições de trabalho no domicílio ou local de trabalho, para fins de comprovação de acidente de trabalho ou manutenção das ferramentas tecnológicas (NUNES, 2018, p. 252-253).

Além do assédio moral virtual interpessoal, quando dirigido a determinado trabalhador ou a trabalhadores específicos, também pode ser vislumbrado o assédio moral organizacional virtual, que, por estar inserido na política gerencial da empresa, atinge todos os trabalhadores indistintamente.

Nesse sentido, o *assédio moral organizacional virtual* consiste na *tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas e reiteradas, praticadas por meios de comunicação escritos, orais e visuais, por intermédio de plataformas eletrônicas, aplicativos de mensagens instantâneas, correio eletrônico ou sistemas informatizados, que estão inseridas na política organizacional e gerencial da empresa, dirigidas a todos os trabalhadores indistintamente ou a um determinado setor ou perfil*

de trabalhadores, cuja finalidade é exercer o controle sobre a coletividade e garantir o alcance dos objetivos institucionais.

A partir da conceituação proposta, observa-se que a principal diferença entre o assédio moral organizacional e o assédio moral organizacional virtual diz respeito à forma digital ou eletrônica por meio da qual as condutas abusivas são praticadas. Desse modo, quando o assédio moral for praticado predominantemente por mecanismos telemáticos e informatizados de comunicação, restará configurada a modalidade virtual.

Presente em diversas organizações laborais, como instituições bancárias e empresas de teleatendimento, em especial por intermédio das plataformas eletrônicas que controlam, monitoram e fiscalizam o trabalhador, o assédio moral organizacional virtual torna-se ainda mais presente no teletrabalho.

Como exemplo de condutas abusivas praticadas de forma organizacional e telemática, pode-se citar a cobrança de metas desarrazoadas, geradas pelos próprios sistemas eletrônicos, cujo descumprimento acarreta punições ao trabalhador, inclusive com a exposição do seu “fracasso” perante supervisores e demais colegas de trabalho em *e-mails*, em grupos de aplicativos de mensagens instantâneas ou nos sistemas informatizados da própria empresa. A situação torna-se ainda mais hostil nos casos em que a exposição da “incompetência” do empregado nas redes sociais da empresa é acompanhada por palavras depreciativas e humilhantes.

Convém explicitar, nesse sentido, o caso *ilha sem papel*, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. A empresa reclamada criou um dispositivo, por meio de um programa de computador, denominado *ilha sem papel*, com a função de controlar diariamente a produtividade e o cumprimento das metas dos empregados (NUNES, 2018, p. 252). Ao longo do dia, os trabalhadores recebiam mensagens na tela de seus

computadores com elogios, caso cumprissem as metas, ou com ofensas, em caso de descumprimento, sendo chamados de “perdedores da ilha”, “burros” e “incompetentes”. Além disso, recebiam mensagens depreciativas, com ameaças de dispensa, por parte do supervisor. Com efeito, a décima primeira turma do TRT 3ª Região reconheceu o assédio moral, conforme ementa a seguir transcrita:

DANO MORAL. COBRANÇAS EXCESSIVAS POR METAS. FORMA PELA QUAL SÃO REALIZADAS AS COBRANÇAS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Demonstrada a efetiva ocorrência de tratamento humilhante à reclamante, pelas cobranças excessivas da empregadora em relação às metas estipuladas, condutas essas aptas à desestabilização emocional da empregada e ao enfraquecimento de sua integridade psicológica, bem como caracterizadoras do abuso no exercício do poder diretivo, transbordando para o campo da ilicitude, enseja a reparação à esfera moral da obreira, circunstâncias que restaram demonstradas na instrução probatória (BRASIL, 2012).

Em que pese não tenha sido utilizada a expressão *assédio moral virtual* ou *teleassédio moral*, observa-se, pela análise fática do caso e pelos fundamentos constantes do acórdão, a prática de *assédio moral organizacional virtual*, tendo em vista que os trabalhadores estavam submetidos a metas excessivas, inseridas na gestão da empresa, monitoradas pelo sistema computadorizado, sendo acompanhadas de mensagens constrangedoras e humilhantes.

Além das metas, as condutas abusivas assediadoras também podem estar presentes nos mecanismos informatizados de fiscalização do trabalhador, que objetivam controlar a jornada e o modo de execução das atividades. Entre os instrumentos de monitoramento, convém citar: câmeras instaladas nos computadores que transmitem em tempo real a imagem do empregado; programas que espelham a imagem do monitor ou captam os dados digitados pelo teclado; sistemas eletrônicos acessíveis por *login* e

logout, com o monitoramento dos respectivos períodos ou das atividades realizadas; exigência de envio imediato de cada tarefa realizada, seja por *e-mail*, aplicativo ou plataforma computadorizada, entre outros.

Destarte, se a utilização dos sistemas informatizados for feita de modo desarrazoado, submetendo o empregado a uma vigilância ostensiva, geralmente seguida por mensagens de cobrança ou de desqualificação, restará caracterizado o assédio moral organizacional virtual. A exigência de conexão permanente e respostas imediatas (telepressão), também ocasiona assédio moral virtual, haja vista a sujeição do trabalhador a uma constante pressão para realizar as atividades, independentemente do lugar, dia ou horário. O assédio moral organizacional virtual compromete a saúde, o descanso, o lazer e o convívio familiar do trabalhador, violando sua dignidade e seu direito fundamental à desconexão.

5 O assédio moral organizacional virtual e a saúde mental do trabalhador

Com o desenvolvimento tecnológico e aumento da intensidade e sobrecarga de trabalho, em especial num contexto de hiperconexão e telepressão, verifica-se o aparecimento de doenças osteomusculares⁹, cardíacas, neurológicas, estomacais, reumáticas e mentais nos trabalhadores. A Constituição Federal de 1988, alicerçada na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho, consagra o direito fundamental à saúde (art. 6º, art. 7º, XXII e art. 196), que, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (2006, p. 1), abrange não apenas a ausência de afecções e enfermidades, mas, principalmente, um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social.

⁹ Entre os transtornos osteomusculares e do tecido conjuntivo (LER/DORT) que mais acometem os teletrabalhadores, pode-se destacar: síndrome cervicobraquial (M53.1); dorsalgia (M54.-); sinovites e tenossinovites (M65.-); bursite da mão (M70.1); bursite do ombro (M75.5); síndrome do manguito rotatório (M75.1), entre outros (SOUZA; BARROS; FILGUEIRAS, 2017, p. 121-122).

Destarte, o assédio moral organizacional, praticado de forma presencial ou virtual, pode acarretar várias consequências para a saúde mental do trabalhador, identificando-se, precipuamente, os seguintes transtornos: estresse; desordem de estresse pós-traumático; síndrome do *burn-out*; depressão; e suicídio.

O termo “estresse” teve origem nas ciências físicas no século XVIII e significa um estado de tensão de um sistema, induzido por forças externas. Com bem explícita Soboll (2009, p. 46), Hans Selye, a partir de 1950, utilizou o termo “estresse” para descrever uma resposta fisiológica estruturada com a função defensiva do organismo vivo contra o ambiente, identificando três fases: a) fase do alarme, ocasionada quando o organismo percebe um estímulo estressor, prepara-se fisiologicamente e psicologicamente para lutar ou fugir dele; b) fase de resistência, verificada quando o estímulo é de grande intensidade ou persistente, forçando o organismo a restabelecer o equilíbrio; c) fase da exaustão ou esgotamento, acarretada quando a resistência não é suficiente para superar o desgaste. Essa fase é acompanhada de graves lesões na saúde física e psicológica do indivíduo.

O estresse, como bem observa Pinto (2013, p. 56), não é, em si mesmo, uma enfermidade, mas um portal de acesso a diversas patologias físicas e mentais, haja vista que a negligência diante dos seus pré-avisos tem decorrências médicas que o convertem em graves moléstias ou em veículo de perda da capacidade para o trabalho. Os principais pré-avisos do estresse são: a) dores de cabeça atípicas; b) repousos noturnos intranquilos; c) desconcentração mental; d) irritabilidade; e) inapetência; f) distonia e perturbações estomacais; g) insatisfação com o trabalho; h) depressão física ou moral (PINTO, 2013, p. 56).

O estresse decorrente do trabalho excessivo, ocasionado por pressões e exagero de tarefas múltiplas e repetitivas, pode levar o trabalhador a uma fase avançada de destruição, denominada de desordem de estresse pós-

traumático, ou a uma situação de depressão por esgotamento, também conhecida como síndrome do *burn-out* (HIRIGOYEN, 2002, p. 20).

O transtorno de estresse pós-traumático – TEPT, como bem explicita Vieira (2008, p. 124), consiste no quadro psiquiátrico que tem como característica essencial o desenvolvimento de determinados sintomas após a exposição a um extremo estressor traumático, a uma revivência persistente de um evento traumático ou, até mesmo, a esquiva persistente de estímulos associados com o trauma.

O estado de estresse pós-traumático, nessa senda, é um transtorno decorrente da vivência de uma agressão psíquica desencadeada por um evento violento, sendo que a sintomatologia se inicia geralmente após um período de latência, período este que inclui revivescências da cena traumática (fenômenos de *flashback*) e, também, a ocorrência de sonhos repetidos referentes à mesma cena. Referido quadro é acompanhado por ansiedade e pode desencadear depressão (SELIGMANN-SILVA, 2013, p. 234).

Por outro lado, o estresse pode levar o trabalhador a uma situação de depressão por esgotamento, também conhecida como Síndrome do Esgotamento Profissional ou Síndrome do *burn-out*, que significa “queimar até a exaustão”. Desse modo, a expressão *burn-out* denota a ideia de “fogo que vai se apagando aos poucos, até definitivamente cessar” (BERNARDES, 2018, p. 7).

A Síndrome do *burn-out*, conforme Bernardes (2018, p. 7), consiste no “estado físico e mental de profunda extenuação, que se desenvolve em decorrência de exposição significativa a situações de alta demanda emocional no ambiente de trabalho”. Sendo assim, o *burn-out* é caracterizada por um esgotamento emocional que acarreta sentimentos de fracasso e baixa autoestima, que, com o tempo, pode ocasionar o aparecimento de exaustão, alterações no sono e problemas gastrointestinais (LIMA FILHO, 2009, p. 80). Não se pode deixar de destacar que o *burn-out* representa o

nível máximo de estresse e tem diagnóstico difícil, em virtude do quadro de depressão que geralmente acomete os portadores dessa síndrome.

O *burn-out*, consoante Benevides-Pereira (2013, p. 389), é uma síndrome multidimensional caracterizada pela exaustão emocional, desumanização e reduzida realização pessoal no trabalho. A exaustão emocional consiste na sensação de esgotamento, traduzida na falta de energia do trabalhador para as atividades laborais. A desumanização, por sua vez, revela-se através de atitudes de distanciamento emocional em relação às pessoas e aos colegas de trabalho, transformando os contatos interpessoais desumanos e desprovidos de afetividade. Por sua vez, a realização pessoal nas atividades ocupacionais decresce, de modo que o labor perde o sentido e passa a ser um fardo.

Se o assédio moral organizacional se prolonga demasiadamente, a vítima pode extrapolar os sintomas do estresse, da desordem de estresse pós-traumático e da síndrome do *burn-out* e desenvolver depressão. A depressão, como observa Hirigoyen (2002, p. 160), acarreta na vítima um quadro de apatia, tristeza, complexo de culpa, obsessão e até desinteresse por seus próprios valores. Falta-lhe, muitas vezes, vontade de viver e sua autoestima permanece cada vez mais baixa.

Os sintomas mais comuns da depressão são: isolamento do convívio familiar, desinteresse pelas atividades normais, perda da autoestima, concentração diminuída, inquietação e hostilidade, perda de interesse pelo trabalho, alteração do apetite, diminuição da libido, cansaço, alteração nos ciclos de sono, com insônia ou sonolência exagerada, falta de reações emocionais, evidência objetiva de retardo ou agitação psicomotora marcante e ideias de suicídio (THOME, 2008, p. 92).

O estresse decorrente da nova lógica do viver, da hiperconexão e do constante medo da perda do emprego tem inclusive, em alguns casos, o

potencial de levar o trabalhador a enxergar um único caminho de fuga: a sua própria destruição, o suicídio.

Nesse sentido, o assédio moral organizacional, tanto na modalidade presencial quanto virtual, emerge das políticas de gestão e da própria estruturação do trabalho, revelando-se extremamente perverso. Perverso porque enfraquece e isola os trabalhadores, impedindo a solidariedade que os uniria para lutar contra as condições de trabalho indignas. Perverso porque desumaniza e adoce os empregados em silêncio. Perverso porque compromete a saúde física e mental dos trabalhadores, ocasionando, até mesmo, em alguns casos, a sua morte.

Conclusões

Evidenciou-se, no presente artigo, que:

1. O assédio moral organizacional consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas e reiteradas, que estão inseridas na política gerencial da empresa, dirigidas a todos os trabalhadores indistintamente ou a um determinado setor ou perfil de trabalhadores, cuja finalidade é exercer o controle sobre a coletividade e garantir o alcance dos objetivos institucionais, que atinge a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador.

2. Com o desenvolvimento informacional e tecnológico, muitas empresas, em busca da elevação dos lucros, passam a exigir metas abusivas e ritmos acelerados de labor. Frequentemente são utilizados programas ou aplicativos para acompanhar a rotina de trabalho, cobrar resultados e fiscalizar a execução do labor, sendo que, em muitos casos, o empregador demanda o empregado em qualquer hora do dia, inclusive nos feriados ou repousos semanais, exercendo uma intromissão abusiva na vida privada do trabalhador.

3. O assédio moral virtual pode ser conceituado como a tortura psicológica perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e reiteradas, praticadas por meios de comunicação escritos, orais e visuais, por intermédio de plataformas eletrônicas, aplicativos de mensagens instantâneas, correio eletrônico ou sistemas informatizados, que violam os direitos fundamentais do trabalhador.

4. O assédio moral organizacional virtual consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas e reiteradas, praticadas por meios de comunicação escritos, orais e visuais, por intermédio de plataformas eletrônicas, aplicativos de mensagens instantâneas, correio eletrônico ou sistemas informatizados, que estão inseridas na política organizacional e gerencial da empresa, dirigidas a todos os trabalhadores indistintamente ou a um determinado setor ou perfil de trabalhadores, cuja finalidade é exercer o controle sobre a coletividade e garantir o alcance dos objetivos institucionais.

5. A principal diferença entre o assédio moral organizacional e o assédio moral organizacional virtual diz respeito forma digital ou eletrônica por meio da qual as condutas abusivas são praticadas. Desse modo, quando o assédio moral for praticado predominantemente por mecanismos telemáticos e informatizados de comunicação, restará configurada a modalidade virtual.

6. Se a utilização dos sistemas informatizados for feita de modo desarrazoado, submetendo o empregado a uma vigilância ostensiva, geralmente seguida por mensagens de cobrança ou de desqualificação, restará caracterizado o assédio moral organizacional virtual. A exigência de conexão permanente e respostas imediatas (telepressão), também ocasiona assédio moral virtual, haja vista a sujeição do trabalhador a uma constante pressão para realizar as atividades, independentemente do lugar, dia ou horário. O assédio moral organizacional virtual compromete a

saúde, o descanso, o lazer e o convívio familiar do trabalhador, violando sua dignidade e seu direito fundamental à desconexão.

7. O assédio moral organizacional, tanto na modalidade presencial quanto virtual, emerge das políticas de gestão e da própria estruturação do trabalho, revelando-se extremamente perverso. Perverso porque enfraquece e isola os trabalhadores, impedindo a solidariedade que os uniria para lutar contra as condições de trabalho indignas. Perverso porque desumaniza e adoce os empregados em silêncio. Perverso porque compromete a saúde física e mental dos trabalhadores, ocasionando, até mesmo, em alguns casos, a sua morte.

Referências

ARAÚJO, Adriane Reis de. **O assédio moral organizacional**. São Paulo: LTr, 2012.

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

BARBER, Larissa; SANTUZZI, Alecia. Please Respond ASAP: Workplace Telepressure and Employee Recovery. **Journal of occupational health psychology**, 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267753716_Please_Respond_ASAP_Workplace_Telepressure_and_Employee_Recovery>. Acesso em: 22 ago. 2019.

BENEVIDES-PEREIRA, Ana Maria T. A síndrome de *burnout*. In: FERREIRA, Januário Justino (Coord.). **Saúde mental no trabalho**: coletânea do fórum de saúde e segurança no trabalho do Estado de Goiás. Goiânia: Cir Gráfica, 2013.

BERNARDES, Pablo Ferreira. Síndrome de burn-out - Considerações iniciais. In: MENDANHA, Marcos Henrique; BERNARDES, Pablo Ferreira; SHIOZAWA, Pedro. **Desvendando o burn-out**: uma análise interdisciplinar da síndrome do esgotamento profissional. São Paulo: LTr, 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.185, de 6 de NOVEMBRO de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). **Diário Oficial [da] República Federativa do**

- Brasil.** Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13185.htm>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo nº. 0001260-82.2011.5.03.0143. Relator: Desembargador Heriberto de Castro, 11ª Turma. DEJT 06.12.2012. Disponível em: <http://asi.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=14143761>. Acesso em: 24 ago. 2019.
- CALVO, Adriana. **O direito fundamental à saúde mental no ambiente de trabalho: o combate ao assédio moral institucional - visão dos tribunais trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2014.
- DE STEFANO, Valerio. **The rise of the “just-in-time workforce”:** On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”. Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf>. Acesso em 18 maio 2019.
- GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea Pereira, et al. Assédio moral organizacional: esclarecimentos conceituais e repercussões. In: SOBOLL, Lis Andrea Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina. **Assédio moral interpessoal e organizacional.** São Paulo: Ltr, 2009.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho:** redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. International Labour Conference. **Standard Setting Committee: violence and harassment in the world of work, 2019 (No. 190).** Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711570.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. International Labour Conference. **Report V(2A): ending violence and harassment in the world of work.** Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_675567.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2019.

MELO, Geraldo Magela. **A reconfiguração do direito do trabalho a partir das redes sociais digitais**. São Paulo: LTr, 2018.

MELO, Sandro Nahmias, RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho**: com análise crítica da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017). São Paulo: LTr, 2018.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. **A precarização no teletrabalho**: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador. Belo Horizonte: Editora RTM, 2018.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL. Conférence internationale du Travail. **Commission normative: violence et harcèlement dans le monde du travail 2019 (No. 190)**. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711570.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Decente**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 15 out. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo. **Comisión normativa: violencia y acoso en el mundo del trabajo, 2019 (No. 190)**. Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711719.pdf >. Acesso em: 16 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Documentos básicos, suplemento da 45. ed., outubro de 2006. Disponível em: < https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1>. Acesso em: 29. nov. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Assédio sexual: questões conceituais. In: FERREIRA, Januário Justino (Coord.). **Saúde mental no trabalho**: coletânea do fórum de saúde e segurança no trabalho do Estado de Goiás. Goiânia: Cir Gráfica, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. **Assédio moral laboral e direito fundamentais**. São Paulo: LTr, 2016.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Viagem em torno da segurança e da saúde no trabalho. In: FERREIRA, Januário Justino (Coord.). **Saúde mental no trabalho**: coletânea do fórum de saúde e segurança no trabalho do Estado de Goiás. Goiânia: Cir Gráfica, 2013.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **Assédio moral no trabalho sob novo enfoque**: cyberbullying, “indústria do dano moral”, carga dinâmica da prova e o futuro CPC. Curitiba: Juruá, 2014.

SELIGMANN-SILVA, Edith. Psicopatologia no trabalho: aspectos contemporâneos. In: FERREIRA, Januário Justino (Coord.). **Saúde mental no trabalho**: coletânea do fórum de saúde e segurança no trabalho do Estado de Goiás. Goiânia: Cir Gráfica, 2013.

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral/organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

SOUZA, Ilan Fonseca de; BARROS, Lidiane de Araújo; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Saúde e segurança do trabalho**: curso prático. Brasília: ESMPU, 2017.

THOME, Candy Florencio. **O assédio moral nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca. **Assédio**: do moral ao psicossocial. Curitiba: Juruá, 2008.

A proteção constitucional ao trabalho humano em face da automação

*Mateus Barbosa Gomes Abreu
Ester Gondim*

1 Introdução

O presente artigo tem por finalidade discutir sobre a tutela constitucional brasileira ao trabalho humano em um cenário marcado pela rápida evolução tecnológica, em especial, com o hodierno cenário de automação e inteligência artificial das máquinas.

Se por um lado a Constituição Federal brasileira de 1988, protege o trabalho humano em face da automação, na forma que a lei vier a estabelecer (não tendo esta lei, até hoje, sido regulamentada), nos termos do art. 7º, XXVII, bem como estatui a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*) por outro, há o incentivo à livre iniciativa (também presente no art. 170, *caput*) e o fomento ao desenvolvimento tecnológico brasileiro (art. 23, V; art. 24, IX; art. 167, §5º; art. 187, III; art. 218; art. 219; art. 219-A; e art. 219-B).

Sendo assim, é preciso analisar em que medida a imersão das novas tecnologias podem interferir na empregabilidade humana, assim como identificar quais seriam os possíveis reflexos sociais desta nova era digital na sociedade brasileira.

Neste sentido, o segundo item tem por finalidade discutir sobre a intrínseca relação entre globalização e desenvolvimento tecnológico, evidenciando os impactos da inteligência artificial e da automação no cenário social e estatal, inclusive no que tange à empregabilidade. Além disso, discorrerá sobre como a quarta revolução está transformando a vida

em sociedade com o crescimento tecnológico acelerado, aumentando as alternativas de mercado e na economia e trazendo rupturas nos paradigmas tradicionais da vida em sociedade, bem como as implicações na esfera laboral.

O terceiro tópico evidencia, em uma abordagem mais concreta, as mudanças significativas ocasionadas nas relações trabalhistas após o aumento desenfreado da tecnologia e da automação, e os riscos que estes vetores podem ocasionar na sociedade brasileira.

Por sua vez, o quarto item apresenta reflexões acerca da importância da proteção constitucional brasileira em prol do trabalho humano na era da evolução tecnológica, coadunada com a livre iniciativa das empresas e a liberdade econômica, todos assegurados pela Constituição Federal, devendo existir uma regulamentação do art. 7º, XXVII, da CF/88, para assegurar que o desenvolvimento tecnológico alinhado com a necessidade de preservação da empregabilidade humana

O presente trabalho, portanto, tem por finalidade discutir sobre este relevante tema, suscitando reflexões sobre os impactos sociais das novas tecnologias e a empregabilidade humana, sobretudo no Brasil.

2 Globalização, desenvolvimento econômico e a quarta revolução industrial

É cediço que a *globalização* acarretou significativo impacto nas relações sociais e nos Estados soberanos. Enquanto expressão polissêmica, a globalização é ora associada a evolução industrial, ao mercado de capitais, ou até mesmo, ao avanço das comunicações (sobretudo a internet), com o papel de integrar e aproximar múltiplas comunidades espalhadas ao redor do mundo.

Ao contrário do que é difundido pelo senso comum teórico, a globalização não é um fenômeno recente, podendo ser dividida em *quatro ondas*

(ou seja, quatro grandes marcos históricos), conforme Silva Neto (2002, p.151-154).

A *primeira*, relacionada a política expansionista do Império Romano (753 a.C.), teve início com as Guerras Púnicas contra a cidade de Cartago e se desenvolveu com a subsequente dominação de Espanha, Portugal e do norte da África, dentre outras localidades, revelando Roma como o maior Império da História Antiga, cuja supremacia perdurou até o século IV d.C.

A *segunda onda* se relaciona às expansões marítima e colonial europeia ocorridas a partir do século XV, sendo capitaneada por Espanha e Portugal.

A *terceira*, ao seu turno, adveio com a Revolução Industrial, que possibilitou um inédito avanço tecnológico, modificando severamente as relações de trabalho, mormente pela substituição do trabalho humano por máquinas automatizadas.

A *quarta onda*, que segundo Silva Neto é a vivenciada nos presentes dias, teve seu início com a queda do muro de Berlim, em 1989, fato que, em última instância, simbolizou a derrocada dos países do eixo soviético e a ascensão do modelo econômico capitalista.

Contudo, nos dias atuais, considerando o desenvolvimento da automação e da inteligência artificial, é possível pensar até mesmo em uma possível *quinta onda*, cujos impactos não são percebidos somente nas relações laborais, como será exposto ao longo deste trabalho, implicando também na modificação das relações dos homens entre si (tal como sucede com as redes sociais, a exemplo de *facebook*, *instagram* e *twitter*) e destes com objetos inteligentes (a exemplo da *internet das coisas*¹).

¹ Conforme Gabriel (2018, p.27), a partir da década de 2010, assiste-se à integração de objetos à internet, a exemplo de *smartphones*, carros, câmeras, videogames, dentre outros. Neste sentido, “estamos migrando para um cenário em que qualquer coisa poderá fazer parte da internet, não apenas documentos ou pessoas. Esse novo contexto, no qual tudo passa a estar conectado à internet, é chamado de ‘internet das coisas’ (originariamente em inglês, IoT - *Internet of Things*) ou ‘internet de tudo’ (IoE - *Internet of Everything*)”. Este fenômeno representa uma disrupção, posto que, “da mesma forma que os seres humanos possuem sentidos que captam toda a informação ao nosso redor

A própria ideia de *sociedade da informação*, conforme assenta Chevallier (2010, p.35), representa a possibilidade de mitigação das distâncias físicas e a comunicação instantânea, em tempo real. Diferentemente das transmissões por corrente elétrica, a telemática transmite informação. A informação, quando utilizada em contextos estratégicos, representa uma manifestação de poder (LIMBERGER, 2006, p.35).

De certo, conforme adverte Sandroni (1999, p.265), qualquer pensamento que tente reduzir excessivamente o escopo do fenômeno da globalização conduzirá a equívocos. Somente para ilustrar, é possível associar a globalização ao “fim das economias nacionais e a integração cada vez maior dos mercados, dos meios de comunicação e dos transportes”, mas também, segundo Silva Neto (2002, p.152), à eliminação de barreiras alfandegárias e a ascensão e popularização tecnológica.

O fato é que resta cada vez mais claro que a evolução tecnológica está tomando nortes diferentes de tudo o que já foi vivenciado pelos seres humanos, o que autoriza a realização de estudo sobre em que medida estas transformações irão impactar na sociedade atual e futura, bem como as mudanças no setor econômico, cultural e social.

Para Schwab, (2016, p. 09), essas mudanças são tão profundas que nunca houve na história da sociedade momento tão potencialmente promissor ou perigoso, e por isso, considera esse momento como a quarta revolução industrial por causa da velocidade que está acontecendo, diferente das revoluções anteriores, que foram evoluções lineares sendo o oposto da evolução atual que cresce de forma exponencial.

As revoluções acontecem quando mudanças inovam e surpreendem a sociedade, ocasionando diversas alterações no convívio social, seja ele no

para serem processadas pelo nosso sistema biológico, a IoT se utiliza de todo tipo de sensor para capturar dados e informações para serem processadas por sistemas computacionais”, o que implica, por exemplo, em uma geladeira avisando ao usuário que está na hora de fazer supermercado para reabastecer os suprimentos.

trabalho, na família ou na economia. A amplitude e profundidade dessa geração combinam várias tecnologias em prol da revolução digital, gerando mudanças na sociedade sem precedentes. Assim, há impacto sistêmico, pois a evolução está transformando sistemas entre países e dentro deles.

Ao longo do tempo houve diversas revoluções, por exemplo na agricultura e indústria, que transformaram a sociedade e o trabalho humano. Neste sentido, é possível referir que a última tirou a carga de peso do trabalho humano com o uso auxiliar das máquinas, implicando em maior produtividade e redução de pessoal. Ocorre que, o uso da tecnologia foi se expandindo cada vez mais, de forma muito célere, diferente das outras eras revolucionárias, surgindo uma nova era, conhecida como a era digital.

As máquinas e *softwares* estão mais inovadores, o uso da inteligência artificial e da internet estão chegando de forma mais fácil e barata para a sociedade. Se por um lado, estes artifícios tornam mais produtivo o trabalho humano, por outro, também podem ser fulcrais para a substituição da atividade laboral humana.

Vale dizer, portanto, que através do crescimento tecnológico desenfreado, com diversas alternativas no mercado, nasce a quarta revolução industrial, onde diversas atividades se tornam mais fáceis e práticas em razão das inovações tecnológicas.

A realidade da era digital traz inovações acompanhada de tecnologia com um *custo x benefício* surpreendente, gerando notórias transformações no seio da sociedade e da vida empresarial. Uma vez que o objetivo principal da atividade empresarial é a obtenção de lucro, a tendência do segmento é a de aderir a inteligência digital/artificial em detrimento do trabalho humano, tendo em vista que muitas vezes a automação é mais célere e menos custosa

É notório que as revoluções estão sempre interligadas, a primeira deixou legado para as revoluções posteriores com ensinamentos e fatores determinantes do progresso social. É sabido também que o avanço tecnológico é essencial para a elevação da sociedade, mas para que isso aconteça, conforme aduz Schwab, (2016, p. 11), é necessário que o governo e as instituições públicas e privadas façam a sua parte, mas também se faz necessário a preservação dos direitos dos cidadãos, dentre eles, o de trabalhar.

A inovação e o desenvolvimento são a explicação da ruptura do paradigma tradicional de crescimento para uma avalanche tecnológica capaz de mudar a vida da sociedade. Essa revolução digital trouxe inúmeros benefícios, como a tecnologia com mais funções e praticidade, sem interferir no valor de forma exacerbada.

Há décadas essa ascensão tecnológica e a mudança de paradigma já eram previstas. Ao decorrer dos anos, a tecnologia foi se aperfeiçoando e fazendo cada vez mais parte do cotidiano da coletividade. Em 1977 o filósofo Max More, (2001, p. 2) já ressaltava as inovações e transformações que a inteligência artificial traria para a sociedade. Para More, a nanotecnologia, engenharia genética e a inteligência artificial iriam transcender os limites do corpo humano, em que os corpos e cérebros seriam fundidos com o poderio computacional, e que a tecnologia seria usada para redesenhar a nós e nossos olhos em diversas formas da era da pós humanidade.

A partir do final do século XX, as especulações da era digital vêm ganhando forma através das pesquisas e avanços da ciência e tecnologia. A inteligência artificial encontra-se presente na maioria da sociedade, em diversos meios, alterando o modo de vida das pessoas e moldando a infância das crianças de forma muito distinta da que ocorria há poucos anos atrás.

Várias classificações são dadas para essa nova era, mas com a mesma finalidade: avançar com o uso da tecnologia e aprimorar as relações. As

“mutações” ocasionadas pela tecnologia trouxeram uma nova configuração para o mundo, divergindo das mudanças que já ocorreram em outras revoluções. Atualmente, as mutações estão sendo provocadas por dois fenômenos: a globalização e a revolução científica das últimas décadas, ocasionando mudanças e repercussões para todos.

Tais mudanças representam um novo marco na “configuração do mundo”, alterando as certezas passadas e trazendo preocupações futuras. Nesse contexto, a autora Olga Matos, em seu texto “É preciso reconquistar o tempo”, menciona o filósofo francês Jean Baudrillard, em uma epígrafe do Texto Os exilados do Diálogo², cita o entendimento de Marx no sentido de que os filósofos se contentaram em interpretar o mundo e que agora trata-se de transformá-lo. Contudo, Baudrillard afirma que atualmente não basta apenas transformar o mundo - porque isso acontece de forma espontânea de alguma maneira -, mas sim, urgentemente, interpretar a transformação que acontece no mundo para que o mundo não se transforme sem a humanidade.

O fenômeno a que se refere Baudrillard é ao trabalho da tecnociência, em que a ciência se situa na função de regente das transformações do mundo. Desta forma, a revolução tecnológica leva a humanidade para um ambiente ainda desconhecido, mas que se faz necessário um estudo abrangente para assegurar os direitos dos cidadãos.

Em uma sociedade tão desigual, a era digital poderá influenciar de maneira positiva e negativa. Segundo Schwab, (2016, p. 13), a quarta revolução trará grandes benefícios, mas também, muitos desafios, principalmente em relação as desigualdades sociais que são difíceis de quantificar no momento, mas é certo que os grandes beneficiários da

² Matos, O. (2007). É preciso reconquistar o tempo. *Revista Caros Amigos*. Pós Humano o desconcertante mundo novo, nº36, p.06. São Paulo.

quarta revolução são os dominadores do capital, tanto intelectual ou físico, assim como seus investidores e acionistas.

3 As novas tecnologias e o futuro das relações trabalhistas

As inovações em curso trazem consigo uma fusão de tecnologias com a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos. A velocidade, amplitude e profundidade também são elementos que distinguem este atual estágio de revolução tecnológica dos seus predecessores.

Desde o início do século XX, o avanço da tecnologia promoveu inúmeras modificações no seio da sociedade e dos Estados.

O telefone, inventado por Alexander Graham Bell em 1870, foi gradativamente implementado em todo o mundo ao largo do século de 1900.

Os computadores, criados em 1946 pelos cientistas norte-americanos John Presper Eckert e John W. Mauchly, passaram a executar tarefas com velocidade e precisão de forma nunca antes vistas.

No final da década de 60, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos criou a internet, no período da guerra fria.

O telefone celular, por sua vez, foi criado em 1973, passando a ter sua comercialização promovida ao largo dos anos 80. As versões inteligentes destes aparelhos, ao seu turno, somente surgiram a público na década de 1990, abrangendo tarefas mais simples, tais como o gerenciamento de contatos, agenda, calculadora, dentre outras funções (VOLTOLINI, 2014). Em 1996, surgiu o primeiro celular com acesso à internet – o Nokia 9000 Communicator, em 1998, surge a tecnologia 2G (TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL, 2019).

No século XXI, já são uma constante as discussões sobre aparelhos inteligentes e a internet das coisas, automação residencial, veículos não tripulados, drones, dentre outras criações tecnológicas que, embora ainda

portem certa incipiência, já serão mais factíveis a estudos acadêmicos dentro de alguns anos.

Todos estes fenômenos, ilustrativamente referidos, só evidenciam a velocidade da evolução tecnológica e a mudança desencadeada nos hábitos de vida das pessoas, das empresas, da sociedade civil organizada e do Estado.

Assim, com a evolução científico tecnológica, houve diversas mudanças em diferentes setores da sociedade, da economia e das relações de consumo. Além do aumento da produtividade em alguns ramos, a tecnologia se sobressaiu pelos traços de velocidade, custo e flexibilidade, representando assim, de um modo geral, uma vantagem frente ao trabalho humano. Dentre as consequências da utilização de sistemas automatizados inteligentes está a redução, ou até mesmo a extinção, de postos de trabalho.

Cumprе registrar, entretanto, que não se trata aqui de um trabalho dirigido a repudiar ou negar a permanente evolução tecnológica, até porque a tecnologia, em si mesma, não é boa ou má. Não se trata de um binômio, mas de um plexo de fatores que envolvem o futuro da humanidade em diversos aspectos, tais como o cultural, afetivo e, o que interessa aqui, o laboral.

Nesta esteira, Pérez-Luño (2002, p.117) assevera que “a tecnologia não é mais do que o esforço da ciência e da técnica para responder, não sempre de forma adequada, às questões surgidas das novas formas de convivência e da ampliação incessante das aspirações e necessidades sociais”³.

Não há, por um lado, que se visualizar a tecnologia de modo pessimista, como aparentemente pensava George Orwell na obra 1984, ao

³ Tradução livre do original: “la tecnología actual no es más que el esfuerzo de la ciencia y de la técnica por responder, no siempre adecuadamente eso es cierto, a las cuestiones surgidas de las nuevas formas de convivencia y de la ampliación incesante de las aspiraciones y necesidades sociales”.

demonstrar temor e atribuir efeitos negativos à figura do “grande irmão”. Por outro, também não parece acertado conceber que as máquinas terão uma relação de plena simbiose com os seres humanos, como propôs Henri Lafèbvre com a ideia de “homem cibernético” (ABREU, 2017, p.109-110).

No mesmo sentido, Schwab (p. 21) observa que existem dois opostos quando o assunto é o impacto de tecnologias emergentes no mercado de trabalho: “aqueles que acreditam em um final feliz”, representando a re-colocação no mercado dos trabalhadores que se tornarem desnecessários na cadeia produtiva e a prosperidade, e “aqueles que acreditam que o fato levará a um progressivo Armagedom social e político, criando uma escala maciça de desempregos tecnológicos”. Para ele, historicamente, o resultado deve se situar como um intermediário entre estes dois opostos, mas a preocupação, ainda assim, persiste: o que fazer para promover resultados mais positivos e ajudar os seres humanos a se recolocar no mercado de trabalho, quando substituídos por máquinas?

Segundo relatório do Fórum Econômico Mundial, estima-se que a revolução industrial 4.0 vai substituir a mão de obra humana pelas máquinas e novas tecnologias atingindo cerca de 5 milhões de empregos nos quinze países mais desenvolvidos no mundo, e nos considerados emergentes. O Brasil será um dos grandes atingidos, ao lado de Estados Unidos, Alemanha, França, China e outros (RADIO FRANCE INTERNATIONALE, 2019).

Neste sentido, caso não sejam adotadas ações ou políticas públicas⁴ para gerir essa transição tecnológica, bem como o fomento de capacitação para estas novas funções, haverá um nível de desemprego com proporções catastróficas. O referido estudo do WEF estima que, até o ano de 2021,

⁴ Na França, por exemplo, existe um programa de requalificação promovido pelo Ministério do Trabalho, que inclui o fornecimento do subsídio de 500 euros por ano para aqueles cujos empregos estão em vias de extinção (COMPUTER WORLD, 2019).

52% dos homens e 48% das mulheres ficarão sem trabalho nos locais referidos, sendo a diferença entre os sexos justificada pelo fato de que as mulheres ocupam hoje o mercado de trabalho em menor proporção do que os homens. (RADIO FRANCE INTERNATIONALE, 2019).

Estabelecidas estas premissas, este tópico tem por finalidade apresentar ao leitor um aperitivo ao debate, discutindo sobre situações em que já foram deflagradas algumas modificações nas relações de trabalho em razão da automação, sendo este o fio condutor que conduziu à elaboração deste artigo.

3.1 Entrega de produtos através de drones

O delivery de comida sempre existiu. Quem nunca utilizou o telefone para solicitar uma pizza ou, mais recentemente, fez um pedido através de um aplicativo de *smartphone*?

Pois bem, tais pedidos são corriqueiramente entregues por serviços de motoboy ou bicicleta, geralmente sem qualquer tipo de vínculo empregatício⁵, é verdade, mas ainda assim, trata-se de forma de conceder aos indivíduos uma ocupação lícita e alguma renda – não obstante há quem refira a esta modalidade de serviço como a “escravidão moderna”, em razão da baixíssima remuneração e das excessivas jornadas laborais⁶.

Neste contexto da ascensão do “mundo maquínico”, com a subsunção do trabalho ao mundo das máquinas, “o trabalho estável, moldado pela contratação e pela regulamentação, vem sendo substituído pelos mais distintos e diversificados modos de informalidade”, a exemplo do que ocorre

⁵ Já existem posicionamentos minoritários que pugnam pelo reconhecimento de relação de emprego, como no caso de ação em que o Ministério Público do Trabalho requereu, em sede de ação civil pública, o reconhecimento de vínculo empregatício entre motoboys e as empresas Loggi e iFood, existindo inquérito civil público para apurar também a atuação de outras empresas do gênero (AYER, 2019).

⁶ Neste sentido, recomenda-se ao leitor a leitura da reportagem publicada pela Revista Época Negócios (2019), onde jornalistas da agência BBC News Brasil acompanharam, por uma semana, a rotina de entregadores que trabalham nesta modalidade de atividade, o que abrangeu, dentre outras coisas, dormir na rua, pedalar 30 quilômetros e trabalhar 12 horas por dia sob sol ou chuva.

com a terceirização, a “pejotização”, o empreendedorismo desassistido, o trabalho intermitente, dentre outros (ANTUNES, 2018).

Contudo, a novidade com relação a entrega de produtos é a sua realização através de drones.

Recentemente, depois de a empresa Amazon anunciar nos Estados Unidos a intenção de promover entregas dos seus produtos através de drones, veículos aéreos não tripulados (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2019), foi a vez da também gigante corporativa McDonald’s anunciar que promoveria ação similar, em parceria com a empresa Uber (FONSECA, 2019).

Os primeiros testes de entregas da McDonald’s nesta modalidade já começaram desde meados de 2019, sendo o escolhido como piloto uma filial estabelecida em San Diego, na Califórnia. Por ora, a ideia é a de que os drones façam o trajeto do restaurante até o teto de carros estacionados de motoristas parceiros (que seriam identificados através de QR Codes em seu teto, evitando entregas no veículo errado), que, por sua vez, dariam prosseguimento às entregas até a casa dos clientes (DYNIEWICZ, 2019).

Por outro lado, empresas como Google, Amazon e até a brasileira iFood têm experimentado entregas por drones em casas com quintais ou outros locais que possuem espaços abertos. Ainda não há viabilidade técnica para que tais entregas sejam realizadas em apartamentos (DYNIEWICZ, 2019).

Se por um lado, a solução parece interessante para o setor corporativo – reduzindo os custos da entrega e desonerando a folha de pagamento de pessoal, assim como para o consumidor – considerando a redução de tempo de entrega e, possivelmente, o seu custo, por outro, trará um

significante impacto na empregabilidade dos trabalhadores que atuam no setor, que tem crescido de forma significativa desde 2019⁷.

3.2 Abastecimento em postos de gasolina

Apesar dos veículos que funcionam por combustão (a exemplo de gasolina ou diesel) estarem com os dias contados na Europa e em parte dos países emergentes – como Índia e China (FERNANDES, 2017), com proibições governamentais de comercialização de combustíveis fósseis nos próximos anos, esta ainda não é a realidade brasileira⁸.

Por isso, os brasileiros ainda terão que utilizar por bastante tempo dos já tradicionais postos de combustíveis para abastecer os seus veículos automotores.

No Brasil, O atendimento nos postos de combustíveis fica a cargo dos trabalhadores frentistas, também chamados de atendentes de postos de gasolina ou bombeiros de postos de gasolina, que abastecem os veículos e realizam outros serviços adicionais, como substituição de fluídos dos veículos.

Esta realidade é bem diferente da praticada já há bastante tempo nos Estados Unidos⁹ e Europa, onde não há frentistas. Neste contexto, o consumidor, ao chegar em algum posto de combustível, deve se dirigir a alguma loja de conveniência ou terminal de autoatendimento para efetuar o pagamento do valor que deseja abastecer o veículo. Uma vez efetuado o

⁷ Segundo Silveira e Alvarenga, em 2019, tendo por base a divulgação de pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a taxa de desemprego caiu para 11%, contudo, o trabalho informal – em que geralmente estes trabalhadores atuam – avançou para 41,3% da população ocupada (SILVEIRA; ALVARENGA, 2019).

⁸ Cumpre referir, contudo, que existe um projeto governamental denominado de Rota 2030, que visa estabelecer nova política industrial para o segmento automotivo, mas que não deve contemplar, nas primeiras fases, o incentivo ao desenvolvimento de carros elétricos ou híbridos – que conglobam um motor elétrico e outro a combustão (FERNANDES, 2017).

⁹ Nos Estados Unidos, o modelo de abastecimento em terminais de auto-atendimento, pelo próprio consumidor, existe desde a década de 1950 (BRASIL, 2019).

pagamento, o sistema automaticamente autoriza a bomba o abastecimento, que deve ser feito pelo próprio condutor.

No contexto brasileiro, para o segmento dos proprietários de posto de combustível a medida parece tentadora, pois iria reduzir – e muito – as despesas com contratação de pessoal. Hipoteticamente, com esta redução de custos, seria possível fornecer ao consumidor final um combustível com preço mais barato do que o atual.

Contudo, esta escolha traria consigo um impacto relevante no mercado laboral: a Federação Nacional dos Frentistas (FENEPOSPETRO – Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo) estimou, no ano de 2018, que existem cerca de meio milhão de frentistas trabalhando em postos de venda de combustíveis no Brasil.

Cumprе salientar que existem frentes que buscam a desoneração da contratação de frentistas em postos de combustíveis, atualmente, imposta pela Lei n.º 9.956/2000¹⁰.

Dentre estas iniciativas, é possível citar a proposta do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, apresentada no intuito de reduzir o preço do combustível para o consumidor final, apresentada no ano de 2018:

As nove alternativas propostas foram: permitir que produtores de álcool vendam diretamente aos postos; rever a proibição de verticalização do setor de varejo de combustíveis; extinguir a vedação à importação de combustíveis pelas distribuidoras; fornecer informações aos consumidores do nome do revendedor de combustível, de quantos postos o revendedor possui e a quais outras marcas está associado; aprimorar a disponibilidade de informação sobre a comercialização de combustíveis; repensar a substituição tributária do

¹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei n.º 9.956, de 12 de janeiro de 2000. Proíbe o funcionamento de bombas de auto-serviço nos postos de abastecimento de combustíveis e dá outras providências.

ICMS; a forma de tributação do combustível; **permitir postos autosserviços**; rever normas sobre o uso concorrencial do espaço urbano. (MOURA, 2018) – grifo nosso.

Outra medida que merece referência é o Projeto de Lei n. 2302/2019, apresentado pelo Deputado Federal Vinicius Poit, que surgiu por inspiração do supracitado estudo do CADE e que tem por finalidade permitir o funcionamento de bombas de autosserviço, operadas pelo próprio consumidor, impactando na revogação da já referida Lei n.º 9.956/2000.

3.3 Totens de autoatendimento no setor comercial

Terminais de autoatendimento não são exatamente uma novidade, estando presentes em diversos locais como bancos, cinemas ou aeroportos.

A novidade no Brasil, é a recente adesão aos terminais de autoatendimento por parte de grandes redes de *fast food* e do comércio varejista, tradicionalmente empregadores de milhares de trabalhadores. Neles, ao menos no contexto atual, os funcionários só apareceriam para suprir eventuais dúvidas quanto a utilização do equipamento (PERRIN, 2018).

A título ilustrativo, na maior rede de *fast food* do mundo, a Mc Donalds, os terminais de autoatendimento já começaram a operar desde 2017, substituindo ou reduzindo os funcionários que atendem nos caixas. A expectativa é incluir mil restaurantes a cada quadrimestre (FONSECA, 2018).

Neles, o cliente tem a possibilidade de escolher o que quer pedir e optar pela forma de pagamento, tendo somente que retirar o pedido no balcão, quando chamado. Segundo a própria rede, o objetivo desta medida é “construir um McDonald’s melhor”, modernizando o negócio e adaptando-o aos novos hábitos dos consumidores, bem como reduzir custos com despesas de pessoal (FONSECA, 2018).

No mesmo sentido, empresas como Carrefour, (PERRIN, 2018), Le Biscuit e Americanas já avançam rumo à automatização das compras, disponível a alguns toques na tela de distância do consumidor, reduzindo os postos de trabalho.

3.4 Uber com carro não tripulado

Como alternativa aos tradicionais “táxis” e aos transportes massivos de passageiros (ônibus, trem, metrô, etcetera), os aplicativos de transporte particular estão em ascensão em todo o mundo.

No Brasil, aplicativos como Uber e 99 Pop são bastante difundidos entre usuários que precisam de transporte rápido, sem ter um custo muito elevado. Uma pesquisa do Instituto Locomotiva, divulgada no começo de 2019, estima que “5,5 milhões de brasileiros já utilizaram aplicativos de transporte e entregas no país para trabalhar”, a maior parte (65%) com jornadas de quarenta a quarenta e nove horas semanais, 31% com mais de quarenta e nove horas por semana e somente 4% com jornada inferior às quarenta horas semanais (MARQUES, 2019).

Com o desemprego em alta no Brasil, até mesmo portadores de diplomas de nível superior têm se submetido ao modal informal, como forma de subsistir: “do total de trabalhadores do setor, 12% têm nível superior incompleto e outros 5% têm superior completo, diz o IBGE [...]” (MARQUES, 2019).

Ainda neste contexto, a empresa Uber tem investido em testes, desde 2016, de serviço de carros sem motorista nos Estados Unidos. Inicialmente, em que pese se tratar de veículos autônomos, ainda há um motorista por detrás do volante, para solver eventual contratempo. Entretanto, a ideia é fornecer o serviço sem nenhum motorista, havendo somente comunicação entre o aplicativo de celular e o carro autônomo, sem intermediação de motoristas humanos (PRESSE, 2016).

Não é segredo que o Uber quer se livrar dos motoristas humanos no futuro, substituindo-os por carros autônomos para reduzir custos. Bem, a empresa acaba de dar um enorme passo nesse sentido.

O Uber concordou em comprar 24 mil veículos utilitários da Volvo para formar uma frota de carros sem motorista. Eles serão entregues entre 2019 e 2021, e receberão sensores e software para dirigirem sozinhos. (VENTURA, 2017)

A ideia, segundo a empresa, é reduzir os custos para o usuário final, uma vez que não será necessário pagar aos motoristas e, evidentemente, aumentar a margem de lucro. Caso seja implementado, a tendência é a de que a concorrência adote a mesma prática, retirando o emprego de milhares de trabalhadores.

Importa registrar, somente para enriquecer o debate, que além da questão da empregabilidade, houve outra questão de grande repercussão sobre este assunto: um registro de acidente fatal com carro autônomo da empresa Uber nos Estados Unidos¹¹, o que promete fervorosos debates acerca da responsabilidade civil: se será da Uber, do fabricante, do programador, do motorista supervisor ou de todos, ou alguns destes, de forma solidária ou subsidiária.

3.5 O robô “Victor”, do Supremo Tribunal Federal

Nem mesmo o Poder Judiciário está imune às novas tecnologias e, dentre elas, à inteligência artificial.

¹¹ O primeiro acidente fatal que se tem registro aconteceu em 18 de março de 2018, na cidade de Tempe, no Estado do Arizona, nos Estados Unidos, quando um Volvo XC90 autônomo da empresa atropelou a pedestre Elaine Herzberg, de 49 anos, fato que fez com que houvesse mudança no andamento do programa de testes de carros não tripulados desenvolvido pela empresa Uber. Em relatório pericial divulgado pelo Conselho Nacional de Segurança de Transporte americano, a causa do acidente foi que a inteligência artificial não identificou Herzberg como uma pessoa, posto que ela estava fora da faixa de pedestres e o software não havia sido programado para situações como esta (TRINDADE, 2019).

Neste contexto, cumpre destacar a ferramenta de inteligência artificial que vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil – STF, apelidada de “VICTOR”, desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília – UnB. O nome é uma homenagem a Victor Nunes Leal, ministro do STF entre 1960 e 1969, responsável pela sistematização da jurisprudência da Corte em Súmula, o que facilitou a aplicação dos precedentes judiciais.

Segundo o Ministro Dias Toffoli, em evento realizado em 5 de setembro de 2019 em Londres, cuja temática foi “Novas Tendências do Direito Comum – inteligência artificial, análise econômica do direito e processo civil”,

o programa VICTOR, que está em fase de estágio supervisionado, promete trazer maior eficiência na análise de processos, com economia de tempo e de recursos humanos”, disse Toffoli. As tarefas que os servidores do Tribunal levam, em média, 44 minutos, o VICTOR fará em menos de 5 segundos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Contudo, o Ministro Dias Toffoli salientou que o referido investimento não dispensa a mão de obra humana, mas sim a sua requalificação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

“Victor” representa a maior e mais complexa investida do Poder Judiciário no âmbito da inteligência artificial na história do Brasil (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018), tendo o papel, por exemplo, de ler “todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral”, o que demanda um alto nível de complexidade e aprendizado da máquina.

A ideia para sua criação, segundo a assessoria de imprensa do Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018), é aumentar a tramitação de processos, atuando para organizar os processos

e aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial, que prosseguirá sendo humana. Com o desenvolvimento e aprendizado de Victor, provavelmente a experiência irá se alastrar por todo o Poder Judiciário, bem como demais instâncias da Administração Pública, alterando sensivelmente a lógica e demanda de contratação de pessoal através de concursos públicos.

3.6 Substituição de jornalistas por inteligência artificial

O avanço da tecnologia está presente em quase todas as formas de trabalho. Em 2020 o mundo vivencia uma pandemia provocada pelo novo coronavírus e conseqüentemente uma crise econômica mundial. Em razão disso, as empresas procuraram reduzir custos, resultando no desemprego de milhares de pessoas.

Neste sentido, A Microsoft e o MSN anunciaram a substituição de jornalistas por software de inteligência artificial, que seleciona as publicações e notícias sem a necessidade de mão de obra humana. Ocorre que, apesar dos avanços, é necessário que haja uma coordenação e vistoria constante na seleção das publicações porque a tecnologia usada não é perfeita e poderá aumentar a disseminação de *fake news* e notícias inapropriadas (CANALTECH, 2020).

4 Proteção constitucional brasileira ao trabalho humano e desafios da evolução tecnológica

A Constituição da República Federativa do Brasil traz consigo princípios fundamentais que asseguram os direitos humanos e garantem o Estado Democrático de Direito e que servem de diretrizes para as normas que integram o sistema infraconstitucional.

Nesse sentido, Bobbio (1999, p. 21) afirma que o Direito não é uma norma, mas sim, um conjunto coordenado delas, sendo indubitável que uma norma jurídica não produz efeitos só, pois nunca está sozinha. Ela

sempre está ligada a outras normas, formando um sistema normativo, que deve ser coerente, completo, formando uma unidade.

O Estado Democrático de Direito visa prioritariamente o bem-estar dos cidadãos, alicerçado na garantia dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana que é o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico que tem como dever propiciar a integração e a evolução da dignidade e está intimamente ligado aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, todos assegurados no artigo 1º, III e IV da CF/88 (BRASIL, 1988):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

A Dignidade Humana é o princípio estrutural de todo o ordenamento jurídico e tem a finalidade de resguardar atributos e qualidades do valor social do trabalho, efetivando os direitos do trabalhador nas relações laborais. O Estado deve ser efetivo em resguardar o valor social do trabalho com fundamento na ordem social e econômica.

Para Silva (2001, p. 764), a ordem econômica, mesmo sendo capitalista, a partir da seguridade da dignidade humana, deve priorizar os valores sociais do trabalho humano acima dos valores do mercado e da economia.

O Estado como regulamentador, a partir dessa premissa, encontra freio ao intervir na economia, estabelecendo limites na sua atuação com a intenção de preservar os preceitos de proteção ao trabalho.

Ocorre que, mesmo existindo a prevalência do valor social do trabalho, a livre iniciativa também se reveste de grande relevância, consistindo

também no poder do empregador na relação contratual, o que gera importantes consequências jurídicas.

Para que haja mudanças significativas em prol da proteção aos trabalhadores, não basta apenas a criação de medidas normativas, sendo necessário também a ressignificação do trabalho humano como vetor de transformação da economia.

A livre iniciativa, além de ter caráter econômico, deve também ser tributária dos direitos fundamentais, o que, por conseguinte, impõe a obrigação da observância do seu conteúdo essencial, funcionando como uma espécie de limite negativo ao legislador no momento da criação de normas favoráveis à livre iniciativa. Assim, salvaguarda-se o princípio da dignidade humana frente ao poder venal do dinheiro (MARQUES, 2007, p. 115-116).

Com as mudanças de paradigmas e o aumento desenfreado da tecnologia, as relações trabalhistas também estão sofrendo mudanças nunca vistas anteriormente com a robotização do trabalho, pois varia em função das condições técnicas, da cultura, economia, tempo e política.

Mesmo após a CF/88 e o Estado Democrático de Direito, ainda se faz necessária a efetividade nas garantias que envolvem as relações trabalhistas, agora com mais ênfase, tendo em vista que, com o avanço tecnológico, as formas de trabalho foram se transformando, e a automação ocupando o espaço do trabalho humano.

As novas formas de trabalho mudaram a composição da mão de obra de forma considerável, substituindo progressivamente os operários por máquinas. A automação e a inteligência artificial trouxeram mudanças significativas para a relação de trabalho humano. A substituição do trabalho humano pela robotização está sendo um processo cada vez mais comum.

A Constituição assegura no artigo 7º, inciso XXVII¹² a proteção em face da automação, bem como os valores e garantias sociais do trabalho, mas se faz necessário uma avaliação do impacto da automação nas relações produtivas, para que sejam minimizados os efeitos da automação abusiva e garanta-se os direitos constitucionais dos trabalhadores e o direito à automação de forma ampla e eficaz, com a elaboração de sistemas que garantam ao trabalho humano vias alternativas para continuar no mercado de trabalho e estabeleçam limites para a automação, alinhando a evolução tecnológica com a proteção constitucional do trabalho.

5 A urgente necessidade de regulamentação da proteção constitucional do trabalho humano em face da automação: propostas para o Século XXI

Para que o desenvolvimento aconteça é necessário e fundamental que a ciência e a tecnologia estejam alinhadas e permaneçam em constante evolução. Nos dias atuais, se por um lado, a automação é uma das grandes aliadas do desenvolvimento, por outro, é também um dos maiores desafios para a sociedade, tendo em vista que, com a inteligência artificial, muitos trabalhadores foram substituídos por máquinas e robôs inteligentes.

A proteção ao trabalhador em face da automação demanda a adoção de nova regulamentação, para resguardar os direitos dos trabalhadores, devendo ser implantada na sociedade em harmonia com o desenvolvimento social, econômico, científico e tecnológico, de forma sustentável.

A Constituição Federativa da República do Brasil de 1988 inseriu no rol dos direitos trabalhistas a proteção em face da automação, em seu artigo 7º, XXVII. Ocorre que, com o grande avanço tecnológico experimentado pela sociedade brasileira (e mundial), se torna

¹² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei.

imprescindível o estabelecimento de normas que busquem amparar os trabalhadores.

Assim, caso uma profissão deixe de existir em razão da automação, o poder público deve não só assegurar renda básica para subsistência destes trabalhadores, como também fomentar políticas de reinserção no mercado de trabalho com cursos de formação.

O grande desafio é, portanto, manter equilibrada a balança entre o avanço tecnológico e a preservação dos direitos fundamentais e sociais. Salvar empregos e permitir que empresas consigam utilizar a tecnologia sobreviver, sobretudo em contextos de políticas tributárias tão injustas, como é o que ocorre no caso brasileiro (BASTOS; MARTINS, 2004, p. 354).

Para a criação de uma nova regulamentação de proteção em face da automação devem ser levados em consideração uma série de elementos no contexto de diversas áreas, consistindo na adoção de medidas e políticas que viabilizem o desenvolvimento tecnológico sustentável e que promovam, com a mesma intensidade, a geração e manutenção de postos trabalho humano.

A Constituição Federal de 1988 criou uma estrutura capitalista relacionada à iniciativa privada e por outro lado trouxe consigo a função social da propriedade, sendo o trabalho essencial para a manutenção desse direito de propriedade.

No que diz respeito a tecnologia, a CF 1988 conta com vários dispositivos que trazem a função social diante das relações de trabalho, pois a Constituição abarcou o interesse ao desenvolvimento tecnológico e econômico juntamente com o interesse social. Os artigos 218 e 219 da CF trazem de forma clara o fomento ao desenvolvimento científico e tecnológico, ou seja, a Constituição engloba vários seguimentos que devem estar alinhados no crescimento para que não haja defasagem de um por consequência do crescimento do outro.

O desenvolvimento tecnológico trazido pela Constituição Federal Brasileira visa a solução de problemas, principalmente o social. Ocorre que, com o avanço da automação, a atenção deve voltar-se a prioridade aos problemas gerados por causa do desemprego tecnológico, devendo dar proteção em face da automação no âmbito nacional, nas diversas áreas da economia que foram e serão abrangidas pela tecnologia.

Desta forma, diante dos fundamentos constitucionais relacionados à função social e à evolução tecnológica, o trabalho humano não deve ser sucateado em razão da automação trazida pela evolução da tecnologia, devendo assim, promover ações para a melhoria da condição social do trabalho humano, com a finalidade de consumir os princípios constitucionais fundamentais sociais e econômicos.

No Brasil, em 2000 houve a regulamentação acerca da automação relacionado aos postos de gasolina através da Lei nº 9.956, que proibiu o funcionamento de bombas de autosserviço nos postos de abastecimento de combustíveis em todo território nacional. Após a criação dessa lei, vários outros setores se manifestaram em decorrência da automação e da perda do trabalho humano. Assim, a necessidade de regulamentação é cada vez mais fundamental para efetivar uma política em face da automação.

Nas hipóteses em que obstar o crescimento tecnológico em determinados setores seja a melhor saída com a finalidade de suprir crises e preservar os empregos, essa deve ser uma medida temporária tendo em vista que desestimula o crescimento da tecnologia provocando uma defasagem no sistema que poderá promover de forma direta ou indireta problemas maiores posteriormente. Por isso, é fundamental que sejam fixadas diretrizes para fomentar a tecnologia equilibrada com a busca do pleno emprego, conforme artigo 170 CF/88, para efetivar a proteção em face da automação viabilizando meios para o crescimento social e tecnológico.

Outra forma que poderá viabilizar o trabalho humano com a tecnologia será através das convenções coletivas, enquanto não há a regulamentação. A Convenção nº 158 da OIT traz a possibilidade de negociação prévia que envolvam os fatores econômicos e tecnológicos.

Art. 13 – 1. Quando o empregador prever término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos: a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses termos; b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

Desta forma, a intervenção do sindicato viabiliza os interesses da autotomação, do avanço tecnológico e a manutenção de empregos, todos em um mesmo sistema, dando espaço para ambos sem a defasagem de um em detrimento do outro.

Considerações finais

As revoluções fazem parte do cotidiano da sociedade. A tecnologia está em constante evolução, a cada dia uma nova descoberta muda milhares de vidas, nem sempre em aspectos completamente positivos.

O uso da inteligência artificial mudou paradigmas, permitindo atividades que antes seriam impossíveis de realizar. Hoje o custo benefício dos aparelhos eletrônicos são muito mais viáveis do que em poucas décadas passadas.

Não há como negar a importância da evolução tecnológica para a sociedade, que com ela trouxe a automação. Ocorre que, ao mesmo tempo, as máquinas começaram a ocupar lugares de trabalhadores humanos, gerando defasagem em vários setores e desemprego estrutural.

Dessa forma, se faz necessária a criação de uma regulamentação em face da automação, não com a intenção de banir o crescimento tecnológico da sociedade, mas para resguardar os direitos sociais, principalmente em relação as garantias trabalhistas, tendo em vista que há detrimento da liberdade econômica em face dos trabalhadores.

Portanto, se faz necessário uma regulamentação de caráter urgente para que seja encontrado o equilíbrio social entre a evolução tecnológica, o uso da automação e da inteligência artificial, a liberdade econômica e o trabalho humano.

Referências

ABREU, Mateus Barbosa Gomes. **Espionagem internacional e proteção constitucional à privacidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**. Boitempo Editorial. Edição do Kindle.

AYER, Flávia. **Para Ministério Público do Trabalho, rotina dos motoboys é de exploração**. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/03/10/internas_economia,1036630/para-ministerio-publico-rotina-dos-motoboys-e-de-exploracao.shtml. Acesso em 1 dez. 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html. Acesso em 26 dez. 2019.

_____. Câmara dos Deputados Federais. Lei n.º 9.956, de 12 de janeiro de 2000. **Proíbe o funcionamento de bombas de auto-serviço nos postos de abastecimento de combustíveis e dá outras providências**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9956-12-janeiro-2000-370261-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 26 dez. 2019.

_____. Câmara dos Deputados Federais. Projeto de Lei n. 2302/2019. **Revoga a Lei 9.956, de 12 de janeiro de 2000 e permite o funcionamento de bombas de autosserviço operadas pelo próprio consumidor nos postos de abastecimento de combustíveis, em todo o território nacional**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=oCCB30BE3E23F6C402B9F6396347D73B.proposicoesWebExterno1?codteor=1733438&filename=PL+2302/2019. Acesso em 26 dez. 2019.

_____. Câmara dos Deputados Federais. **Projeto permite bombas de autosserviço em posto de combustíveis**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/559452-projeto-permite-bombas-de-autosservico-em-postos-de-combustiveis/>. Acesso em 1 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em 26 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Presidente do Supremo apresenta ferramentas de inteligência artificial em Londres**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422699>. Acesso em 26 dez. 2019.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

COMPUTER WORLD. **O que o Fórum Econômico Mundial indicou sobre o futuro do trabalho.** Disponível em <https://computerworld.com.br/2019/01/28/o-que-o-forum-economico-mundial-indicou-sobre-o-futuro-do-trabalho/>. Acesso em 26 dez. 2019.

DYNIWICZ, Luciana. **UberEats testa entregas por drone em parceria com McDonald's nos EUA.** Disponível em <https://exame.abril.com.br/tecnologia/ubereats-testa-entregas-por-drone-em-parceria-com-mcdonalds-nos-eua/>. Acesso em 1 dez. 2019.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Dormir na rua, pedalar 30 km e trabalhar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos.** Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/05/dormir-na-rua-pedalar-30-km-e-trabalhar-12-horas-por-dia-rotina-dos-entregadores-de-aplicativos.html>. Acesso em 1 dez. 2019.

FERNANDES, Daniela. **Por que os carros movidos a gasolina e diesel estão com os dias contados em países europeus e vários emergentes.** Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42046977>. Acesso em 1 dez. 2019.

FONSECA, Mariana. **Funcionários do McDonald's já estão começando a sumir.** Disponível em <https://exame.abril.com.br/negocios/funcionarios-do-mcdonalds-ja-estao-comecando-a-sumir/>. Acesso em 26 dez. 2019.

GABRIEL, Martha. *Você, eu e os robôs: um pequeno manual do mundo digital.* São Paulo: Atlas, 2018.

LIMBERGER, Têmis. *Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito de ser informado e o princípio democrático.* **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 30, n. 64, p. 33-47, jul./dez 2006.

MARQUES, Pedro. **Uber com diploma: desemprego alto faz até profissional com faculdade virar motorista e entregador de aplicativos.** Disponível em <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/profissionais-com-faculdade-viram-uber/#uber-com-diploma>. Acesso em 26 dez. 2019.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.

MOURA, Carolina. **Proposta coloca em risco empregos dos frentistas**. Disponível em <https://odia.ig.com.br/economia/2018/05/5544651-proposta-coloca-em-risco-empregos-dos-frentistas.html> . Acesso em 1 dez. 2019.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Internet y Derechos Humanos. In: **Derecho y conocimiento**. Huelva: Universidad de Huelva (Facultad de Derecho), 2002, v.2.

PERRIN, Fernanda. **Supermercados e redes de fast-food avançam no autoatendimento**. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/supermercados-e-redes-de-fast-food-avancam-no-autoatendimento.shtml>. Acesso em 26 dez. 2019.

PRESSE, France. **Uber lança serviço de carros sem motorista nos Estados Unidos**. Disponível em <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/09/uber-lanca-servico-de-carros-sem-motorista-nos-estados-unidos.html>. Acesso em 26 dez. 2019.

RADIO FRANCE INTERNACIONALE. **Quarta Revolução Industrial vai tirar milhões de empregos, alerta estudo**. Disponível em <http://www.rfi.fr/br/mundo/20160118-novas-tecnologias-podem-tirar-5-milhoes-de-empregos-nos-proximos-5-anos-alerta-estudo>. Acesso em 26 dez. 2019.

ROCHA, Alberto. **Jornalistas da Microsoft e MSN serão substituídos por Inteligência Artificial**. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/jornalistas-da-microsoft-serao-substituidos-por-inteligencia-artificial-em-junho-165751>>. Acesso em: 01 de jun. de 2020

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999, p.265.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. tradução Daniel Moreira Miranda. - São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Luís Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Globalização e Direito Econômico. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA, Rodolfo (coords.). **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.151-154).

SILVEIRA, Daniel; ALVARENGA, Darlan. **Trabalho informal avança para 41,3% da população ocupada e atinge nível recorde, diz IBGE**. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/08/30/trabalho-informal-avanca-para-413percent-da-populacao-ocupada-e-atinge-nivel-recorde-diz-ibge.ghtml> . Acesso em 1 dez. 2019.

TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL. **História das telecomunicações**. Disponível em <http://telecomunicacoesdobrasil.org.br/voce-conectado/historia-das-telecomunicacoes/>>. Acesso em 1 dez. 2019.

VENTURA, Felipe. **Uber compra US\$ 1 bilhão em carros que vão dirigir sem motorista**. Disponível em <https://tecnoblog.net/228386/uber-um-bilhao-carros-autonomos/>. Acesso em 26 dez. 2019.

VOLTOLINI, Ramon. **Conheça o primeiro smartphone da História**. Disponível em <https://www.tecmundo.com.br/celular/59888-conheca-primeiro-smartphone-historia-galerias.htm>. Acesso em 1 dez. 2019.

Parte V

Direito à moradia, regularização fundiária e população de rua

Movimentos sociais e direito à moradia no Brasil: reflexões sobre a posição do MTST e da UNMP na política habitacional

Gabriel Ferreira da Fonseca

1 Introdução

O presente capítulo apresenta alguns resultados da minha pesquisa de doutorado, conduzida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com períodos de investigação na Faculdade de Sociologia da Universidade de Bielefeld (Alemanha). O contexto institucional em que foi desenvolvido já indica o caráter interdisciplinar do trabalho, que promoveu diálogos especialmente entre o Direito e a Sociologia. Além disso, a investigação mobilizou autores, obras e reflexões vinculadas a áreas como Ciência Política, Economia, Geografia, Urbanismo e Linguística (FONSECA, 2019).¹

Dentre os temas centrais enfrentados pela tese está o da atuação dos movimentos sociais organizados em um contexto de retomada do ativismo estatal no Brasil, principalmente após a crise financeira internacional de 2008. Na área da política habitacional, esse momento histórico foi marcado pela criação e desenvolvimento do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), que contou com a participação ativa de atores do Governo Federal, da Caixa Econômica Federal (CEF), das maiores construtoras e incorporadoras imobiliárias do país e mesmo de movimentos sociais de luta por moradia.

¹ A pesquisa contou com as bolsas Proex e Sanduiche da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), bem como com o auxílio financeiro da *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD) para pesquisa de curta duração na Alemanha.

Observou-se que, principalmente durante os governos do Partido dos Trabalhadores (Governo Lula – 2003 a 2010 – e Governo Dilma – 2011 a 2016), os movimentos sociais de caráter nacional, como o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST) e a União Nacional por Moradia Popular (UNMP), encontraram um ambiente político-institucional relativamente favorável à participação direta na formulação e execução de políticas públicas habitacionais e, portanto, na busca da efetivação do direito à moradia.²

Em face desse cenário, a questão central que espero responder neste trabalho é a seguinte: quais os papéis assumidos pelos movimentos sociais na formulação e execução da política habitacional brasileira e, consequentemente, na busca pela efetivação do direito à moradia no país?

Desenvolvo a hipótese de que tais movimentos promovem não apenas protestos e ocupações, mas também comunicações políticas e jurídicas, já que o seu funcionamento ocorre, em grande medida, por meio de “organizações polifônicas” orientadas principalmente pelas lógicas dos sistemas da política e do direito (ANDERSEN, 2003; VILLADSEN, 2007, p. 68). Tais organizações também se valem de outros sistemas funcionais, como a economia, a ciência, a educação e os meios de comunicação de massa, mas o fazem, sobretudo, para impactar em tomadas de decisões coletivamente vinculantes (função da política) e em estabilizações de expectativas normativas (função do direito).

Com base na teoria dos sistemas sociais (LUHMANN, 2005 e 2007) e, em especial, nas abordagens sociolinguísticas que mobilizam esse referencial teórico (BORA e HAUSENDORF, 2004; BORA, 2009), proponho que tais organizações sejam descritas como uma posição social:

² Ver, para uma análise que contextualiza a atuação desses movimentos sociais (observados como organizações político-jurídicas locais) em um cenário de tensão comunicativa com organizações político-econômicas locais, como as associações empresariais do setor da construção civil e incorporação imobiliária, Fonseca (2019).

organizações político-jurídicas locais. Nos discursos dessa posição social, observa-se uma defesa da inclusão pela cidadania e pelos direitos sociais – ideais típicos de um modelo de Estado Social que, em que pese a relevância que apresenta no plano semântico e normativo, ainda não se concretizou plenamente no país.

A metodologia adotada para se chegar a tais conclusões associou as referidas abordagens teóricas com técnicas de pesquisa como revisão bibliográfica, estudo de caso, entrevistas semiestruturadas com advogados de movimentos sociais, observação direta, análise de documentos disponíveis nos sites desses movimentos e exame de dados levantados mediante pedidos de acesso à informação no Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão da Controladoria-Geral da União. As análises centraram-se principalmente nos dois movimentos organizados nacionalmente já citados: o MTST e a UNMP.

Tive a oportunidade de entrevistar um advogado do MTST e outro da UNMP. Além disso, conduzi entrevista com um dos fundadores deste último movimento, que advoga para a seção do Estado de São Paulo da UNMP: a União dos Movimentos de Moradia de São Paulo (UMM-SP). Por fim, entrevistei uma advogada especializada em regularização fundiária que colabora com movimentos como a UMM-SP e a União das Lutas de Cortiços (ULC).

Este trabalho, portanto, promove um diálogo entre o referencial teórico sistêmico e diferentes técnicas de pesquisa empírica. Os resultados da investigação são desdobrados nas quatro seções a seguir.

Na seção 2, apresento o modo como os movimentos sociais têm sido descritos pela teoria dos sistemas sociais, notadamente a partir da obra de autores como Luhmann (1994). Essa teoria apresenta a vantagem de oferecer uma visão de conjunto para os movimentos sociais, situando-os no contexto da sociedade global e de seus sistemas funcionais,

organizacionais e interacionais. Contudo, como se verá, as análises sistêmicas voltadas a tais movimentos limitaram-se, em geral, a observá-los como sistemas sociais vocacionados apenas ao protesto e à mobilização e dramatização de valores, “como paz, proteção ambiental, igualdade, caridade” (KÜHL, 2020). Atento a pontos cegos como esse, mobilizo as descrições de Campilongo (2012), que, com base nessa teoria, identifica outras formas de comunicação dos movimentos sociais: além de promover protestos e valores, eles também podem atuar institucionalmente nos centros dos sistemas da política e do direito.

Já na seção 3, abordo, em linhas gerais, como tem evoluído a participação dos movimentos sociais na formulação e execução de políticas sociais no Brasil, notadamente na área da habitação. Em um contexto tradicionalmente marcado por números alarmantes ligados ao déficit habitacional e à inadequação da moradia, a política habitacional é considerada um dos temas centrais na luta por moradia no país. Como se verá, tais movimentos foram aos poucos passando da posição de críticos do Estado (inicialmente identificado com a ditadura militar) para uma posição relativamente ambígua, já que, a partir da redemocratização do país, seus integrantes, por exemplo, começaram a fazer parte de governos locais, compor conselhos municipais, estaduais e federais, participar da elaboração de políticas públicas etc.

Na seção 4, descrevo alguns aspectos centrais de dois dos maiores movimentos sociais de moradia do país, o MTST e a UNMP. Apesar das inegáveis particularidades de cada um desses movimentos, analiso as características gerais que permitem associá-los à posição social das organizações político-jurídicas locais. Como já indicado, essa posição é caracterizada pelo discurso da busca por inclusão social para seus integrantes, isto é, pelo reconhecimento dos seus membros como endereços comunicativos relevantes (cidadãos, sujeitos de direitos etc.).

Por fim, na seção 5, realizo um breve balanço dos resultados da investigação. Com base na teoria dos sistemas e no estudo da realidade brasileira, busca-se, em síntese, reconstruir os papéis assumidos pelos movimentos sociais, notadamente no âmbito da política habitacional do país.

2 Teoria dos sistemas e movimentos sociais

A teoria dos sistemas sociais tradicionalmente observa os movimentos sociais como um tipo de sistema social orientado pela condução de protestos sobre determinados temas. Trata-se, portanto, de um sistema de comunicação que oferece uma perspectiva crítica em relação à sociedade e seus sistemas funcionais e organizacionais. Entretanto, como veremos nesta seção, a observação dos movimentos sociais de luta por moradia brasileiros permite associar a tais sistemas outras características, especialmente em razão do modo como se articulam em organizações de caráter nacional.

Descrições de autores como Luhmann situam os movimentos sociais na periferia do sistema político, como sistemas sociais que hospedam temas supostamente “deixados de lado”. Esses sistemas não se caracterizariam pela filiação a uma organização (sistema organizacional), mas pelo seu interesse por tais temas e pela condução de protestos públicos contra a insuficiência das ações oficiais. Os chamados “movimentos de protesto” dependeriam da organização de seus representantes, mas a sua comunicação estaria menos ligada a “decisões” (organizacionais) do que a “motivos, compromissos, vínculos”. A identificação desse sistema social com as organizações esbarraria em “características deficitárias: heterárquicos, não hierárquicos, policêntricos, em forma de rede e,

particularmente, sem controle sobre o seu próprio processo de mudança” (NAFARRATE, 2004, p. 311-313).³

Ao menos em linha gerais, esse diagnóstico foi mantido mesmo por autores que, com base nesse referencial teórico, desenvolveram pesquisas sobre os movimentos sociais no Brasil. Segundo Ferreira (2015, p. 218), os movimentos sociais não se articulariam em torno de decisões como os sistemas organizacionais; e quando “se personalizam juridicamente, em organizações”, perdem ou limitam “a chance de se volatizar diante dos temas absorvidos”, comprometendo, parcialmente, o seu “caráter revolucionário (semântico)”. Em direção similar, Schwartz (2018, p. 66) aponta que “os (novos) movimentos sociais” não são “organizações (membro/não-membro) nem interações.”

As descrições dos movimentos sociais produzidas pela teoria dos sistemas ressaltam principalmente o seu caráter de reação em face dos “conflitos, desequilíbrios, desigualdades, distribuição assimétrica de recursos, direitos, poderes e riscos.” Esses sistemas sociais protestam contra a atuação dos sistemas de função, criticando a sociedade: “seus alvos são as lacunas, as inconsistências, as perversões, o mau funcionamento e os efeitos do próprio funcionamento dos sistemas de função.” Isso pode se materializar na corrupção da lógica desses sistemas, no bloqueio do encadeamento das suas comunicações. Entretanto, como aponta Campilongo (2012, p. 41-70), outra faceta dessa realidade foi menos destacada pela teoria: o uso criativo dos sistemas de função por tais movimentos, que aproveitam as “fraquezas” desses sistemas e estimulam a sua “variabilidade” ou “mudança”.

³ Deve-se registrar que a obra de Nafarrate (2004) aqui citada é uma reconstrução das lições ditadas por Luhmann em um curso sobre política na Universidade de Bielefeld em conjunto com o argumento (e o texto) do manuscrito do sociólogo alemão sobre o sistema político publicado postumamente.

Há, portanto, uma espécie de ponto cego das análises sistêmicas voltadas aos movimentos sociais. Em alguma medida, essa limitação está ligada à subvalorização do fato de que esses sistemas podem se articular em organizações e, conseqüentemente, elevar a sua capacidade de comunicação externa (isto é, comunicação com outros sistemas sociais). A análise da atuação dos movimentos sociais de moradia no país, principalmente a partir da observação da UNMP e do MTST, permite associá-los à posição social que chamo de organizações político-jurídicas locais.

Um rápido olhar sobre tais movimentos já permite chegar à conclusão de que eles não se limitam a fazer protestos ou a comunicar valores (KÜHL, 2020), como indicaria o diagnóstico de autores como Luhmann (1994), para quem tais movimentos não estariam comprometidos com a resolução de problemas, mas com uma crítica moral da sociedade: “Os movimentos sociais baseiam-se no pressuposto de que os problemas deveriam ser resolvidos em outro lugar. Eles praticam o princípio de cavalgar moralmente em cavalos selvagens.”⁴

No Brasil, os movimentos sociais de luta por moradia articulam-se em organizações nacionais, o que lhes permite, por exemplo, maior ressonância comunicativa na política institucional. Por um lado, verifica-se a sua tradicional atuação por meio de protestos, paralisação de vias públicas e ocupações de prédios e terrenos públicos e privados. Por outro lado, tais intervenções são complementadas com participações em canais institucionais, como as atuações em conselhos, as articulações com parlamentares e partidos políticos, as audiências com magistrados, as reuniões com ministros de estado, secretários estaduais e municipais e técnicos da CEF.

Guardadas as devidas particularidades, as organizações político-jurídicas locais promovem comunicações funcionalmente equivalentes

⁴ Adoto a tradução de Tavolari e Correia (no prelo) da entrevista de Luhmann aqui citada.

àquelas das associações empresariais do setor da construção civil e incorporação imobiliária, que podem ser chamadas de organizações político-econômicas locais. No caso das primeiras, observa-se uma clara referência à semântica dos direitos humanos e sociais, com discursos ligados à sua efetivação por meio do apoio estatal e da participação popular. Já as segundas vinculam as suas operações comunicativas à semântica do sistema econômico, com discursos associados aos ideais de eficiência e redução da burocracia estatal. Em comum, essas duas posições sociais atuam nacionalmente buscando impactar na política habitacional brasileira e, conseqüentemente, promover a redução do déficit habitacional e da inadequação da moradia no país. Afinal, ao menos no modelo de política habitacional adotado pelo país, a moradia é vista, ao mesmo tempo, como um direito e uma mercadoria (FONSECA, 2019).

Nesse cenário, os movimentos sociais aqui estudados observam o Estado como um “espaço em disputa”, razão pela qual, nas palavras do advogado da UNMP (2018) entrevistado não lhes cabe apenas protestar, mas também propor alternativas:

O Estado é um Estado patrimonialista, dominado pelas elites etc., mas é papel do movimento participar dessa disputa pra tentar destronar as elites e fazer o Estado cumprir uma função republicana que é distribuir as riquezas no país. Então, pra mim, o movimento precisa combinar a ação direta, que são as ocupações, as manifestações etc., com a capacidade de propor coisas.

Verifica-se nesse discurso uma crítica às “disfunções dos sistemas parciais”, como as assimetrias nos sistemas político e econômico, que não são combatidas apenas por ocupações, manifestações etc., mas também mediante a apresentação de propostas políticas concretas em espaços e procedimentos institucionalizados nas organizações estatais. A partir da distinção proposta por Campilongo (2012, p. 103-117) entre “movimentos

de desintegração”, que cooperam com os demais sistemas sociais, e “movimentos de integração”, que atuam em relação de “competição”, “predação” e “parasitismo” com tais sistemas, pode-se vincular o discurso acima à primeira categoria.

Embora o referido autor afirme, com base no referencial teórico sistêmico, que os movimentos sociais não extraem as suas principais características sociológicas do fato de estarem articulados em organizações formais (CAMPILONGO, 2012, p. 68), a análise dos movimentos de moradia no Brasil indica que o uso criativo que fazem dos sistemas funcionais, em grande medida, está ligado ao fato de se constituírem como organizações.

Afinal, os sistemas organizacionais “são os únicos sistemas sociais que podem se comunicar com seu ambiente.” Os sistemas funcionais, como a economia, a política e o direito, precisam da formação de organizações em seu interior, que lhes dotem da “capacidade de comunicação externa” (LUHMANN, 2007, p. 668). A forma de comunicação (e autorreprodução) específica das organizações é a tomada de decisão (KÜHL, 2020). Suas decisões podem empregar o meio (*medium*) de muitos sistemas funcionais, como o dinheiro (decisões econômicas), poder (decisões políticas) e direito (decisões jurídicas). Nesse sentido, tais comunicações organizacionais tornam-se “codificadas de acordo com o *medium*”: pagamento/não pagamento (dinheiro), governantes/governados (poder) e lícito/ilícito (direito) (ANDERSEN, 2003, p. 162).

Daí o foco deste trabalho na dimensão organizacional dos movimentos sociais. Por meio dela, tais movimentos desenvolvem as comunicações políticas e jurídicas que serão analisadas nas próximas seções, voltadas aos papéis assumidos pelos movimentos sociais na formulação e execução da política habitacional brasileira, principalmente durante os governos do

Partido dos Trabalhadores (Governo Lula e Governo Dilma), entre 2003 e 2016.

3 Movimentos sociais de moradia no Brasil

Ao longo da década de 1970, um grande número de movimentos sociais surgiu ou ressurgiu no Brasil e em outros países da América Latina, notadamente movimentos de classes populares em busca de bens de consumo coletivo, como infraestrutura urbana, saúde, transporte, habitação etc. As “lutas isoladas” de tais movimentos populares aglutinaram-se “em organizações locais”, que contaram com o apoio de grupos políticos de esquerda e liberais. Os diferentes movimentos tinham como alvo comum o regime militar e, conseqüentemente, o Estado (GOHN, 1991, p. 9).

Entretanto, a partir de meados da década de 1980, o diálogo com os movimentos sociais passa a fazer parte dos processos de reelaboração das políticas sociais. Surgem governos locais com propostas de administração participativa; lideranças e militantes são eleitos; assessores de movimentos populares passam a gerir secretarias e órgãos públicos. Como resultado, observou-se avanços quanto à participação social, mas também, em alguns casos, uma espécie de “confusão entre ‘ser movimento’ e ser ‘governo’”. Tal confusão estaria presente, por exemplo, em apropriações pela administração pública dos espaços de produção dos movimentos e em atuações corporativistas ou clientelistas desses grupos (GOHN, 1991, p. 15-17).⁵

Em um ambiente marcado pelo déficit habitacional e pela inadequação da moradia⁶, as mobilizações populares têm sido particularmente

⁵ Ver, para uma crítica ao “pragmatismo político” que ampliou as práticas clientelistas e patrimonialistas em contextos de “participação popular junto aos diversos níveis de governo por meio de conselhos, assembleias e comissões”, Maricato (2014, p. 153-161).

⁶ Conferir, para uma compreensão da metodologia adotada na distinção entre déficit habitacional (que indica a necessidade da construção de novas moradias) e inadequação de domicílios (que aponta para as características dos domicílios que prejudicam a qualidade de vida dos moradores), Fundação João Pinheiro (2018).

relevantes na área da habitação. Tais movimentos “são os mais constantes e freqüentes dos muitos que eclodiram em nossas grandes cidades.” Associações e organizações de moradores de favelas tiveram papel importante na reivindicação da posse das terras e da melhoria da infraestrutura urbana, como redes de água, energia elétrica, iluminação pública e transportes (MARICATO, 1987, p. 57).

Em grandes cidades como Salvador algumas regiões favelizadas, resultantes de ocupações coletivas, foram recuperadas e urbanizadas. A organização coletiva dos moradores contribuiu para tal resposta estatal à ocupação das terras urbanas motivada “pela própria contingência de ter que morar em algum lugar e de não encontrar outras alternativas”, isto é, pela necessidade de fazer “‘justiça com as próprias mãos’, conquistando um espaço de moradia através das invasões” (GORDILHO-SOUZA, 2008, p. 402-406).⁷

As inúmeras deficiências da política habitacional brasileira representaram um ponto de convergência para os movimentos reivindicatórios urbanos:

Moradores de loteamentos clandestinos lutam pela regularização de seus lotes vendidos em situação totalmente ilegal sob a conivente ineficácia da fiscalização municipal. As lutas que se travam por melhores transportes, pela melhoria da rede pública de água, pela construção de creches, ou contra as enchentes, de alguma forma, estão todas ligadas à habitação e ao processo que caracteriza o crescimento urbano e elas atestam a falência daquela política habitacional (MARICATO, 1987. p. 57-58).

Portanto, após a autoconstrução da moradia em áreas informais, a população de baixa renda lutou pela criação e qualificação dos espaços

⁷ Como aponta Maricato (1987, p. 57), “[s]e no início da década de 1970 a palavra de ordem é de remoção dos favelados, no fim da década já não se fala mais nisso. O discurso oficial é de recuperação e urbanização das favelas. As invasões organizadas são toleradas e até auxiliadas, por vezes, pelas Secretarias de Promoção Social.”

públicos, da infraestrutura urbana, de sua habitação e inclusão na cidade (GORDILHO-SOUZA, 2008, p. 405).

Autores como Holston (2013, p. 22-64) chegam a afirmar, com base na observação de experiências como a autoconstrução da moradia nas periferias do Brasil, que “[a]o contrário do que preveem muitas teorias sociais dos séculos XIX e XX sobre as classes trabalhadoras, integrantes dessas classes se tornaram novos cidadãos, não por meio de lutas trabalhistas, mas pelas lutas pela cidade – um processo prevalente [...] em todo o Sul do planeta.” Sem que tenha sido substituído “o modelo histórico de privilégios de cidadania para alguns e degradação para muitos” no país, “a autoconstrução transformou as periferias em espaços de futuros alternativos, produzidos nas experiências de se tornar proprietários, de organizar movimentos sociais, de participar de mercados consumidores e de fazer julgamentos estéticos sobre as transformações das casas.”

No contexto brasileiro atual, os movimentos sociais trabalham em diversas frentes para efetivar o direito à moradia dos seus membros. Trata-se da ação de uma coletividade de indivíduos organizados em torno da busca pela inclusão social propiciada pelo acesso a uma habitação adequada, isto é, pelo seu reconhecimento como “pessoas”, como “endereços relevantes” para as comunicações típicas de sistemas funcionais como o direito, a política, a economia, a educação e a saúde (SCHIRMER e DIMITRIS, 2015).

Por exemplo, tais movimentos elaboram e executam projetos habitacionais, com financiamento obtido por meio do PMCMV em uma modalidade chamada Entidades. Os recursos são oriundos do Orçamento Geral da União (integralizados no Fundo de Desenvolvimento Social - FDS) e destinam-se às famílias “organizadas sob a forma coletiva”, inclusive em movimentos sociais de luta por moradia. Trata-se de uma pequena parcela dos financiamentos subvencionados da Faixa 1 do PMCMV que

exige a habilitação da Entidade Organizadora no Ministério das Cidades⁸ para a produção das unidades habitacionais urbanas destinadas a famílias com renda mensal bruta de até R\$ 1.800,00 (CEF, 2018).⁹

Os movimentos sociais urbanos também elaboram propostas de mudanças legislativas e regulatórias para o setor, inclusive com o apoio de ONGs, pesquisadores, professores universitários, intelectuais e outros profissionais socialmente engajados. Como aponta Maricato (2015, p. 24-37), a atuação desses agentes vinculados ao chamado Movimento Social pela Reforma Urbana intensificou-se com o crescimento dos partidos de esquerda no país e resultou em conquistas como o Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001), o Ministério das Cidades (2003), a Conferência Nacional das Cidades (2003, 2005 e 2007) e o Conselho Nacional das Cidades (2004).

Em grande medida, essas conquistas estão ligadas ao contexto político-institucional do país, que, em 2002, elegeu o Presidente Luís Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores. Entre 1998 e 2000, ainda durante a preparação para a campanha presidencial de 2002, militantes e intelectuais reuniram-se no Instituto Cidadania (sob a direção de Lula) com o objetivo de construir o que ficou conhecido como “Projeto Moradia”. A eleição de Lula representou, portanto, uma oportunidade para os movimentos sociais que participaram da elaboração daquele projeto. A criação do Ministério das Cidades, do Conselho Nacional das Cidades e da

⁸ No início de 2019, o Ministério das Cidades uniu-se ao Ministério da Integração Nacional, resultando no atual Ministério do Desenvolvimento Regional. Uma série de outras mudanças no cenário político-institucional posteriores ao *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff (2016) e, em especial, às eleições de 2018, extrapolam os limites deste trabalho, seja pela relativa falta de distanciamento histórico para uma adequada compreensão dos acontecimentos, seja pelo fato de o levantamento de dados da pesquisa ter sido realizado principalmente até o final do ano de 2018.

⁹ Na modalidade Entidades, admite-se que 10% das famílias atendidas em cada empreendimento possuam renda mensal bruta de até R\$ 2.350,00 (CEF, 2018). Conforme dados disponibilizados ao autor pelo antigo Ministério das Cidades (2018), desde o início do PMCMV, em 2009, até o mês de setembro de 2018, foram contratadas 1.861.160 unidades habitacionais na Faixa 1 do Programa. Desse montante, 78.151 foram unidades contratadas na modalidade “Entidades/FDS”, o que representa 4,1% do total. Já o valor destinado para a Faixa 1 foi de R\$ 89.774.629.975 e para a referida modalidade, R\$ 2.214.647.949, o que corresponde a 2,4% da quantia total.

Conferência Nacional das Cidades permitiu a inclusão desses movimentos no centro do sistema político, seja no próprio Governo Federal, seja nos espaços institucionais de participação política. Observou-se, portanto, uma “múltipla filiação dos atores que ocupavam cargos no governo”, isto é, eles eram militantes e intelectuais ligados, por exemplo, tanto ao partido do Presidente Lula, quanto aos movimentos de moradia (TATAGIBA e TEIXEIRA, 2016, p. 96).

Na próxima seção, analisarei o modo que dois dos maiores movimentos sociais da área da habitação (articulados sob a forma de organizações de abrangência nacional) contribuem para a formulação e execução da política habitacional do país. Independente do maior ou menor contato com o Partido dos Trabalhadores, esses movimentos encontraram um ambiente político-institucional relativamente aberto à sua participação durante os Governos Lula e Dilma.

4 MTST e UNMP como organizações político-jurídicas locais

Os movimentos sociais de moradia do Brasil estão longe de representar um bloco homogêneo. Eles apresentam particularidades que decorrem, por exemplo, das diferentes articulações que mantêm com o Estado, as igrejas ou os partidos políticos (GOHN, 1991, p. 34-40). A análise de dois grandes movimentos de moradia do país, como o MTST e a UNMP, já é suficiente para se constatar algumas importantes diferenças tanto no plano operacional, quanto semântico. Contudo, pode-se também observar convergências significativas entre tais movimentos, que identifico com a posição social das organizações político-jurídicas locais.

O MTST é um dos maiores e mais conhecidos movimentos sociais de luta por moradia do país. Esse movimento justifica a sua existência pelo descaso em relação ao “problema urbano” que torna o Brasil “uma fábrica de fazer sem-tetos”. A “luta urbana” proposta pelo MTST passa pelo

enfrentamento da questão da moradia, mas também pela atuação “contra despejos, por creches, por asfalto, contra a violência policial, pela tarifa social de energia elétrica, contra os incêndios criminosos em favelas e outros problemas” (SIMÕES, CAMPOS e RAFAEL, 2017, p. 8-44).

A história do movimento está ligada à “Nova República” que surge com o processo de redemocratização do país e a promulgação da “Constituição Cidadã” de 1988. Trata-se de um contexto marcado pela eliminação das barreiras à organização e ao funcionamento de partidos políticos e práticas democráticas como as ligadas aos movimentos sociais no Brasil (CARVALHO, 2016, p. 201-218).¹⁰

Após uma experiência inicial em São Paulo, “entre o final da década de 1990 e o início de 2000, outros Estados também registram experiências com o MTST, estimulados pelas direções estaduais” do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), como Pernambuco, Pará e Rio Grande do Norte (SIMÕES, CAMPOS e RAFAEL, 2017, p. 8-44).

Em cerca de “20 anos de resistência em movimento”, conforme o balanço de integrantes da sua Coordenação Nacional, o MTST tem se destacado por:

Centenas de mobilizações com milhares de pessoas nas ruas, mais de 60 ocupações realizadas e mais de 30 organizadas e fortalecidas, milhares de unidades habitacionais produzidas, uma infinidade de travamento de vias e rodovias, diversas ocupações de órgãos públicos e empresas privadas e tantas outras ações (SIMÕES, CAMPOS e RAFAEL, 2017, p. 8-44).

¹⁰ Dentre os fatores que contribuíram para a mobilização em torno da moradia naquele contexto, podemos destacar: i) a crise econômica da década de 1980, que aumentou o número de pessoas que não conseguiam pagar o aluguel; ii) a extinção do Banco Nacional de Habitação, em 1986, deixando um vazio no financiamento habitacional para as classes médias; iii) a falta de estratégias consistentes do Governo Federal para enfrentar o déficit habitacional na faixa mais pobre da população - o a 3 salários mínimos (TATAGIBA e TEIXEIRA, 2016, p. 91-95).

Como aponta um dos seus dirigentes, o movimento é integrado por “todos aqueles que são afetados pelo problema da moradia, seja pela falta dela ou por tê-la nas condições mais precárias. São aqueles trabalhadores a quem o capitalismo atacou de modo brutal, com suas armas mais afiadas: desemprego, baixos salários, trabalho informal, superexploração.” Conforme levantamento realizado “com mais de 5.200 famílias sem-teto que participaram de uma ocupação organizada pelo MTST na zona sul de São Paulo”, “27% eram trabalhadores informais” e “47% estavam desempregados, sobrevivendo de bicos”. Além disso, em relação à “renda mensal dessas famílias”, “65% sobreviviam com até um salário mínimo” e “32% recebiam entre um e dois salários mínimos” (BOULOS, 2015, p. 89-91).

Na visão de um dos advogados do MTST (2018), os movimentos de moradia teriam ao menos duas funções importantes: i) organizar pessoas pobres em torno da luta pelos seus direitos e pelo fim dos privilégios dos ricos, o que resultaria na criação de um “pensamento crítico” de pessoas integrantes de famílias que por gerações sofrem com a pobreza e, consequentemente, tenderiam a naturalizar essa situação; e ii) produzir pressão nos governos, especialmente por meio de ocupações, já que os poderes públicos tenderiam a não atender essas pessoas ou a atender de forma insuficiente.

Enquanto o MTST baseia a sua atuação e discurso, principalmente, em mobilizações nas ruas e ocupações de imóveis, a UNMP busca intervenções e discursos políticos de caráter mais institucional. Apesar de também realizar e apoiar tais mobilizações e ocupações, como foi possível identificar no relato de um dos seus advogados (2018), este último movimento autodescreve-se como “conselhistas”, já que confere grande importância à participação em canais institucionais, como conselhos municipais, estaduais e federais. Conforme o advogado entrevistado (2018), a UNMP participa até mesmo de encontros internacionais, como a

Conferência Habitat III, organizada pela Agência Habitat da Organização das Nações Unidas (ONU).¹¹

Nas palavras do advogado (2018), a UNMP apresenta uma “tática de atuação” que prioriza mais as discussões em conselhos (do que, por exemplo, o MTST, que opta mais pela busca de “resultados concretos” mediante a “mobilização de rua”):

[...] [a UNMP] é uma organização que reúne os sem-teto. Os sem-teto, o pessoal da união dos favelados, dos encortiçados [...]. Ela [UNMP] é uma associação, ela juridicamente representa os movimentos populares de habitação. [...] existem pelo menos cinco associações nacionais que representam os movimentos de habitação [UNMP, MTST, Central de Movimentos Populares (CMP), Movimento Nacional de Luta por Moradia (MNLM) e Confederação Nacional das Associações de Moradores (CONAM)]. Mas ela [UNMP] é uma das primeiras aqui do Brasil e ela é bastante representativa, porque ela participou, enquanto existiu, do Conselho Nacional das Cidades, o Conselho Estadual de Cidades, o Conselho Estadual de Habitação, o conselho gestor do Fundo Nacional de Habitação Social. Ela é pioneira nos programas que a gente chama de produção autogestionária da habitação. Então, ela tem uma relevância por conta desse histórico. Ela tem um histórico de atuação já de trinta anos de bastante avanço institucional.¹²

A organização foi criada em 1993, tendo como seu embrião a UMM-SP. Em 1987, a UMM-SP foi forjada “na intersecção entre os trabalhadores

¹¹ A participação em canais oficiais é menos prestigiada pelo MTST, mas, por exemplo, para viabilizar o financiamento habitacional para seus integrantes, o movimento também participa de reuniões com secretários, ministros etc. Além disso, um dos seus dirigentes, Guilherme Boulos (Partido Socialismo e Liberdade - PSOL), chegou a candidatar-se para o cargo de Presidente da República nas eleições de 2018, dando centralidade à questão urbana em sua campanha.

¹² Conforme o advogado do MTST (2018) entrevistado, embora tenha interlocuções diretas com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, esse movimento “não participa do conselho por uma opção política”: “A gente está falando de uma opção política feita no passado (e que, hoje, ainda não mudou). É entender que uma ação direta, uma conversa direta, é mais eficaz do que ir pelo sistema. [...] a gente fez uma escolha por ter ações mais diretas: seja manifestação, seja ocupação da Secretaria de Habitação, seja até fechamento de vias. [...] a gente entende que [a atuação] institucional é importante, relevante, dá, muitas vezes, algum resultado, mas a ação direta é mais rápida, é melhor o resultado.”

pobres, a igreja católica progressista, assessorias técnicas e o Partido dos Trabalhadores (PT)” (TATAGIBA e TEIXEIRA, 2016, p. 85-90). Uma das principais bandeiras da UNMP e da UMM-SP é a autogestão na habitação, que está ligada à organização da comunidade “em movimentos populares, associações e cooperativas” para decidir sobre a sua “própria habitação”. A comunidade organizada controla os recursos públicos e a obra, inclusive em “etapas como a definição do terreno, o projeto, a escolha da equipe técnica ou as formas de construção” (UMM-SP e UNMP, 2019a).

No website dessas organizações pode-se encontrar cartilhas, apresentações de slides e vídeos. Um desses materiais de apoio é a “[a]presentação em slides do projeto político da UMM-SP pela defesa da autogestão e as propostas para a gestão das políticas públicas para viabilizá-la.” O documento esclarece o projeto político da UNMP e da UMM-SP: “[f]ortalecer as organizações populares de base”, “[c]onstruir poder popular” e “[f]ortalecer as redes/fóruns e articulações da sociedade civil” com o objetivo de “que possam interferir, cada vez com mais *poder*, nos rumos do país, da cidade, da sua vida...” (UMM-SP; UNMP, 2019b).¹³

O advogado da UMM-SP (2018) entrevistado ressaltou os problemas e as dificuldades que levariam as pessoas à organização coletiva em movimentos de moradia: “[a] falta de moradia”; “[o] desprezo que os governos têm em relação às cidades”; “[a] pobreza que cada vez mais aumenta”; “[a] desigualdade, a concentração da terra urbana”; “[o]s despejos, os conflitos, a luta pela terra”. Conforme o já citado advogado da UNMP (2018), os movimentos sociais possibilitariam, por um lado, a “emancipação”,

¹³ Com “o apoio da Fundação Ford (*Ford Foundation*)”, a UNMP e a UMM-SP possuem um site destinado especialmente ao tema da autogestão da moradia. Trata-se de uma atuação baseada na “participação popular na implementação das políticas públicas de habitação.” Essa seria uma forma de “organização da vida comunitária” e de “realização do direito à moradia adequada”. No site é possível encontrar “materiais multimídia para a organização popular implementar, formar e construir” com base no “princípio da autogestão habitacional” (UMM-SP e UNMP, 2019a).

uma vez que permitem que as pessoas descubram a sua própria identidade e autonomia, e, por outro lado, a “ascensão social”, já que o acesso à moradia confere a estabilidade necessária para buscar outros direitos.

Após o período das chamadas políticas neoliberais, implantadas no Brasil principalmente a partir da década de 1990, pode-se afirmar que o país ingressou em uma fase de retomada do ativismo estatal, cujo marco inicial tem sido identificado na crise financeira internacional de 2008 (COUTINHO, 2014, p. 93-97). Vários países da América Latina passaram a adotar “novas formas de ativismo estatal”, inclusive para tentar “eliminar a pobreza, reduzir a desigualdade e estimular a demanda doméstica.” Reconheceu-se que, embora necessários, os mercados seriam insuficientes “para o crescimento inclusivo”, já que precisariam de estímulos do setor público (TRUBEK, COUTINHO e SCHAPIRO, 2012).¹⁴

Ainda que de forma menos acentuada do que as empresas do setor imobiliário, os movimentos sociais de moradia tiveram participação ativa nessa retomada do ativismo estatal no país. Além de contribuir para a criação da já citada modalidade Entidades e de um capítulo específico sobre a regularização fundiária na legislação do PMCMV, conforme aponta o advogado da UNMP (2018), tais movimentos tiveram uma atuação importante nas mudanças regulatórias do Programa, seja por meio de mobilizações e manifestações, seja mediante as atuações no Conselho das Cidades e em grupos de trabalho constituídos pela CEF:

[...] se você estudar o Minha Casa Minha Vida, tem trezentas resoluções, instruções normativas. Isso não é à toa, isso é resultado de pressão política. Surge uma regra, aquela regra inviabiliza a aplicação do programa, o pessoal vai lá, pressiona, o movimento vai lá e pressiona...

¹⁴ Com base na periodização político-institucional do Brasil pós-1930 (até 2014) proposta por Coutinho (2014), pode-se afirmar que o país passou por três etapas principais: desenvolvimentismo (1930-1990), neoliberalismo (1990-2008) e ativismo estatal (a partir de 2008).

Consoante o advogado da UNMP (2018), mesmo o MTST, que, como já visto, opta por intervenções mais diretas (ocupações, paralisações etc.), participava das mesas de negociação sobre os rumos mais gerais do PMCMV (como as questões orçamentárias): “Agora acabou isso, mas, até 2014, tinham as tais das mesas de negociação, que eram conduzidas pela Casa Civil. Então, por exemplo, o MTST participava dessas mesas de negociação, onde eram discutidos os rumos do programa.”

No âmbito do Congresso Nacional, os movimentos mobilizam atores políticos ligados à pauta da chamada reforma urbana, que atuam em comissões, audiências, frentes parlamentares etc.:

Quando temos algum impasse grande, que o movimento percebe que a sua força sozinha não vai ser suficiente para vencer aquela batalha, leva-se isso para o Congresso, [...] tenta-se construir frentes parlamentares partidárias [...]. Então hoje tem lá uma frente que se chama Frente de Defesa da Reforma Urbana, que tem 50 deputados (ADVOGADO DA UNMP, 2018).

Além disso, os movimentos sociais de moradia contribuem para as estabilizações de expectativas das normas do PMCMV, por meio da influência na interpretação dos técnicos da CEF:

Então essa é a forma de atuação. Tentando interferir na construção das resoluções, ou o que é pior, na interpretação das resoluções. Porque às vezes está lá a regra, mas cada técnico interpreta de um jeito, cada um tem uma visão, então [a atuação] é também pressionando, para que, muitas vezes, o que é pactuado lá na resolução, seja também aplicado lá no balcão, no lugar onde o serviço é prestado. [...] O órgão político do Minha Casa Minha Vida [...] é o Ministério das Cidades, mas a Caixa é que acaba fazendo o papel, porque o Ministério não está nos estados (ADVOGADO DA UNMP, 2018).

A participação desses movimentos na implementação do PMCMV acontece, sobretudo, no âmbito da modalidade Entidades, em que são eles próprios os responsáveis por “todas as etapas da obra, da aquisição do terreno” e “elaboração do projeto”, “à seleção das famílias beneficiárias.” Trata-se de um modelo novo, que gera “problemas de operacionalização da política habitacional” e, portanto, conduz à necessidade de mudanças normativas constantes (TATAGIBA e TEIXEIRA, 2016. p. 98).

Na leitura de uma advogada (2018) que colabora com vários movimentos sociais, como a UMM-SP e a ULC, a atuação “democrático-participativa” dos movimentos garante a “sustentabilidade das decisões e da política pública”. As políticas seriam legitimadas “por um colegiado maior de pessoas”: “é muito mais sustentável, é perene, [...] a implementação das políticas públicas quando você tem parceria dos movimentos.”

Ao lado de diversos outros atores sociais, como as associações empresariais do setor da construção civil e incorporação imobiliária, os movimentos sociais de moradia têm contribuído para a formulação e os ajustes do PMCMV. Por outro lado, não se pode deixar de observar o risco dessa espécie de “criação negociada” do direito e das políticas públicas, já que, conforme ressaltam autores como Faria (2011, p. 64), tal estratégia tende a “beneficiar grupos econômicos, sociais e políticos com maior poder de voz, capacidade de mobilização e poder de veto”, como “conglomerados empresariais, instituições financeiras, entidades de classe, órgãos de representação corporativa e até movimentos sociais e ONGs”.

Como visto ao longo desta seção, nos discursos dos movimentos sociais, observa-se, principalmente, o recurso às lógicas da política e do direito. Algumas das suas palavras-chave são: poder, legitimidade, justiça, cidadania, direitos, decisões, interpretações. Por isso, os chamo de organizações político-jurídicas locais. Entretanto, para executar as funções da política e do direito, essas organizações também recorrem a outros meios

e racionalidades, como os da economia, ciência, educação e meios de comunicação de massa. Os seus membros produzem projetos habitacionais, dissertações de mestrado, teses de doutorado, materiais didáticos/pedagógicos, artigos de opinião etc., buscando impactar em tomadas de decisão coletivamente vinculantes e estabilizações de expectativas normativas.

Desse modo, os movimentos sociais de luta por moradia no Brasil promovem comunicações que transcendem os limites do mero protesto ou comunicação de valores. Articulados em organizações nacionais, esses movimentos constroem alternativas e experiências políticas voltadas para a inclusão social, isto é, para o reconhecimento dos seus membros como pessoas (endereços comunicativos relevantes) mediante a luta coletiva por direitos, como o de morar adequadamente. Para tanto, eles recorrem aos meios e racionalidades não apenas da política e do direito, mas também de outros sistemas funcionais. Conseqüentemente, tais movimentos podem ser observados como organizações polifônicas (em oposição às homofônicas), isto é, organizações conectadas “a vários sistemas funcionais sem um sistema funcional primário pré-definido”, como um coro com “um número de vozes que trabalham juntas” (ANDERSEN, 2003).

Considerações finais

Em um país em que as ideias e as instituições são “quase todas copiadas” e, portanto, “como roupa emprestada, nos caem mal”, é oportuno investigar experiências como as dos movimentos de moradia na luta pela efetivação dos direitos sociais e pela ampliação da cidadania. Trata-se de construir representações ou explicações para tais experiências coletivas, e não de importar acriticamente reflexões (UNGER, 2018, p. 13-19) ou reproduzir “ideias fora do lugar” (SCHWARZ, 2014, p. 49-51).

Como visto ao longo deste texto, os movimentos sociais de moradia promovem protestos, ocupações, paralisações, mas também buscam os

canais institucionais, seja para permitir o acesso dos seus integrantes ao financiamento habitacional (em grande parte subsidiado pelo Estado), seja para participar da formulação e reformulação da política habitacional. Para tanto, alguns desses movimentos articulam-se em organizações nacionais, como o MTST e a UNMP, elevando a sua capacidade de comunicação externa. Verifica-se, ainda, a estratégia da múltipla filiação dos seus membros, que, por exemplo, também integram programas de pós-graduação, partidos políticos, organizações religiosas etc.

Assumindo a posição social que denominei de organizações político-jurídicas locais, esses movimentos realizam comunicações ligadas a diversos sistemas funcionais, mas, principalmente, à política e ao direito. Trata-se do que se pode chamar de organizações polifônicas, isto é, caracterizadas pela convivência de múltiplas vozes, lógicas ou racionalidades. Com a finalidade de promover decisões coletivamente vinculantes (função da política) ou estabilizações de expectativas normativas (função do direito) orientadas à efetivação de direitos sociais e à ampliação da cidadania por meio do acesso à habitação adequada, tais organizações também promovem comunicações científicas, educativas, econômicas, midiáticas etc.

No âmbito do PMCMV, os movimentos sociais conseguiram até mesmo influenciar o Estado a delegar parte da seleção da demanda e da construção das moradias a setores organizados da população, fomentando “experiências de mutirão, autogestão e cooperativismo” (SHIMBO, 2012, p. 25).

A análise da posição dos movimentos sociais na realidade brasileira e, particularmente, na política habitacional do país permite afirmar que, ainda que apresentem “uma comunicação com tom bastante moral” (típica de protestos, reivindicações, manifestações etc.), ao contrário do que afirmam autores como Luhmann (1994), em grande medida, esses movimentos também reivindicam para si “a responsabilidade de elevar-se

ao outro lado para fazer melhor lá.” Não se trata apenas de “chamar atenção para seus objetivos” e valores com o apoio dos meios de comunicação de massa, mas também de utilizar e incrementar o potencial comunicativo de outros sistemas da sociedade.

Referências

ADVOGADA DA UMM-SP E ULC. **Entrevista concedida em 28 de novembro de 2018.**

Entrevistador: Gabriel Ferreira da Fonseca. São Paulo, 2018.

ADVOGADO DA UMM-SP. **Entrevista concedida em 7 de dezembro de 2018.** Entrevi-

tador: Gabriel Ferreira da Fonseca. São Bernardo do Campo, 2018.

ADVOGADO DA UNMP. **Entrevista concedida em 8 de novembro de 2018.** Entrevista-

dor: Gabriel Ferreira da Fonseca. São Paulo, 2018.

ADVOGADO DO MTST. **Entrevista concedida em 5 de dezembro de 2018.** Entrevistador:

Gabriel Ferreira da Fonseca. São Paulo, 2018.

ANDERSEN, Niels Åkerstrøm. Polyphonic organisations. In: T. Bakken and T. Hernes (ed.)

Autopoietic organization theory: drawing on Niklas Luhmann's social systems perspective. Copenhagen: Abstrakt, Liber, Copenhagen Business School Press, 2003.

CEF. **Resposta ao Recurso de 1º Instância no Pedido de Acesso à Informação nº**

99902001881201817. Solicitante: Gabriel Ferreira da Fonseca. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão da Controladoria-Geral da União. Data da resposta: 08 nov. 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais.** Rio de

Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 22. ed. Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 2016.

COUTINHO, Diogo R. **Direito econômico e desenvolvimento democrático**: uma abordagem institucional. Tese (Concurso de Professor Titular). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014.

BORA, Alfons; HAUSENDORF, Heiko. PARADYS - Participation and the Dynamics of Social Positioning. **Final Report to the European Commission**, Bielefeld and Bayreuth, July 30, 2004.

BORA, Alfons. Systems Theory, Discourse, Positionality – Towards a better understanding of the interior architecture of functional differentiation in sociological Systems Theory. Paper given at a **Systems theory seminar**, University College Cork, Ireland, Mar. 20, 2009.

BOULOS, Guilherme. **Por que ocupamos?** Uma introdução à luta dos sem-teto. 3. ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2015.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Fernanda Busanello. **O grito!**: dramaturgia e função dos movimentos sociais de protesto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FONSECA, Gabriel Ferreira da. **Inclusão e exclusão no Sistema Financeiro Habitacional**: uma reconstrução das tensões entre direito e economia a partir da teoria dos sistemas. 2019. 320 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Diretoria de Estatística e Informações. **Déficit habitacional no Brasil 2015**. Belo Horizonte: FJP, 2018.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e luta pela moradia**. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

GORDILHO-SOUZA, Angela. **Limites do habitar**: segregação e exclusão na configuração urbana contemporânea de Salvador e perspectivas no final do século XX. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: EDUFBA, 2008.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. Tradução Claudio Carina. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

KÜHL, Stefan. Groups, organizations, families and movements: The sociology of social systems between interaction and society. **Syst Res Behav Sci**, 37(3), p. 496-515, 2020.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas e movimentos de protesto – uma entrevista**. Tradução Bianca Damin Tavolari e José Gladston Correia. No prelo.

LUHMANN, Niklas. Systemtheorie und Protestbewegungen: Ein Interview. **Forschungs-journal NSB**, v. 2, jun. 1994.

MARICATO, Erminia. Cidades e luta de classes no Brasil: O urbano da conjuntura do início do século XXI. In: MARICATO, Erminia. **Para entender a crise urbana**. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

MARICATO, Erminia. **O impasse da política urbana no Brasil**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

MARICATO, Ermínia. **Política Habitacional no Regime Militar**: Do milagre brasileiro à crise econômica. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Resposta ao Pedido de Acesso à Informação nº 80200001314201840**. Solicitante: Gabriel Ferreira da Fonseca. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão da Controladoria-Geral da União. Data da resposta: 26 nov. 2018.

NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: Universidad Iberoamericana, 2004.

SCHIRMER, Werner; DIMITRIS, Michailakis. The Luhmannian approach to exclusion/inclusion and its relevance to Social Work. **Journal of Social Work**, v. 15, n. 1, p. 45-64, 2015.

SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?** Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHWARZ, Roberto. As ideias fora do lugar. In: SCHWARZ, Roberto. **As ideias fora do lugar**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2014.

SHIMBO, Lúcia Zanin. **Habitação social de mercado**: a confluência entre Estado, empresas construtoras e capital financeiro. Belo Horizonte: C/Arte, 2012.

SIMÕES, Guilherme; CAMPOS, Marcos; RAFAEL, Rud. **MTST 20 anos de história**: luta, organização e esperança nas periferias do Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

TATAGIBA, Luciana; TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves. Efeitos combinados dos movimentos de moradia sobre os programas habitacionais autogestionários. **Revista de Sociologia e Política**, v. 24, n. 58, p. 85-102, jun. 2016.

TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. Toward a New Law and Development New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions. **The World Bank Legal Review**, p. 281-314, Dec. 2012.

UMM-SP; UNMP. **Autogestão & Moradia**. Disponível em: <<http://autogestao.unmp.org.br>>. Acesso em: 1 jan. 2019a.

UMM-SP; UNMP. **O povo que constrói a casa é o povo que constrói a história**. Disponível em: <<http://autogestao.unmp.org.br/apresentacoes/o-povo-que-constrói-a-casa-e-o-povo-que-constrói-a-história/>>. Acesso em: 1 jan. 2019b.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental**: repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

VILLADSEN, Kaspar. 'Polyphonic' welfare: Luhmann's systems theory applied to modern social work. **International Journal of Social Welfare**, v. 17, n. 1, p. 65-73, 2007.

Ensaio sobre a Lei nº 13.465/17: o bairro Nordeste de Amaralina como um núcleo urbano consolidado e a aplicação da Reurb

Larissa Alvares Ribeiro

1 Introdução

A propriedade privada sempre esteve atrelada à noção de poder, fato este motivado pela distribuição desigual de terras, que privilegiou integrantes das classes sociais mais abastadas, restando à população pobre o desamparo de ocupar irregularmente terras alheias.

As ocupações urbanas informais constituem um problema estrutural, demandando a promoção de políticas públicas e soluções legislativas como forma de viabilizar a administração desse enorme contingente de pessoas em condição de moradia irregular.

Inegavelmente, a regularização fundiária se apresenta como um desafio moderno, que encontra raízes no passado, mas que projeta reflexos significativos no futuro da organização social e urbana. A formação das cidades brasileiras é marcada pela má distribuição de terras e pelo crescimento desordenado.

A função social da propriedade surge intimamente associada ao despontar das Constituições do Estado Social de Direito, sendo consagrada pelas Constituições do México e da Alemanha, respectivamente, em 1917 e 1919, e, posteriormente, pela Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, onde, pela primeira vez, restou consignado o direito à moradia. Em 1966, ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e

Culturais, ratificado e incorporado ao direito interno brasileiro, reconhece expressamente o direito à moradia,

Reconhecendo o direito à moradia como um direito constitucionalmente previsto pelo art. 5º da Carta Magna, a Lei Federal nº 13.465/17 disciplina o procedimento de Regularização Fundiária Urbana (Reurb), modalidades e instrumentos, objetivando uma atuação específica do Poder Público Municipal nos núcleos urbanos informais consolidados e oferecendo alternativas para superação de entraves legislativos anteriores.

A lei reconhece os núcleos urbanos informais consolidados como uma realidade de difícil reversão, simplificando procedimento e reunindo instrumentos jurídicos para titulação de imóveis irregulares.

Dentre as cidades caracterizadas pela informalidade habitacional, a cidade de Salvador não é uma exceção a essa realidade, tendo, como exemplo, o bairro Nordeste de Amaralina.

O artigo se propõe a analisar a caracterização do bairro Nordeste de Amaralina como um núcleo urbano informal consolidado, por meio da avaliação interdisciplinar de aspectos históricos, geográficos, jurídicos e socioeconômicos, ponderando-se em que medida as inovações trazidas pela Lei Federal nº 13.465/17 podem modificar positivamente a realidade habitacional dos moradores deste bairro.

Esta análise abordará, inicialmente, os conceitos atribuídos à regularização fundiária urbana com o intuito de evidenciar as inovações trazidas pela Lei da Reurb, seguida pela descrição das modalidades e instrumentos que a compõem.

Em sequência, a caracterização do objeto de estudo, por meio a narrativa histórica da formação do bairro, apontará para os aspectos de formação urbanística, estruturais, históricos, geográficos e socioeconômicos que integram a atual realidade desta comunidade.

Por fim, os dados e conceitos apresentados permitirão inferir como discutir alternativas, através dos instrumentos previstos pela Lei nº 13.465/17, à habitabilidade informal encontrada no Nordeste de Amaralina.

2 Procedimento de regularização fundiária urbana no âmbito da Lei nº 13.465/17 e sua aplicação no Nordeste de Amaralina

A regularização fundiária tem sido utilizada em diversos sentidos no contexto de políticas e legislações municipais. Em certos casos, ela é tratada apenas como urbanização de áreas informais, reduzindo-se à implementação de obras de infraestrutura urbana e prestação de serviços públicos. Em outros, é vista tão somente como referência às políticas de legalização fundiária das áreas e lotes ocupados informalmente, garantindo-se o direito à moradia¹. Algumas experiências, de maneira diversa, tentam combinar, de certa forma, essas duas dimensões fundamentais: urbanização e legalização (FERNANDES, 2007, p.21).

Alfonsin (2007, p.74) é ainda mais específica ao delinear três visões predominantes sobre esse conceito: (1) regularização fundiária como regularização jurídica dos lotes, (2) regularização fundiária como urbanização do assentamento e (3) regularização fundiária como regularização urbanística.

A primeira das visões (regularização fundiária como regularização jurídica dos lotes) reduz o alcance das políticas públicas ao mero reconhecimento jurídico dos lotes em nome dos moradores. A intervenção do poder público por meio dessa perspectiva tem o intuito apenas de garantir, juridicamente, a continuidade do exercício do direito de moradia

¹ Conforme Sarlet (SARLET, 2009/2010, p. 9), o direito fundamental à moradia encontra raízes na formação das Constituições Socialistas, sendo consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e pelo Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1996, também ratificado e incorporado pelo direito interno brasileiro. Atualmente, trata-se de um direito constitucionalmente previsto pelo art. 5º da Carta Magna.

à população (ALFONSIN, 2007, p.74). Assim, a segurança jurídica de habitação fornece uma maior autonomia aos cidadãos para melhorarem suas moradias e estabelecerem suas atividades naquele local.

Já a regularização fundiária tratada apenas como urbanização de assentamento tem como foco principal a ordenação do espaço para promoção de melhorias das condições de habitabilidade do assentamento (ALFONSIN, 2007, p.76). Porém, a mera urbanização do espaço deixa de lado o problema da insegurança jurídica, que é gerada pela irregularidade ou ausência de títulos que atestem a propriedade ou posse dos habitantes locais.

Em sequência, a regularização fundiária como regularização urbanística tem por finalidade “fazer com que uma área em desconformidade com a legislação urbanística seja novamente recepcionada pela legislação” (ALFONSIN, 2007, p.76). Muitas cidades brasileiras têm por realidade a existência de áreas que nunca estarão em conformidade com seus planos diretores, frequentemente, devido ao rígido zoneamento estipulado que ignora a dinâmica de urbanização dos municípios brasileiros. Assim sendo, utiliza-se a regularização fundiária com o intuito de que, após a sua requalificação, estas áreas atendam ao regime urbanístico originalmente previsto pelo plano diretor (ALFONSIN, 2007, p.77).

Todavia, o trabalho de regularização em núcleos urbanos consolidados deve partir da premissa de que os imóveis e toda a conjuntura habitacional ali presente não mais são passíveis de adequação aos requisitos urbanos originalmente estabelecidos, necessitando-se de uma intervenção específica do Poder Público.

Em nome da função social da propriedade e do direito à moradia, a situação de irregularidade fundiária em núcleos urbanos informais consolidados deve ser tratada como bastante cautela. Além da segurança jurídica, propiciada pela titulação dos imóveis ocupados, é preciso

promover requalificação das áreas urbanas ocupadas, bem como gerar a oferta de instrumentos públicos para a população.

As ações que permeiam a regularização fundiária, portanto, devem objetivar a formação de um espaço urbano juridicamente seguro, que atenda à demanda habitacional de forma digna e controlada.

2.1 Inovações da Lei de Reurb

Em 22 de dezembro de 2016, o então Presidente da República, Michel Temer, editou a Medida Provisória nº 759/16, que, em 11 de julho de 2017, foi convertida na Lei 13.465.

Conforme Cartilha de Esclarecimentos, elaborada pelo Poder Executivo Federal, o objetivo propulsor da Medida Provisória nº 759/16 foi simplificar e desburocratizar procedimentos que se mostraram ineficientes e insuficientes para atender as demandas de regularização fundiária urbana. Há de se destacar, segundo o documento, que, atualmente no Brasil, mais de 50% dos imóveis possuem algum tipo de irregularidade de natureza fundiária e registral (BRASIL, 2017, p.10 e 31).

Esse dado revela a deficiência do regramento jurídico existente diante da problemática que permeia informalidade fundiária. Por isso, de forma concomitante, a legislação apresentou novos institutos e mecanismos a fim de promover soluções céleres e seguras para as necessidades existentes no meio urbano informal.

A Lei nº 13.465/17 amplia as possibilidades de aplicação da regularização fundiária urbana no país através da modificação de conceitos como “urbano”, “informal” e “consolidado” (BRASIL, 2017, p.11). Dessa mesma forma, inova ao não condicionar a sua aplicação apenas às áreas ocupadas de forma mansa e pacífica há, pelo menos, cinco anos, em imóveis situados em Zonas de Interesse Social (ZEIS) ou em áreas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal (DF) declaradas de interesse

para a implantação da regularização (BRASIL, 2017, p.14), como era feito pela legislação anterior que tratava sobre o tema, a Lei nº 11.977/09.

A nova legislação atrela o conceito de regularização fundiária urbana a aspectos funcionais, não mais utilizando o termo “área urbana”, mais sim “núcleo urbano”. Esses núcleos são considerados assentamentos humanos, com uso e características urbanas, constituídos por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural. Logo, desvincula a qualificação urbana da sua delimitação espacial, definida em lei, para vinculá-la à existência de características e funções factuais. Assim, seu caráter passa a ser essencialmente subjetivo.

Em paralelo, a Lei nº 13.465/17 inaugura a expressão “núcleo urbano informal consolidado”, criado para dar completude ao novo instrumento de aquisição de direito real de propriedade: a legitimação fundiária, que será abordada de forma mais detida em seção posterior. O conceito é orientado pelo grau de dificuldade de reversão da ocupação, levando em consideração o seu tempo de existência, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, dentre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município. Assim, guiado por esses critérios, ficará a cargo do Município definir as condições da ocupação informal, sendo o núcleo considerado consolidado ou não consolidado devido ao grau de dificuldade de reversão.

A Lei de Reurb também amplia o entendimento sobre as situações de informalidade passíveis de regularização fundiária urbana. No inciso II do seu art. 11, o legislador dispõe que núcleo urbano informal é todo aquele que é considerado “clandestino, irregular ou o qual não foi possível, por qualquer modo, realizar a titulação dos seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época da sua implantação ou regularização”. Essa

disposição difere daquela trazida pela Lei nº 11.977/09, que restringia a noção de assentamentos irregulares, dispondo como “ocupações inseridas em parcelamentos informais ou irregulares, localizados em áreas urbanas ou privadas, utilizadas predominantemente para fins de moradia”.

Passa-se, então, a discutir aspectos importantes intrínsecos ao procedimento da Reurb para melhor compreensão das inovações trazidas pela norma, tais quais as suas modalidades e os instrumentos urbanísticos utilizados.

2.1.1 Modalidades

A Reurb compreende duas modalidades: a Reurb-S e a Reurb-E. A primeira versa sobre a Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social, aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente pela população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo Municipal (BRASIL, 2017, p.16). Já a segunda consiste em modalidade de Regularização Fundiária Urbana de Interesse Específico, aplicada à população também ocupante de núcleo urbano informal, mas que não se enquadra, por exemplo, no critério de baixa renda (BRASIL, 2017, p.16), podendo abranger também unidades imobiliárias não residenciais.

Para aplicação da Reurb-S em imóveis pertencentes à União, é preciso que os ocupantes tenham renda familiar igual ou inferior a cinco salários mínimos e não ter possuído ou ser proprietário de bens ou direitos em montante superior ao limite estabelecido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda para a obrigatoriedade de apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física (BRASIL, 2018, p.31).

Na Reurb-S, os beneficiários ficarão isentos do pagamento de custas e emolumentos referentes aos atos cartorários necessários para o processo

de regularização. O Decreto nº 9.310/18 (2018, p.22) dispõe que a isenção dos atos será compensada pelo Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), instituído pela Lei 11.124/05.

O Município ou Distrito Federal terá a responsabilidade de elaborar o projeto de Reurb-S e implantar infraestrutura essencial para a sua execução, seja em área de titularidade de um ente público ou por particular. Entretanto, especificamente, quando a área for de titularidade de particular, o Município ou Distrito Federal, também terá a responsabilidade de custear o projeto de regularização fundiária (BRASIL, 2017, p.22).

Além de implantar infraestrutura essencial, na Reurb-S, caberá à Administração Pública, seja direta ou indireta, também promover a implantação de equipamentos comunitários e as melhorias habitacionais, previstos nos projetos de regularização, assim como arcar com o ônus de sua manutenção (BRASIL, 2017, p.24). Entretanto, quando se tratarem de áreas de risco que não comportem eliminação, correção ou administração, os Municípios deverão proceder à relocação dos ocupantes do núcleo urbano informal a ser regularizado (BRASIL, 2017, p.24).

No contexto da Reurb-E, há diferenças quando se trata sobre interesse, financiamento e aplicação. Nesse caso, a regularização fundiária é contratada e custeada por seus potenciais beneficiários ou requerentes privados. Vale ressaltar que, havendo interesse público, o Município poderá promover a elaboração e o custeio do projeto de regularização fundiária e de implantação de infraestrutura essencial, com posterior cobrança aos seus beneficiários.

No momento de aprovação dos projetos, no contexto de Reurb-E, deverá também se decidir quem serão os responsáveis pela implantação dos sistemas viários, implantação da infraestrutura essencial e dos equipamentos públicos ou comunitários, quando for o caso, e pela implementação das medidas de mitigação e compensação urbanística e

ambiental, e dos estudos técnicos, também quando for o caso (BRASIL, 2017, p.22).

Há de se evidenciar, ainda, que ambas as modalidades poderão ser aplicadas de forma concomitante em um mesmo núcleo urbano informal consolidado, desde que ele seja ocupado predominante por população de baixa renda, que será beneficiária da Reurb-S e os demais da Reurb-E (BRASIL, 2018, p.5).

Ao se analisar os institutos, depreende-se que o legislador, sabiamente, reconheceu que a irregularidade fundiária não está presente apenas em áreas habitadas por população de baixa renda, mas que o problema também perpassa por uma questão cultural, devendo cada situação receber regramento específico e com a devida atenção.

Pela discussão sobre as modalidades de regularização fundiária dispostas na Lei, conclui-se, portanto, que Reurb-S está relacionada ao interesse social, ao direito à moradia e à função social da propriedade. Por outro lado, a Reurb-E apresenta mecanismo de facilitação do processo de regularização fundiária para áreas não povoadas por população de baixa renda, mas com a devida contraprestação por parte do particular e com a possível responsabilização do concessor da causa para formação do núcleo urbano informal consolidado.

2.1.2 Instrumentos urbanísticos

A intervenção do Poder Público por meio de um processo de Regularização Fundiária se dá pela necessidade de regulamentar uma situação de fato. Entretanto, a aplicação dos instrumentos jurídicos disponíveis para o alcance desse fim deverá sempre primar pela preservação do direito fundamental à moradia, pelo respeito às diretrizes da política urbana adotada, sempre se atentando para a realidade de cada caso concreto, atrelado ao interesse público.

Assim, a Lei nº 13.465/17 prevê 20 instrumentos jurídicos a serem aplicados para a concretização da regularização fundiária, são eles: legitimação fundiária; legitimação de posse; usucapião; desapropriação em favor dos possuidores; arrecadação de bem vago; desapropriação por interesse social; intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular; alienação de imóvel pela administração pública diretamente para o detentor; concessão de uso especial para fins de moradia; concessão do direito real de uso; requisição; consórcio imobiliário; direito de preempção; transferência do direito de construir; doação; compra e venda; condomínio de lotes; condomínio urbano simples; direito real de laje; e loteamento de acesso controlado.

Grande parte dos instrumentos listados já possuíam previsão em legislações anteriores ou, até mesmo, já se caracterizavam como instrumentos aplicáveis à regularização fundiária urbana. Outros instrumentos, contudo, advêm como novidade, como, por exemplo, a legitimação fundiária.

O conceito de legitimação fundiária é dado pela redação do art. 23 da Lei nº 13.465/17 (2017, p.20):

A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.

Nota-se que o legislador opta por prever a aplicabilidade da legitimação fundiária tanto para áreas privadas quanto para áreas públicas, todavia, a sua aplicação em áreas pertencentes ao poder público só se aplica no contexto de Reurb-S. Por este modo, revela-se como uma nova

forma de aquisição originária da propriedade, motivada por ato de vontade do poder público.

O segundo instrumento, condomínio de lotes, previsto pelo art. 58, introduz o art. 1.358-A ao Código Civil (BRASIL, 2002, p.104), e art.78, que faculta ao proprietário constituir o lote sob a forma de imóvel autônomo ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes.

Apesar de, anteriormente, não haver a formalização do instituto, muitos municípios o aceitavam sob a denominação de “condomínio fechados” ou “condomínios horizontais” (PINTO, 2018, p.9).

A nova legislação permite que condomínios possam ser formalmente compostos por lotes (BRASIL, 2017, 30), implicando na disposição de frações ideais no que tange às áreas comuns e na criação de um condomínio propriamente dito como ente despersonalizado.

Vale ressaltar que, apesar de ser instituído por uma lei que tem como finalidade principal versar sobre regularização fundiária, o regramento estipulado para o condomínio de lotes visa também regulamentação de empreendimentos futuros (PINTO, 2018, p.11).

A figura dos loteamentos fechados gerou outro instituto jurídico, o loteamento de acesso controlado, também instituído pela Lei nº 13.465/17. O art. 2º, §1º da Lei de Parcelamento do Solo, a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, dispõe sobre o loteamento é “a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes” (BRASIL, 1979, p.1).

Logo, a existência de um loteamento implicará em designar parte do terreno para a constituição de equipamentos públicos.

Diante disso, para se restringir o acesso de pessoas, seja por meio de guaritas ou portões, duas alternativas são previstas pela Lei: ou se constitui um condomínio de lotes, em que não haverá a presença de

equipamentos públicos, mas áreas comuns sob a formatação de um condomínio edilício; ou se constitui um loteamento de acesso controlado, em que estarão presentes os equipamentos públicos e a organização poderá se dar por meio de associação de moradores.

A Lei nº 13.465/17 insere o §8º no art. 2º da Lei de Parcelamento do Solo, estipulando o controle de acesso por meio de regulamentação do Poder Público Municipal, “sendo vedado o impedimento de acesso a pedestre ou condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados” (BRASIL, 1979, p.2).

Resta, no entanto, disciplinar a forma como serão tratados os “loteamentos fechados” já existentes, enquanto não houver ato regulamentador do Poder Público Municipal e como se dará a administração dos equipamentos públicos integrantes do loteamento.

Aparece, também, outra modalidade de condomínio, denominada “Condomínio urbano simples”, instituído pelos arts. 61 a 63 da Lei nº 13.465/17 (2017, p.54), sendo conceituado como um mesmo imóvel que contém construções de casas e cômodos. Constitui-se como uma forma simplificada dos tipos de condomínios já existentes, vide a dispensa, prevista na lei, da necessidade de apresentação de convenção para registro.

O legislador não é claro quanto à sua intenção ao se referir a cômodos como componentes do condomínio urbano simples. Nesse ponto, Oliveira (2017, p.24) entende que a aplicação do instituto se dará quando houver cômodos de acesso autônomo, passíveis de individualização, uma vez que a lei prevê a abertura de matrícula própria para cada unidade. Depreende-se que se trata da regulamentação de situações de fato, em que, por exemplo, os pais constroem, no mesmo terreno, casas para seus filhos, ao fundo do seu imóvel. O instrumento, portanto, visa criar um regramento para uma realidade muito comum para diversas famílias brasileiras.

Por derradeiro, tem-se o direito real de laje, formalmente instituído pela Lei 13.465/17 (BRASIL, 2017, 27), que acrescentou o inciso XIII ao art. 1.225 e o Título XI da parte Especial, Livro III, arts. 1.510-A a 1.510-E do Código Civil (BRASIL, 2002, p.119).

Segundo Rizzardo (2017, p.286), a criação do instituto “procurou abrir caminho para legalizar as moradias sobrepostas, com a possibilidade de obter título dominial aos patamares que, em geral, se sobrepõem, a partir de uma primeira construção-base”.

Pelos moldes da lei, o direito se limita a alienar o espaço que está acima ou abaixo do seu imóvel.

Tal instituto se assemelha ao direito de superfície, previsto pelos arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil, consistindo na concessão dado pelo proprietário de um imóvel, a fim de possibilidade a construção ou plantação de um terceiro possa, por tempo determinado, em seu terreno, de forma gratuita ou onerosa (BRASIL, 2002, p.105).

O direito real de laje se diferencia do direito de superfície, pois o primeiro implica na criação de uma unidade autônoma, com matrícula própria (BRASIL, 2017, p.27), sobrelevada ou subterrânea à unidade já existente, por meio de consentimento do proprietário, o que não ocorre no segundo. No entanto, esse instrumento não gera atribuição de fração ideal do terreno ao titular da laje ou participação proporcional em áreas já edificadas (BRASIL, 2017, p.27).

Em suma, o direito real de laje surge, como uma evolução do direito de superfície, diante da necessidade de regulamentar situações de fato, muito encontradas no contexto de favelas, com construção de casas em cima da outras para a moradia de famílias em um mesmo terreno. A disposição dessas construções se apresenta como praticamente irreversível, optando o legislador por oferecer segurança jurídica, ao invés da relocação dessa população.

3 Nordeste de Amaralina

A formação urbana da cidade de Salvador (BA), assim como em grande parte do território brasileiro, se deu de forma desordenada, resultando na presença de inúmeros núcleos urbanos informais.

Dados do Censo Demográfico de 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), indicam 866.956 domicílios particulares ocupados em Salvador. Desses domicílios, 276.081 estão localizados em aglomerados subnormais, o que representa 33,1% da população soteropolitana nessas condições. Além disso, aponta-se que 1.866 dos domicílios localizados em aglomerados subnormais se encontram no Nordeste de Amaralina (INFORMS-CONDER, 2016, p.112), bairro objeto da presente análise.

Para o censo, considerou-se como aglomerados subnormais o conjunto constituído de, no mínimo, 51 unidades habitacionais, carentes, em sua maioria, de serviços públicos essenciais, ocupando ou tendo ocupado, até pouco tempo, terreno de propriedade alheia (pública ou particular) e estando dispostas, em geral, de forma desordenada e densa (IBGE, 2010, p.19).

3.1 Formação

O surgimento do Bairro Nordeste de Amaralina está relacionado aos tempos das capitânicas hereditárias, especificamente em 1556, quando o primeiro Governador do Brasil, Tomé de Souza, doou a sesmária Ilha de Itaparica, que incluía a atual orla de Salvador, à Dona Violeta Câmara, que, por sua vez, deixou como herança para seu filho Dom Antônio de Athayde, 1º Conde de Castanheira (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.11).

As terras permaneceram na família até o início do século de XVIII, quando, devido à falência do sistema de capitânicas, foram incorporadas à

propriedade ao patrimônio da Coroa Portuguesa. Contudo, a gleba do Rio Vermelho, integrante da sesmaria original, passou para as mãos do 3º Conde de Lumiares, Manuel de Cunha e Menezes, que, posteriormente foram herdadas por seu filho, o Sr. Manoel Inácio de Cunha e Menezes, Visconde do Rio Vermelho (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.11).

Por conseguinte, toda a área que atualmente corresponde ao final do Bairro Ondina até a Praia de Armação foi transmitida por herança ao neto do Visconde, José Felix da Cunha e Menezes. Este, talvez antevendo as dificuldades que sobreviriam sobre as fazendas, diante da abolição da escravatura, ou apenas imaginando o aumento da renda por uso do solo, realizou o desmembramento das terras, dividindo o território em seis grandes fazendas: a Fazenda Paciência, a Fazenda Alagoas, a Fazenda Santa Cruz, a Fazenda Ubaranas, a Fazenda Pituba e a Fazenda Armação do Saraiva (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.11).

A próxima medida a ser tomada foi a alienação de grande parte delas, e a proposição, em 1856, junto aos novos proprietários, de uma iniciativa de urbanização da área (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.11-12).

Em 1918, o comerciante Manoel Dias da Silva, proprietário da Fazenda Pituba, encomendou um estudo urbanístico ao engenheiro Theodor Sampaio, que só começou a ser implantado a partir do final da década de 50, com a aprovação do Decreto-Lei nº 701, que regulamentava o parcelamento do solo, em março de 1948.

Na segunda metade do século XX, as fazendas Amaralina, Ubaranas, Pituba e Santa Cruz voltam a se reunir, constituindo o espaço físico sobre o qual se formou a chamada Região do Nordeste de Amaralina.

Foram aprovados pela prefeitura de Salvador, em 1932 (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.13), os primeiros loteamentos nesta área: Cidade Balneário Amaralina, nas terras da família Amaral, como uma área de 588.989m², dividida em 950 lotes; Cidade Luz, nas terras da Fazenda

Pituba, 504.904m², dividida em 628 lotes; e Ubaranas, correspondendo, logicamente, às terras da Fazenda Ubaranas, abrangendo uma área de 59.498 m², dividida em 165 lotes (OCEPLAN, 1977, p.205).

Os loteamentos mais próximos à praia viraram local de veraneio para a elite baiana e, por conta disso, foram se instalando equipamentos públicos naquela região, como instalações federais de telefonia sem fio e trilhos de bondes (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.13).

A formação dos loteamentos implicou na imigração de inúmeros trabalhadores para a implantação de infraestrutura dos lotes. A demanda de novos serviços atraiu para a periferia das fazendas uma população pobre, a procura de emprego, iniciando uma ocupação marginal dessas áreas (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.13).

O núcleo inicial do Nordeste de Amaralina se desenvolveu a partir do Loteamento das Ubaranas, devido à demora de ocupação dos lotes localizados mais ao interior da área, a parte mais alta, e pela adiantando estado de decadência que se encontrava a propriedade. A ocupação irregular, posteriormente, se estendeu ao fundo dos demais loteamentos.

Segundo relatos do Sr. Antônio Ferreira Silva, morador do bairro, documentado no livro Memórias da Região Nordeste de Amaralina, a Fazenda Amaralina abrangia toda a faixa da orla que se estende entre supermercado Bom Preço do Rio Vermelho e o Quartel de Amaralina até o Largo das Baianas. No alto do Loteamento Cidade Balneário de Amaralina, foram arrendados lotes a antigos trabalhadores da fazenda, pescadores e outras famílias (OCEPLAN, 1978, p.7). Ele ressalta que os proprietários das terras tiveram grande participação na ocupação marginal, estimulando-a, ao vê-la como uma fonte inesgotável de investimento, promovendo até mesmo loteamentos clandestinos.

A atração de novos moradores ao bairro é vista no ano de 1949, devido a pavimentação da via de ligação da Amaralina à Pituba. Em paralelo,

a descoberta de petróleo no Recôncavo Baiano e a criação da Petrobrás, em 1953, atraíram um contingente populacional para Salvador, conseqüentemente, fazendo com que essas pessoas ocupassem as áreas anteriormente pouco habitadas.

Em 1957, o índice de ocupação da Região do Nordeste de Amaralina era de 12% da área total. Onze anos depois, em 1968, este índice estava em 52%, e, entre 1968 e 1974, a área estava praticamente toda ocupada (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.21).

Em 1978, é criada, por meio do Decreto-Lei nº 5.403/78, a Zona Homogênea do Nordeste de Amaralina, abrangendo os atuais bairros Nordeste de Amaralina, Santa Cruz, Areal, Chapada do Rio Vermelho e Vales das Pedrinhas (OCEPLAN, 1978, p.1).

O célere crescimento das condições de infraestrutura do local é resultado do reconhecimento legal, por meio do poder local, e, principalmente, aos esforços dos moradores durante as décadas de 1960 e 1970. Nesse sentido, o local atraiu um novo contingente de moradores formando novas ocupações, na década de 1980, onde, atualmente, se concentram os 'bolsões' de pobreza extrema (OCEPLAN, 1978, p.5).

Além disso, a população mais pobre que morava na vizinhança se sentiu ameaçada pela especulação imobiliária e foi ocupando lentamente a área em processos de invasão (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.22).

Devido aos fatores apresentados, o Nordeste de Amaralina era considerada a segunda maior invasão de Salvador em termos populacionais, só perdendo para Alagados (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.22).

O processo de ocupação desordenada ocasionou a ausência de áreas verdes e livres, o que dificulta a implantação de novos projetos de urbanização (TRAÇOS E LAÇOS, 2006, p.6).

Em síntese, a história de formação do Bairro Nordeste de Amaralina, juntamente com os bairros Chapada do Rio Vermelho, Santa Cruz e Vale

das Pedrinhas foi marcada pela ocupação de novos contingentes populacionais ao redor das áreas das fazendas e pelo parcelamento irregular do solo. Em um momento em que a elite passou a ocupar a orla marítima de Salvador, as áreas interioranas ficaram desabitadas, o que possibilitou a ocupação pela população mais pobre.

3.2 Estrutura urbanística e aspectos socioeconômicos

A área do bairro possui uma topografia acidentada, marcada por morros e vales, ruas estreitas, sem áreas livres, nem espaços de convivência coletiva (SOUSA, 2008, p.6).

O processo de ocupação do bairro se deu de forma semelhante às demais áreas da cidade caracterizadas como invasões (SOUSA, 2008, p.6). “A partir de uma via inicial de cumeada, partem outras vias secundárias, quase perpendiculares a ela que descem pela encosta” (OCEPLAN, 1978, p.6).

Cabe ressaltar que o termo “invasão” é utilizado em seu sentido amplo, como característica do padrão de variação urbanização de localidades pobres em Salvador, haja vista que que nítida a participação dos proprietários de terra na expansão e consolidação do bairro (OCEPLAN, 1979, p.55).

A expansão do bairro é vista no Censo de 2010 do IBGE. Segundo sua estimativa, 21.887 pessoas residem no Bairro Nordeste de Amaralina, sendo 45,98% mulheres e 52,10% homens, em sua maioria preta ou parda, ocupando uma área de 642.744,89m², com densidade demográfica de 340,52 hab/km².

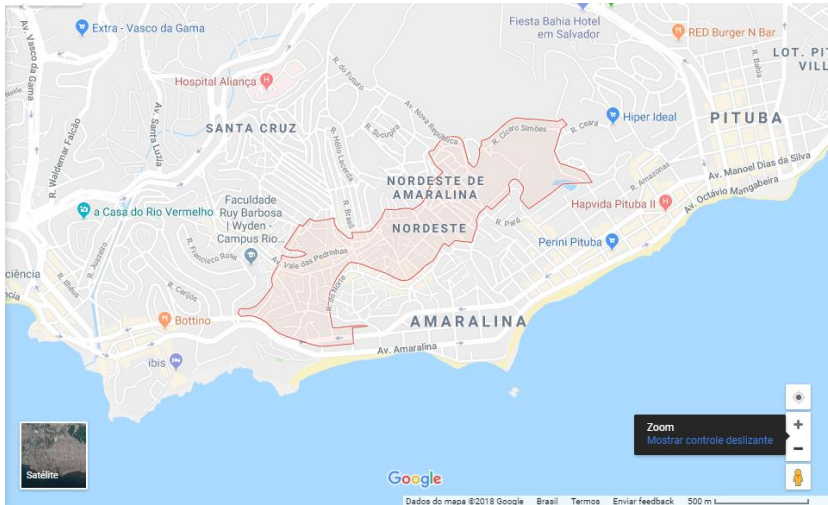


Figura 1. Polígono do Nordeste de Amaralina. Fonte: Google Maps.

A polígono do Nordeste de Amaralina é definida pela Lei Municipal de Salvador nº 9.278/2017, da região Administrativa VI, intitulada Prefeitura-Bairro Barra/Pituba. O Nordeste é vizinho, com fronteiras direta, aos bairros de Amaralina, Rio Vermelho, Pituba, Vale das Pedrinhas, Chapada do Rio Vermelho e Santa Cruz, como visto Figura 2.

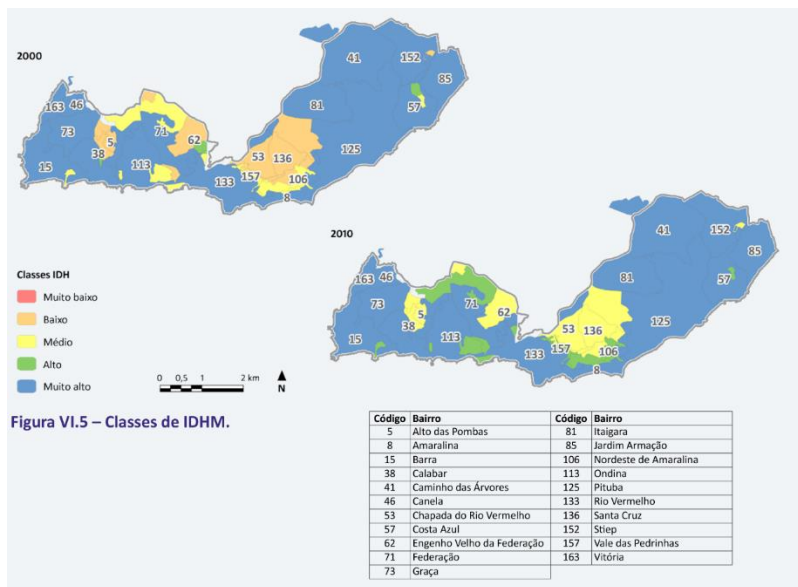


Figura 2. Densidade Demográfica da Prefeitura-Bairro VI. **Fonte:** IBGE. Censos Demográficos de 1991, 2000 e 2010. Santos et al., Caminho das Águas em Salvador, 2010. Elaboração: CONDER/INFORMS/SEDIG, 2014.

Além disso, é cercado por bairros com populações predominantemente de alta renda e sua localização próxima à praia confere-lhe uma posição privilegiada em relação a outras áreas subnormais, conforme ilustrado na Figura 2. Outro ponto a ser destacado, as ameaças de expulsão decorrentes de interesses imobiliários existentes representam problemas para a comunidade do bairro.

Dentre os bairros de fronteira ao Nordeste, ele é o bairro com rendimento mediano com R\$ 1.530,10 reais por rendimento médio nominal, como se pode observar na Tabela 1. Os bairros de renda mais alta chegam a ter rendimento médio cinco vezes maior do que o Nordeste de Amaralina, como a Pituba. Quanto aos mais pobres, eles se relacionam com os fatos históricos descritos anteriormente, ou seja, compõem espaços de contingentes irregulares de ocupação do espaço e estão à margem da elite

deste espaço observado da Figura 2, com IDHM² médio, ante os demais bairros com IDHM predominam Muito Alto.

BAIRRO	RENDIMENTO MÉDIO EM 2010 (EM R\$)
PITUBA (125)	7.513,1
RIO VERMELHO (133)	6.282,2
AMARALINA (8)	3.591,9
NORDESTE DE AMARALINA (106)	1.530,1
VALE DAS PEDRINHAS (157)	1.292,9
SANTA CRUZ (136)	1.190,9
CHAPADA DO RIO VERMELHO (53)	925,6

Tabela 1. Rendimento Médio dos Bairros com Fronteiras ao Nordeste de Amaralina. **Fonte:** IBGE. Censos Demográficos de 1991, 2000 e 2010. Santos et al., Caminho das Águas em Salvador, 2010. Elaboração: CONDER/INFORMS/SEDIG, 2014.

Relata-se que a maioria da população urbana de Salvador de baixa renda vivia clandestinamente, o que se constitui como um padrão, e o Nordeste de Amaralina representa um dos bairros mais carentes de serviços urbanos da cidade (OCEPLAN, 1978, p.2).

Ao se fazer um levantamento dos equipamentos públicos de saúde, segurança, educação e assistência social presentes no bairro, atualmente, no entanto, identifica-se a presença de 01 Unidade de Saúde da Família, localizada propriamente no bairro, e 02 Multicentros de Saúde localizados em bairros vizinhos (SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, 2019, p.1), bem como pode ser verificada a existência de 03 Escolas Municipais, 05 Escolas Estaduais (SECRETARIA DA EDUCAÇÃO, 2019), 01 Centro Social Urbano, inaugurado em 2011 para reduzir os índices de criminalidade e proporcionar acesso aos serviços públicos, e 01 Delegacia da Polícia Civil.

² O IDHM é um índice composto, entre 0 e 1, que agrega 3 das mais importantes dimensões do desenvolvimento humano: a oportunidade de viver uma vida longa e saudável, de ter acesso ao conhecimento e ter um padrão de vida que garanta as necessidades básicas, representadas pela saúde, educação e renda. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idho/conceitos/o-que-e-o-idhm.html>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

Encontram-se, neste bairro, 6.850 domicílios, sendo 6.842 considerados permanentes, 02 improvisados e 1.866 subnormais. O IBGE considera como subnormais unidades habitacionais, carentes, em sua maioria de serviços públicos essenciais, ocupando ou tendo ocupado, até pouco tempo, terreno de propriedade alheia (pública ou particular) e estando dispostas, em geral, de forma desordenada e densa (IBGE, 2010, p. 19).

Sua realidade é reconhecida pelo Poder Público Municipal, que lhe atribui zoneamento especial com o intuito de promover um processo de urbanização condizente com a sua realidade.

Por essas condições, o bairro possui, em área e população, a maior Zona Especial de Interesse Social da Prefeitura-Bairro VI. As Zonas de Interesse Social são definidas pelo Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU) de Salvador como zonas destinadas à regularização fundiária, urbanística e jurídico-legal, bem como à produção e manutenção ou qualificação da Habitação de Interesse Social (HIS) e Habitação de Mercado Popular (HMP) (SALVADOR, 2016, p.218), que não seguem a delimitação da Lei de Bairros de 2017.

De acordo com a Lei Municipal nº 9.148, de 8 de setembro de 2016, que dispõe sobre o Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo do Município de Salvador - Louos, o Nordeste de Amaralina como um todo se enquadra como sendo Zona de Interesse Social - ZEIS.

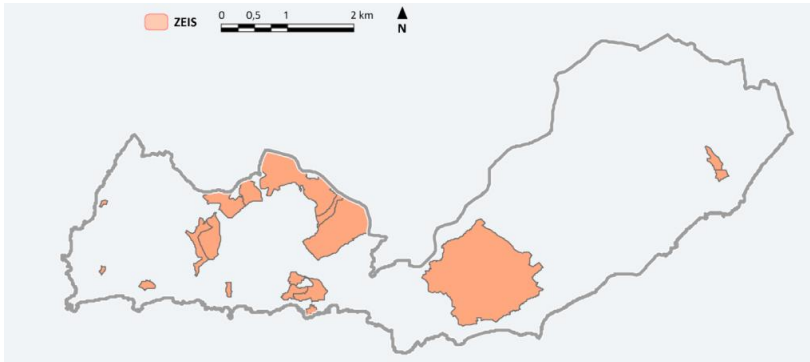


Figura 3. Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS. **Fonte:** INFORMS-CONDER. Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia. Painel de Informações: dados socioeconômicos do município de Salvador por bairros e prefeituras-bairros. 5 ed. Salvador: CONDER, 2016.

Conforme a Louos (2016, p.9), Bairro do Nordeste de Amaralina está localizado em uma ZEIS tipo 1, que corresponde a assentamentos precários – favelas, loteamentos irregulares e conjuntos habitacionais irregulares – habitados predominantemente por população de baixa renda e situados em terrenos de propriedade pública ou privada, nos quais haja interesse público em promover a regularização fundiária e produzir HIS e HMP.

O Bairro Nordeste de Amaralina é caracterizado, assim, por ocupações clandestinas, invasões e loteamentos irregulares, abrigando, assim, uma população, predominantemente, de baixa renda, carente de serviços públicos e infraestrutura urbana.

Diante dos índices apontados, verifica-se que políticas públicas de regularização fundiária voltadas para núcleos urbanos informais consolidados, tal qual o Nordeste de Amaralina, requerem medidas que vão além da abordagem jurídica de titulação da população, mas que também consideram aspectos adstritos à renda, educação e saúde.

4 Discussão sobre a aplicação da Lei nº 13.465/17 ao Nordeste de Amaralina

O terreno acidentado do Nordeste de Amaralina, sua alta densidade demográfica e a sua formação histórica caracterizada por ocupações

irregulares, evidenciam o caráter de irreversibilidade do núcleo urbano informal que representa o bairro.

As construções ali feitas se deram ao revés de qualquer requisito urbanístico previsto pela legislação municipal, bem como desrespeitando os padrões mínimos de parcelamento do solo ao longo dos 87 anos que marcaram a presença de trabalhadores na área.

Há de se evidenciar, ainda, que o bairro não se configura como uma ocupação periférica, à margem do centro urbano, ocasionada pelo crescimento geográfico horizontal da cidade, encontrando-se, em verdade, rodeado por bairros de classe média-alta com um bom desenvolvimento urbano, surgidos de forma concomitante a ele.

Tal fato revela sucessivas escolhas dos gestores em investirem apenas em certas áreas urbanas, reiterando estigmas sociais.

Assim, diante da existência de comunidades que se formaram à margem das legislações urbanas e não mais podem se adequar a elas, surge a necessidade de pensar em novas formas de regularização fundiária voltadas para situações de informalidade consolidadas tal qual se verifica no bairro.

Assim, sob essa temática, a Lei nº 13.465/17 traz instrumentos que têm como finalidade maior reconhecer situações de fato, abarcados por um procedimento que visa celeridade e a concessão de títulos à população.

Tais instrumentos não visam a reestruturação física desses núcleos para se adequarem às normas urbanas existentes, mas, sim, a consolidação da segurança jurídica a situações jurídicas postas, respeitando os devidos limites.

Nessa mesma toada, se tem os instrumentos, ainda, que já são comumente utilizados em procedimentos de regularização fundiária de núcleos urbanos informais, como a usucapião – que pode oferecer alternativas de regularização mais céleres, por meio de vias extrajudiciais –, a compra e

venda, a doação, a arrecadação de bem vago e a desapropriação, seja por interesse social ou em favor dos possuidores.

A aplicação da Reurb no bairro significaria canalizar amparo e recursos públicos para uma parte da cidade que se desenvolveu de forma autônoma, sem receber os mesmos investimentos que os seus bairros vizinhos de classe média-alta receberam.

Diante disso, remonta-se a hipótese de aplicação da Reurb-S, trazida pela Lei nº 13.465/17, como aquela destinada aos núcleos urbanos informais consolidados, ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, assim declarados por ato do Poder Executivo Municipal (BRASIL, 2017, p.16), que aplicado ao contexto do Nordeste de Amaralina, perfez-se por meio da instituição de uma ZEIS na área a qual o bairro pertence.

Segundo a Lei Federal, a modalidade da Reurb-S pode ser destinada a ocupantes que tenham renda familiar igual ou inferior a cinco salários mínimos³ e não possuam ou sejam proprietários de bens ou direitos em montante superior ao limite estabelecido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda para a obrigatoriedade de apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física.

Por todos os fatores elencados, é inevitável reconhecer que a modalidade de regularização fundiária urbana que mais se adequa à realidade do Nordeste de Amaralina é a Reurb-S, sem prejuízo de aplicação da modalidade de interesse específico, Reurb-E, nas áreas em que o Poder Público entender não residir população de baixa renda.

³ Nesse tocante, o Nordeste de Amaralina possuía, a preços de 2010, o rendimento nominal médio dos responsáveis por domicílios particulares permanentes de três salários mínimos.

Contudo, uma proposta de realização da regularização fundiária urbana a partir de um único projeto para todo o núcleo urbano informal consolidado pode se apresentar como um óbice para a sua aplicação. Em um bairro de grande extensão e estrutura complexa, como o Nordeste de Amaralina, a prévia apuração da situação de todos os imóveis integrantes do local para a posterior execução do projeto pode levar meses ou até anos, e, enquanto isso, os atos de disposição da posse e da propriedade não serão interrompidos.

Refletindo sobre a aplicação da Lei nº 13.465/17 no Nordeste de Amaralina, há de se atentar para o quesito prazos. A legislação prevê o período de cento e oitenta dias para o Município fixar e classificar a modalidade de Reurb⁴, diante do requerimento de um legitimado, contudo, não define termos para o início e término da execução do projeto, nem das medidas que poderão ser tomadas diante da morosidade o poder público.

Dessa forma, mesmo com instrumentos viáveis para a Reurb, é preciso ressaltar um requisito de natureza precípua no que tange ao processo de aplicabilidade da regularização fundiária, que é o diálogo como a população residente no bairro. Afinal, uma comunidade marcada pela ausência de serviços públicos, que se desenvolveu de forma autônoma através da iniciativa de muitos moradores, poderá criar certa resistência a um procedimento que traz mudanças tão significativas quanto a Reurb.

⁴ “Art. 30. Compete aos Municípios nos quais estejam situados os núcleos urbanos informais a serem regularizados:

I - classificar, caso a caso, as modalidades da Reurb;

II - processar, analisar e aprovar os projetos de regularização fundiária; e

III - emitir a CRF.

§ 10 Na Reurb requerida pela União ou pelos Estados, a classificação prevista no inciso I do caput deste art. será de responsabilidade do ente federativo instaurador.

§ 20 O Município deverá classificar e fixar, no prazo de até cento e oitenta dias, uma das modalidades da Reurb ou indeferir, fundamentadamente, o requerimento. [...]” (BRASIL, 2017, p.30).

Conclusão

A Lei nº 13.465/17 apresenta uma mudança na forma de pensar políticas públicas voltadas para regularização fundiária de centros urbanos informais.

O primeiro aspecto versa sobre a simplificação e desburocratização desses procedimentos, diante da postura do legislador em reconhecer núcleos urbanos informais consolidados como áreas de difícil reversão, como pôde ser visto no exemplo discutido.

Sem uma intervenção específica do Poder Público, bairros como o Nordeste Amaralina, altamente adensados, com vias estreitas, carência de espaços coletivos e formação histórica de parcelamento irregular do solo, não possuem condições de atender aos critérios atinentes ao Direito Urbanístico e ao Direito Registral.

Além disso, apesar atribuir ao Município a responsabilidade de executar e regulamentar a forma de implementação da Reurb, a Lei Federal delinea procedimentos próprios, permitindo a imediata aplicação do instituto.

Por último, a lei inova ao prever pioneiros instrumentos de regularização fundiária que modificam os critérios de titulação dos imóveis e repensam as modalidades de parcelamento do solo e a formatação das cidades.

Instrumentos como a legitimação fundiária, o direito real de laje e o condomínio urbano simples são ótimos exemplos do novo paradigma que se consolida, qual seja, a regularização fundiária voltada a adequar os aglomerados subnormais à legalidade imposta pelo ordenamento jurídico, a partir do seu histórico de formação.

Em contraponto, a intenção do legislador em promover celeridade ao procedimento Reurb, pode ensejar certas lacunas registrais com projeção

futura bastante problemática. A exemplo disso, tem-se o §3º do art. 87 do Decreto 9.310/18, que dispensa a retificação ou apuração de área remanescente no registro de parcelamento de glebas. Nesse caso, não se apurar ou retificar a área remanescente implica em perpetuar, em certa medida, a insegurança jurídica quanto aos limites da propriedade.

A questão orçamentária, no entanto, poderá também ser um grande entrave para efetivação da regularização fundiária. É preciso haver um planejamento na alocação de recursos para a execução da Reurb, haja vista que o decreto regulamentador prevê a utilização do FNHIS somente para custeio dos atos cartorários de registros dos imóveis.

A participação popular pode ser um mecanismo de fundamental importância na elaboração e execução de projetos de regularização fundiária e os procedimentos de regularização dos imóveis, visto que, para além de aliadas, devem ser esclarecidas aos novos procedimentos para que não haja falsa noção, por exemplo, de remoção de suas moradias.

Nesse aspecto, cabe ressaltar que as formalidades do direito a propriedade não são discutidas, em primeira ordem, pelas famílias de núcleos urbanos informais consolidados. E, pela explanação histórica do território do Nordeste de Amaralina, coube o sentimento de ocupar e resistir. Por isso, a conscientização deverá ser o primeiro passo a ser dado para a execução do projeto regularização fundiária urbana.

Referências

ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. *In*: MINISTÉRIO DAS CIDADES, SECRETARIA NACIONAL DE PROGRAMAS URBANOS, PROGRAMA NACIONAL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA SUSTENTÁVEL. (Orgs.). **Regularização fundiária plena**: referências conceituais. Brasília: Ministérios das cidades, 2007.

BRASIL. **Decreto 9.310, de 15 de março de 2018**. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. Brasília, DF, 15 de março de 2018. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm>. Acesso em: 05 de mai 2018.

_____, **Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Brasília, DF, 19 de dezembro de 1979. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em: 12 mai 2018.

_____, **Lei 9.069**, de 01 de julho de 2016. Dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Salvador - PDDU 2016. Salvador, BA, 7 de julho de 2016. Disponível em: < http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/SSA_LOUOS_01B_ZEIS.compressed.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____, **Lei nº 9.148, de 8 de setembro de 2016**, Mapa 01 B - ZEIS. Dispõe sobre o Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo do Município de Salvador e dá outras providências. Salvador, BA, 8 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/novalouossancionada.pdf>>. Acesso em: 16 mai 2018.

_____, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 mai 2018.

_____, **Lei 13.465**, de 11 de julho de 2017. Brasília, DF, 11 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____, **Medida Provisória nº 759**, de 2016: Notas Descritivas. Brasília, DF, fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/notas-descritivas-sobre-medidas-provisorias/2016/nota-descritiva-da-medida-provisoria-no-759-de-2016->

dos-consultores-legislativos-alessandra-torres-luis-antonio-g-c-silva-debora-veloso-maffia-fabio-vaismann-livia-de-souza-viana-e-rose-mirian-hofmann/@@display-file/arquivo>. Acesso em: 06 mar 2017.

FERNANDES, Edésio. Regularização de assentamentos informais: o grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. *In*: MINISTÉRIO DAS CIDADES, SECRETARIA NACIONAL DE PROGRAMAS URBANOS, PROGRAMA NACIONAL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA SUSTENTÁVEL. (Orgs.). **Regularização fundiária plena: referências conceituais**. Brasília: Ministérios das cidades, 2007.

IBGE, Censo 2010. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Aglomerados_subnormais/>. Acesso em: 13 mai 2018.

INFORMS-CONDER. Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia. Painele de Informações: dados socioeconômicos do município de Salvador por bairros e prefeituras-bairros.5.ed. Salvador: CONDER,2016.

ÓRGÃO CENTRAL DE PLANEJAMENTO - OCEPLAN, **Inventário dos loteamentos de Salvador**, Salvador, 1977.

_____, **ZONA HOMOGÊNEA DO NORDESTE DE AMARALINA** - Projeto de Preservação Sócio-Ecológica, v.1, Salvador, 1979.

_____, **Grupo de Trabalho Nordeste de Amaralina: Relatório de Atividades**, Salvador, 1978.

PINTO, Victor Carvalho. **CONDOMÍNIO DE LOTES: um modelo alternativo de organização do espaço urbano**. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td243>>. Acesso em: 12 mai 2018.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **NOVIDADES DA LEI 13.465, DE 2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado**. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td239/view>>. Acesso em: 12 maio 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **O Direito Real de Laje**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 986, dez 2017.

SALVADOR. **Lei nº 9278/17**. Dispõe sobre a delimitação e denominação dos bairros do Município de Salvador, Capital do Estado da Bahia, na forma que indica, e dá outras providências. Salvador, BA, 20 nov 2017. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2017/927/9278/leiordinaria-n-9278-2017-dispoe-sobre-a-delimitacao-e-denominacao-dos-bairrosdo-municipio-de-salvador-capital-do-estado-da-bahia-na-forma-que-indica-e-daoutras-providencias>>. Acesso em: 26 nov 2019.

SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, Prefeitura Municipal de Salvador. **Mapa da Saúde**. Disponível em: <<http://www.saude.salvador.ba.gov.br/mapa-da-saude/>>. Acesso em: 26 nov 2019.

SECRETARIA DA EDUCAÇÃO, Prefeitura Municipal de Salvador. **Escolas**. Disponível em: <<http://educacao.salvador.ba.gov.br/escolas/>>. Acesso em: 26 nov 2019.

SOUZA, Tatiane dos Santos Souza. **O lugar do Nordeste de Amaralina em Salvador - interfaces entre centro e periferia**. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14540.pdf>>. Acesso em: 15 mai 2018.

TRAÇOS E LAÇOS – Memória da Região Nordeste de Amaralina. Secretaria do Trabalho, Assistência Social e Esporte, Programa Viva Nordeste, Hora da Criança, Projeto Unindo Talentos. Salvador, 2006.

TRAÇOS E LAÇOS – Memória da Região Nordeste de Amaralina. Secretaria do Trabalho, Assistência Social e Esporte, Programa Viva Nordeste, Hora da Criança, Projeto Unindo Talentos. Salvador, 2006.

O morador de rua e as instituições: o espaço contestado e a sua (não) apropriação

*André Luiz Teixeira dos Santos
Maria Cecília Loschiavo dos Santos*

1 Introdução: a rua como alternativa de sobrevivência

Em face das atuais condições socioeconômicas do país e seu reflexo mais perverso no crescente grau de desfiliação das populações mais vulneráveis, os desafios enfrentados pela população de rua na cidade de São Paulo¹ e principais aglomerações urbanas pioraram nos últimos anos². Não é apenas o aumento exponencial da população de rua que chama a atenção³, porém a observação de novos cenários de vivência, tais como a ocupação massiva dos baixios dos viadutos, das marquises e calçadas nos

¹ O capítulo privilegia a seguinte nomenclatura dos sujeitos de pesquisa: Pessoas em situação de rua ou população de rua. O primeiro termo possui maior aderência ao atual estágio normativo das políticas públicas vigentes, enquanto população de rua e morador de rua são de uso mais corrente, também utilizados pelos movimentos sociais enquanto instrumento de vínculo identitário com a vivência da rua.

² A estimativa atualizada é de cerca de 222 mil pessoas em situação de rua no Brasil. A taxa média de crescimento de 2012 a 2020 é de 14,0%. Os dados encontram-se em recente estudo disponível em NATALINO (2020).

³ O mais recente Censo da População de Rua é de 2019 e aponta 24.344 pessoas em situação de rua, explicitando um aumento de 53% com relação ao censo anterior divulgado em 2016 (consolidação das informações 2015), que apontava 15.905 pessoas vivendo nas ruas e explicitando, por sua vez, um aumento de 16,3% com relação aos últimos dados coligidos em 2011, que apontava 14.478 pessoas em situação de rua. Desde 2000, ano do primeiro censo realizado e quando os dados oficiais registravam uma população de 8.704 pessoas, temos um aumento expressivo de 179% da população em situação de rua. O indicador é questionado pelos movimentos sociais e ativistas que trabalham com população de rua, uma vez que não consolida logradouros específicos, como cemitérios, buracos em baixios de viadutos e espaços equivalentes. O número de instituições voltadas à população em situação de rua também sofreu alteração expressiva, representado por 37 instituições em 2000, 79 em 2015 e 136 em 2019. O número de vagas em espaços de acolhimento ampliou de 3693, em 2000, para 17.200 atuais. Os dados consolidados de todos os censos (2000, 2009, 2011, 2015 e 2019) encontram-se na página repositório "Centro de Pesquisa e Memória Técnica (CPMT)" da atual SMADS - Secretaria de Assistência e Desenvolvimento social da Prefeitura de São Paulo, sendo produzidos pela FIPE - Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, à exceção dos dados de 2011, produzido pela Núcleo de Pesquisas em Ciências Sociais - FESPSP, e de 2020, produzido pela Qualitest Ciência e Tecnologia Ltda. Todos os dados encontram-se disponíveis em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/observatorio_social/pesquisas/index.php?p=18626, acesso em 15/08/2020. Os dados citados de 2000 encontram-se coligidos em FIPE (2000) e SCHOR e ARTES (2001), enquanto os dados de 2011 encontram-se em FESPSP & SMADS (2011). Os dados de 2015 encontram-se em FIPE & SMADS (2015). Já os dados do último censo de 2019 encontram-se em: QUALITEST Inteligência e Pesquisa & SMADS (2019).

bairros da cidade, “cracolândias” distribuídas pela cidade, a persistente ausência de catalogação confiável sobre as taxas de mortandade, redundando em situações extremas de latrocínios⁴ de pessoas tidas como invisíveis para o resto da sociedade.

Os motivos principais da persistência da situação de rua advêm da associação entre a forma específica de organização da sociedade brasileira, pautada pela crescente dificuldade de acesso à moradia digna e de inserção no mercado de trabalho (formal e informal) de vasto grupo populacional no Brasil, associada a alterações nas relações de sociabilidade, com a fragilização das relações familiares e laços sociais.

A condição de passagem e potencial permanência na rua enfatiza a articulação de três eixos fundamentais: a construção de crescente vulnerabilidade nos **laços familiares** e de **sociabilidade**, a ausência ou precariedade do **trabalho** e as relações de dependência das **redes de proteção institucionais**, cuja dificuldade de atuação foi um dos elementos ocasionadores da situação de rua e *paripassu* da permanência e persistência em tal condição.

Observa-se que uma sucessão de perdas, expressa especialmente pela dificuldade de acesso à moradia e ao trabalho, pode redundar no **enfraquecimento** dos vínculos sociais progressos e a posterior experiência de situações de vivência temporária ou constante permanência na rua. Já a resposta institucional tende a enrijecer uma visão etapista de reconstrução de tais vínculos, uma “corrida de obstáculos” no e a partir da rua, mediada diretamente pelos espaços de acolhimento institucional, de forma que o cotidiano destas pessoas explicita as condições de acomodação e

⁴ Dentre muitos e a título de exemplificação, apontamos a recente morte de uma pessoa em situação de rua incendiada nas ruas de São Paulo em janeiro de 2020 (GIMENES, 2020).

resistência na apropriação dos espaços urbanos, com reflexo em possíveis redirecionamentos das políticas públicas constituídas.

Sumarizados em 3 seções, o capítulo discute a discrepância entre as necessidades e ambições das pessoas em situação de rua e o atendimento dessas necessidades nos espaços possíveis de vivência, em especial os espaços institucionais, apontando possíveis caminhos construídos por parte destes sujeitos para a conquista de autonomia e eventual saída da situação de rua. Para tal, colige dados de pesquisas qualitativas realizadas em diversos espaços de passagem e permanência das pessoas em situação de rua, procurando-se historicizar e produzir uma memória sobre pessoas que têm ou já tiveram em algum momento de suas vidas a rua como modo de reprodução de suas relações sociais, em vertente fenomenológica que analisa as unidades de significado surgidas, aponta as principais convergências e divergências e a estrutura geral do fenômeno⁵.

A abordagem proposta objetiva uma aproximação dos principais aspectos levantados por estas pessoas como determinantes para a opção da vida na rua, em oposição a outros espaços institucionais que trazem

⁵ As informações sumarizadas no capítulo coligem dados de pesquisas qualitativas realizadas em diversos espaços de passagem e permanência da população em situação de rua pelos pesquisadores nos últimos 30 anos. Resguardando-se princípios éticos de produção do conhecimento, não há a identificação dos sujeitos da pesquisa, conforme acordado nos termos de consentimento livre e informado apresentados no momento da coleta formal dos depoimentos, realizados na modalidade não-estruturada. Os excertos apresentados representam a tentativa de saturação do fenômeno situado de alguns grupos em acompanhamento pelos pesquisadores, além de apontamentos sobre as condições espaciais e de gestão de algumas instituições de atenção à população de rua, sob a ótica de observador participante, objetivando uma análise não-interna dos espaços institucionais. As pesquisas realizadas consolidaram dados socio-espaciais de quase a totalidade das instituições de atendimento à população de rua, sobre as quais, para este capítulo, serão utilizados apenas os apontamentos gerais dos sujeitos entrevistados que permitem circunscrever o entendimento geral do papel destas instituições, a partir da vivência das pessoas em situação de rua. Os excertos selecionados no capítulo e o detalhamento da metodologia encontra-se em 3 pesquisas principais, a primeira disponível em SANTOS (2004), dentro do qual foram selecionados 10 sujeitos de pesquisa para as entrevistas cuja origem era a rua e viveram temporariamente em ocupação do movimento de moradia em fábrica abandonada no região da Pompéia, município de SP, das quais 6 se encontravam em lar temporário (bolsa-aluguel ou pensão) e 4 de volta à situação de rua no momento de coleta das entrevistas, a segunda em SANTOS (2010), que selecionou 23 sujeitos em habitação precária ou vivendo na rua para coleta de depoimentos, e, por fim, 20 entrevistas com pessoas em situação de rua, 10 vivendo em situação de albergamento e 10 em situação de rua, realizadas no âmbito do Projeto 4 Global Cities “Comparative Study of Homelessness in four global cities: Los Angeles, Paris, Sao Paulo and Tokyo”, projeto que objetiva divulgar e conscientizar a sociedade sobre o fenômeno da população em situação de rua em 4 grandes cidades de diferentes países, em uma perspectiva interdisciplinar, com dados ainda inéditos.

situações de dependência, como os centros de convivência e os albergues, apontando também os sinais de repressão, a resposta em resistência⁶, permitindo problematizar alternativas de abordagem institucional. Sob este recorte, explícita a privação de **direitos fundamentais individuais**, tanto civis, políticos e sociais, quanto **direitos difusos** oriundos da categoria específica abarcada pela própria situação de rua, obrigam a revisitação e adequação das políticas públicas à complexidade de tal situação sob um recorte essencialmente interdisciplinar de abordagem institucional, em alinhamento à interlocução das bases jurídicas atuais de garantia dos direitos sociais e a sua potencial implementação em políticas públicas, problematizado por Limberger e Szinvelski (2020) na presente publicação.

Para tal, a organização dos subcapítulos procura friccionar as dinâmicas do vivido-percebido-concebido pelas pessoas em situação de rua com a cristalização em respostas pelo aparato institucional, bem como a sua comunicação jurídica com direitos fundamentais e difusos.

O subcapítulo inicial “A percepção da vivência da rua: a liberdade temerariamente conquistada e o sofrimento” apresenta a situação de rua como um dos elementos que sustenta a história destas pessoas e a produção de seus espaços de vida, aprofundando as dinâmicas do vivido e percebido pelas pessoas em situação de rua do fenômeno. As proposições que emergiram demonstram que os motivos da ida para a rua estão relacionados com a perda de vínculos sociais, afeitos aos temas da família, do trabalho e da relação de dependência com os serviços institucionais.

Já o subcapítulo 2 “O papel das instituições na construção da vivência da população de rua” trata do papel das instituições nas relações de sociabilidade constituídas nas situações de passagem e permanência nas ruas,

⁶ Conforme HOOKS, 1990, p. 151: “Understanding marginality as position and place of resistance is crucial for oppressed, exploited, colonized people. If we only view the margin as sign marking the despair, a deep nihilism penetrates in a destructive way the very ground of our being”.

tratando tanto da vivência como dos espaços institucionais tradicionais quanto com espaços alternativos, vinculados a redes de apoio informais e movimentos sociais urbanos, enfatizando o papel das políticas assistenciais, trabalhistas e habitacionais para a permanência na situação de rua e garantia dos direitos fundamentais a esta população.

O subcapítulo final “A rua como opção e a (im)possibilidade de saída” trata das condições que transformam a situação transitória de rua em condição de permanência. Ainda que amenizados pelo papel central de redes de apoio, como parte dos espaços institucionais formais e mesmo a inserção em ações vinculadas a movimentos sociais, tais como as ocupações de imóveis ociosos, os cenários recentes que fazem parte do cotidiano das pessoas em situação de rua apontam situações de sofrimento acentuadas com a ampliação da dificuldade de acesso aos espaços institucionais tradicionais e políticas públicas desvinculadas da vivência na rua.

Em esforço interdisciplinar para melhor compreensão do cotidiano e dificuldades das situações vivenciadas pelas pessoas em situação de rua, o capítulo resgata a vivência destas pessoas, uma vez que tal unidade mínima, ao explicitar o cotidiano sob o recorte dialético do vivido-concebido-percebido (LEFEBVRE, 1974), organiza a experiência da prática histórica (HAROOTUNIAN, 2000, p. 114), podendo ter recorrência e comunicação jurídica (FONSECA, 2020) enquanto fenômeno político, porque se apresenta simultaneamente como **produto** - resultado da produção e reprodução do capital - e **resíduo** - (im)possibilidade de emancipação por estas pessoas em seu cotidiano (LEFEBVRE, 2008, p. 105).

Sumarizando-se, observa-se como fenômeno dominante para a explicação dos motivos da ida para a rua a perda de vínculos sociais, afeitos aos temas da família, do trabalho, e pautado pela relação de dependência com os serviços institucionais, mesmo antes da vivência de rua. Privados de direitos fundamentais e impossibilitados de acesso aos sistemas

funcionais e constituintes de um cidadão pleno (AMATO, 2020), a situação de rua acaba por reforçar a posição de (sub)cidadania (SANTOS, 1987), situação antes já presente em maior ou menor grau.

Sempre esbarrando na dificuldade de conquista da dignidade humana, tida como âmago dos direitos humanos e fundamento dos direitos fundamentais; em alinhamento à sugestão de Di Pasqua e Schwartz (2020) na presente publicação, a dependência institucional quando em situação de rua passa a ser dada pelo recorte dominante assistencial, com rebatimento em ações pulverizadas e desarticuladas, na área de saúde e trabalho, bem como tendendo à ausência ou precariedade de ações instituições na esfera da educação e moradia.

Ainda que na esfera jurídica sejam valorizadas as principais áreas temáticas dos direitos fundamentais essenciais à saída de uma pessoa da situação de rua, tanto em documentos internacionais quanto em constituições e normas nacionais⁷, sendo exemplo aqueles apresentados na presente publicação para a esfera da saúde (FINCO e Martini, 2020), trabalho (ABREU e GODIM, 2020) e moradia (FONSECA, 2020), o rebatimento na constituição de políticas públicas que consigam responder proativamente à complexidade da situação ainda representa situação distante, observada em projetos pontuais e distantes da dominância institucional e dos recortes privilegiados das políticas públicas constituídas.

⁷ Além do próprio preceito constitucional, merece destaque a Política Nacional para a Inclusão Social da População em Situação de Rua, instituída pelo Decreto Federal nº 7.053/2009, de 23/12/2009. A Política destaca, em seus objetivos, o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, segurança, cultura, esporte, lazer, trabalho e renda, o que, como será detalhado no capítulo, demonstra clara clivagem às políticas públicas instituídas na maioria dos municípios brasileiros, no que tange à garantia dos princípios da Política Nacional para a População em Situação de Rua, pautadas, além da igualdade e equidade, pelo: I - respeito à dignidade da pessoa humana; II - direito à convivência familiar e comunitária; III - valorização e respeito à vida e à cidadania; IV - atendimento humanizado e universalizado; e V - respeito às condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência.

Como já frisou Telles (2001), a tradição assistencialista possui elos com a filantropia privada que remonta ao Brasil Colonial, reiteradamente resgatados e institucionalizados desde o pós-30, sob o recorte da gestão filantrópica da pobreza. Em paralelo à centralização e estatização dos serviços para os trabalhadores de posse de seus direitos de cidadania, a assistência social segue o caminho contrário da descentralização por meio da articulação do Estado com a filantropia privada responsável pelos destituídos dos atributos da cidadania (TELLES, 2001, p. 27), dentro do qual se insere o recorte dominante das políticas públicas voltadas às pessoas em situação de rua.

Na outra ponta e como potencial elemento de resgate individual da dignidade humana, a rua propicia a criação de novos laços de sociabilidade e é percebida como uma vivência com sofrimento e angústia. Os laços de sociabilidade trazem alternativas diversas, de maior ou menor dependência e fragilidade, uma delas a ocupação de imóveis ociosos. As passagens pelos serviços de atenção às pessoas em situação de rua trazem vivências de disciplina, rigor e coerção. A possibilidade de inserção nos programas habitacionais como sem-teto pode viabilizar a moradia definitiva, enquanto o trabalho, em geral precário ou inexistente, representa elemento constituinte para o resgate da dignidade. Consequentemente, os direitos sociais são também resgatados quando as pessoas em situação de rua assumem posição coletivamente enquanto sujeitos políticos, fazendo comunicação política e jurídica (FONSECA, 2020) com o alargamento dos direitos fundamentais e difusos cotidianamente contestados para a maioria destas pessoas em situação de rua.

2 A percepção da vivência da rua: a liberdade temerariamente conquistada e o sofrimento

Estigma é definido por Goffman (1988) como “a situação do indivíduo que está inabilitado para a situação social plena”, entendida a ambivalência entre situação social plena e virtual como a identidade social que se formula a um indivíduo e que o situa numa categoria socialmente prevista. O estigma se dá a partir de uma relação entre atributo (Identidade social virtual dada vs. Identidade social real) e estereótipo, formula-se sob duas perspectivas: a do **desacreditado**, dada por “um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social quotidiana possui um traço que pode-se impor à atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus” (GOFFMAN, 1988, p. 15); e a do **desacreditável**, quando surge no estigmatizado “a sensação de não saber aquilo que os outros estão ‘realmente’ pensando dele” (GOFFMAN, 1988, p. 23), uma situação de possibilidade contingente a ser rotulado.

Perceber a constituição do estigma nas múltiplas esferas sociais que perpassam a situação de rua, permite aprofundar também o esforço de ultrapassar tal situação, uma vez que o processo de socialização pode impor o ponto de vista dominante, de forma que “a pessoa estigmatizada aprende e incorpora o ponto de vista dos normais, adquirindo, portanto, as crenças da sociedade do que significa possuir um estigma particular” (GOFFMAN, 1988, p. 41).

Um dos mecanismos da posição relacional de dependência é tematizado pela situação de angústia, proposta por Paugam (1999) como elemento determinante da pobreza. À dificuldade de estabelecimento de condições mínimas de dignidade humana (DI PASQUA e SCHWARTZ, 2020), sempre temerariamente conquistada na situação de rua, somam-se as determinantes da **humilhação social** (GONÇALVES FILHO, 1995),

enquanto sofrimento político definido pelo não exercício de autonomia (a partir da angústia de percepção da situação subjetiva), pela fixação na posição de dependência e pelo impedimento de fala e de ação.

Para estas pessoas, tidas como objeto na relação intersubjetiva de quem humilha, mas enquanto sujeitos, a noção de ambivalência, da perda de um objeto inominável, enigmático⁸, expressa por Laplanche⁹ na definição da angústia moral, talvez permite acentuar o processo ora exposto e situá-lo em condições mais precisas. “(...) uma perda do objeto, mas uma perda que resulta na identificação com o objeto perdido(...)” (LAPLANCHE, 1998, p. 303), que resulta num debate com o próprio ego, como uma ‘falta’, uma ‘falta em relação a nós’. Já o sentimento de humilhação social corresponde a um rebaixamento, imposto na relação intersubjetiva que se expressa no momento de instalação deste sentimento, instaurando-se de forma enigmática, uma vez que parametrizado sob bases históricas de constituição da desigualdade de classes.

2.1 A rua como opção de sobrevivência: dinâmicas do vivido

Para explicitar as situações de impedimento, estigma e dependência acentuadas na situação de rua reproduzimos aqui informações¹⁰ que

⁸ A noção de enigma é definida minimamente na relação primária intersubjetiva e por seus deslocamentos enquanto percepção do mundo na posterioridade da história pessoal de vida da pessoa, conforme LAPLANCHE: 1985.

⁹ LAPLANCHE: 1998, especialmente capítulo 3 – a angústia moral. Neste caso, o autor descreve o processo de perda ligado a um objeto ambivalente e, por vezes ausente, presente no perfil patológico da **depressão melancólica**, mas talvez os parâmetros de angústia moral que expõe permitam entender relações de definição da angústia moral como determinante da humilhação social como afeto mórbido e impacto traumático disparado pela desigualdade de classes.

¹⁰ Os excertos de falas apresentados no presente capítulo são informações verbais extraídas de SANTOS (2004) e representam a vivência de 10 sujeitos de pesquisa para as entrevistas cuja origem era a rua e viveram temporariamente em ocupação do movimento no município de São Paulo, das quais 6 se encontravam em lar temporário (bolsa-aluguel ou pensão) e 4 de volta à situação de rua no momento de coleta das entrevistas, ou presentes em SANTOS (2010), que selecionou 23 sujeitos em habitação precária ou vivendo na rua para coleta de depoimentos. Ambas referências bibliográficas possuem anexas as entrevistas completas, com o detalhamento das unidades de significado apresentadas pelos sujeitos. A reprodução das referidas falas objetiva exemplificar como o fenômeno é percebido-vivido-concebido por estes sujeitos, compondo, portanto, uma opção dos autores para deixar mais clara a vivência das pessoas em situação de rua, cujos aspectos qualitativos são essenciais para aprofundamento do fenômeno, bem como a condição da política pública disponibilizada na cidade de São Paulo.

permitted a deepening of possible paths and dynamics of the lived that led to the street situation.

For part of the people in street situation, the scarcity of social ties (non-existence of relatives and few friendships), associated with difficulties of relationship, can mean the going to the street after the loss of the job. Making explicit the situation by means of the reproduction of one of the paths collected in the researches carried out, one of the subjects points out that the absence of family ties ended by itself, associated with dimensions of work and housing, in a succession of losses in a determined moment of life, with emphasis for the exit of shared residence, the subsequent separation of a child that he cared for, taken to the house of his ex-sister-in-law that passed, since then, to care for this child. Already on the street, new friendships are built and he goes to work taking care of cars. The position of fragility is accentuated with an accident in the immediate vicinity of the new job that he had just managed to get, meaning the hospitalization in a hospital, the loss of memory and the obligation to go to the street after leaving the hospital. The previous social condition is permeated by a position of fragility, as a species of situation of predisposition or greater exposure to risk, by the passage through institutional spaces, which lead to the daily life on the street.

From the absence of home or through processes of exclusion and defiliation lived by these people in street situation, and through work, one observes successive losses in the totality of their lives while individuals in social (NASSER, 1996, p. 05), which reverberate in other social domains that can lead to life on the street. This fragility can be accentuated by extreme situations, being an example situations of mourning - *A minha vida antes de eu ir para a rua eu vivia, eu fazia show, depois que a minha mãe faleceu me envolvi com droga, aí fui para a rua [...] -* ou a perda de moradia, já aparecendo a aproximação de percursos típicos de

quem vive já na rua, como a venda de bala e bicos, mesmo antes da vivência da rua, em parte dos percursos observados, como exemplificado na fala:

[...] a minha infância toda em Alagoas [...] depois o pai de meus cinco filho morreu e eu fiquei sozinha, né, com os meus filho [...] eu vim, na época, contra a vontade da minha família, [...] aí essa família vinha comigo sempre para a cidade, para a Paulista vender bala, aí nós vendia bala, voltava para casa toda noite, aí depois deu uma enchente lá na Vila Maria, aí acabou com os barraco e eu não tinha condição de comprar outro barraco também, aí conheci uma família na rua e aí fiquei junto.

Para algumas pessoas, as condições de vida foram sempre estabelecidas a partir de uma relação com os serviços de atenção às pessoas em situação de rua e afins. No caminho para a rua, as redes de proteção podem ser consideradas elementos intermediários, nos meandros das soluções que se encontram para sobreviver, onde a pessoa fica por algum tempo e acaba não entrando de fato na rua, ou onde fica e, após algum tempo, acaba entrando na rua, conforme evidenciado nas falas:

[...] paguei uma mulher cento e cinquenta para cuidar de Rogério, só tinha o Rogério e estava grávida do Henrique e fui dormir no emprego, morar no emprego. [...]. Eu trabalhava de empregada doméstica, na casa de um casal lá, aí eu ganhava trezentos e pagava cento e cinquenta para uma mulher para cuidar [...], aí não deu certo lá, muito difícil o emprego também, tem que pagar lá também cento e setenta para mim [...] fui ficar na Casa da mamãe.

[...] eu fui morar no albergue, fui morar no albergue porque dinheiro curto não dava para..., porque quando eu vim do Paraná eu vim com um dinheirinho, mas eu não empreguei, [...] eu trabalhava no comércio de salgados, de salgadinho, compra de chocolate, salgadinho [...], foi na época do Maluf, ele naqueles corredor de ônibus ele resolveu reformar e sabe fechou todo... e eu acabei, quer dizer, me tirou todo o auto-estima, né, aí eu acabei partindo para olhar carro e tal, aí ao sair de casa eu fui morar em albergue, né, você sabe, eu

morei em albergue, mora na rua, então o dinheirinho é curto, você pega e gasta tudo.

Com seis anos, porque eu perdi a minha mãe, meu pai, meu pai vendeu a nossa casa, vendeu tudo que tinha dentro de casa, vendeu televisão, vendeu tudo, tudo, [...] ele queria colocar eu num orfanato, aí eu fugi do orfanato, aí não deu certo e meu pai foi preso, porque ele me bateu lá na cidade bem pequenininha e os policial não gostou e levou ele para cadeia e levou eu para o juizado, aí eu tava vendo que o meu pai tava demorando muito, aí eu peguei e fugi do orfanato e fiquei assim, bem assim para fora do orfanato, chorando, querendo o meu pai, [...] acho que para mim eu já tava sentindo que eu já tava começando a sofrer, porque quando eu cheguei no orfanato, meu pai já tava assinando, já tava começando a assinar no papel para ele me internar lá no orfanato [...].

Outro percurso recorrente, resgatado junto aos sujeitos, aponta uma situação de precariedade e dependência institucional como determinante da vivência, em face de determinantes da pobreza. Exemplificando, um dos sujeitos aponta que o fim da proteção das instituições de albergamento em que vivia desde criança significou, com a maioridade, a entrada na rua, ainda que mediada inicialmente por programas públicos de inserção no mundo do trabalho. Após a morte dos pais, o jovem vive até os 18 anos inserido em instituições de cuidado infantil, mediadas por ações diversas de assistência social – *[...] fui para o colégio com cinco anos de idade [...]. Porque a minha família morreu, meu pai, minha mãe, aí eu não tinha ninguém para cuidar, aí tinha aquela Kombi da assistência social [...].* Após os 18 anos, passou a trabalhar como estagiário numa instituição pública, com o qual pagava uma pensão com o ordenado recebido, o fim do trabalho e a impossibilidade de pagamento da pensão leva à passagem por diversas pensões e espaços temporários, pagos com a realização de bicos na rua, levando-o, por fim, ao cotidiano da situação de rua. Os bicos realizados aproximaram-no de pessoas de rua, com o qual passou a morar, bem como

determinam os locais de moradia e o fluxo pela cidade, definindo a residência nos espaços públicos da região.

2.2 A vida na rua: estratégias de sobrevivência e práticas do fazer

Um caráter de contra-lugar, permeia a constituição tanto dos espaços institucionais como dos espaços informais utilizados pelas pessoas em situação de rua. De acordo com Loschiavo (SANTOS, 1996), o conceito de heterotopia, de Foucault, junto ao de casa, de Bachelard, poderia trazer um entendimento dos espaços configurados pelos moradores de rua. A heterotopia pode ser considerada um contra-lugar, um lugar real que redimensiona outros lugares reais. Ali os lugares são contestados, invertidos e simultaneamente representados:

Com sua arquitetura frágil e transitória, construída com todo o tipo de material descartado, o homeless pressiona os limites da cidade, dessacralizando os espaços de seus usos tradicionais, dissolvendo certos parâmetros e categorias do espaço urbano que temos por garantido. O habitat informal do homeless é a síntese das contradições de uma cultura do desperdício e da destruição. (SANTOS, 1996, p. 27)



Imagem 01: Família na região de Pinheiros. Acervo dos autores.

O estudo de Snow e Anderson (1998), sobre a população de rua da cidade Austin (Texas), apresenta uma discussão minuciosa sobre as pessoas em situação de rua desde a sua dimensão de desabrigo até as estratégias de sobrevivência na cidade com ou sem o apoio institucional.

Para os autores, são três as dimensões básicas de desabrigo: residencial; de apoio familiar; de valor moral e de dignidade sob um desempenhado papel. As estratégias de sobrevivência e rotinas cotidianas materiais, interpessoais e psicológicas que os moradores de rua criam ou das quais se apropriam para facilitar sua sobrevivência, acabam por constituir uma (sub)cultura decorrente da vivência na rua:

Não é uma subcultura no sentido convencional [...] seu caráter distinto consiste num conjunto padronizado de comportamentos, rotinas e orientações que são respostas adaptativas à própria situação de desabrigo e às condições associadas da vida de rua. Mas há mais nessa subcultura do que os moradores de rua e seus comportamentos e rotinas adaptativos. O clima político com relação aos moradores de rua afeta o modo como eles passam seus dias. A matriz de instituições de serviço social e de controle e dos estabelecimentos comerciais que lidam diretamente com os moradores de rua também conforma suas rotinas e opções. Além disso, a distribuição ecológica dessas instalações institucionais e do que chamamos dentro da comunidade ajuda a definir os contornos da vida de rua. E, finalmente, a textura da vida de rua é ainda influenciada por uma espécie de código moral emergente que proporciona um guia tênue para a elaboração de rotinas de comportamento e relações interpessoais. (SNOW e ANDERSON, 1998, p. 123)

Os argumentos de homogeneização no e através do mundo do trabalho, e, quando em situação temporária ou permanente na rua, por e pelas instituições de atenção às pessoas em situação de rua, impõem a estas pessoas uma situação de impedimento enquanto fenômeno psicológico e político. Inseridos nos fluxos da rua, a (re)produção do cotidiano na rua é determinada pelos fluxos diários à margem da sociedade, a partir de uma prática que, em primeiro momento, poderia ser entendida como uma repetição ou ritmo que também representa impossibilidade de saída: *“Aquele rotina, arruma lá cinco real, vamos comprar cachaça, vamos*

comprar um maço de cigarro e pronto está bom o dia, entendeu? Então não queria, eu não estou querendo dar dor de cabeça pra minha mãe, enquanto eu não fizer um tratamento para mim poder voltar para casa normal.” Ainda assim, a repetição é acompanhada das nuances nas práticas cotidianas, decorrentes da própria relação com a sociedade, de forma que a rotina é permeada por condições que interferem nas suas práticas e possuem reflexo nas sensações e emoções:

Porque nem tudo são igual ao que passou, [...] porque você assim vendo, você vai ver que você sempre vai notar alguma coisa, você está vendo que é a mesma coisa mais não é, é sempre diferente um do outro. [...] é igual às coisas que nós faz, porque eu faço essa mesma rotina, eu saio de lá de segunda a sábado, eu saio de lá já venho direto pra cá, trabalho, aí daqui eu vou na debaixo da ponte, pego ela, aí depois eu subo pra lá de novo. [...] é diferente porque assim às vezes a gente vê alguma pessoa que a gente nunca viu, que a gente pensou que tinha morrido tudo, essa é a coisa diferente.

A interferência no humor, nas sensações, nos aspectos psicológicos que determinam o dia são acentuados porque a rua representa também uma vida dolorida. Exemplificando com a reprodução de termos da fala de um dos sujeitos, as situações que interferem no psicológico são aquelas que “perturbam” e incitam a necessidade de procurar algo para “refrescar a cabeça”, por exemplo, a bebida e as drogas, porque “mesmo que tente sair das alternativas bebidas e/ou drogas, andando pela rua” vai encontrá-las entre outros moradores de rua. Ainda explorando tal vivência sob a ótica de algumas pessoas em situação de rua, há o entendimento de que a pessoa em situação de rua deve saber beber ou utilizar drogas, porque facilitam envolver-se em brigas, ainda que haja situações que reconfortam, como aqueles relacionados ao traço da personalidade de querer fazer amizade e ajudar os outros.

O tempo na rua assume uma fruição e velocidade determinadas pelas atividades que se realizam cotidianamente. Isto implica em uma noção muito particular de tempo, mas expresso na condição de que os anos passam rapidamente na rua, ou estabelecido pela velocidade diariamente que passa na rua. Não parece haver relação direta entre o tempo de rua e a apropriação dos modos de sociabilidade na rua, conforme as categorias propostas “ser da rua, estar na rua e ficar na rua” (VIEIRA, 1992), mas há relação entre esta categorização e os laços de sociabilidade que são construídos e condicionantes paralelos, como o apoio assistencial, a relação com a cidade.

Dos aspectos que definem as condições mínimas de sobrevivência - comida, roupas, higiene, dormida, etc. - parece que há uma grande diferenciação simbólica entre eles, determinada pelo nível de dificuldade, humilhação e necessidade de privacidade para sua realização. Neste sentido, tais interferências são definidas pelo contato que se faz com o outro, mas também pelos significados que as ações trazem consigo.

O dormir, como uma das vivências que exige privacidade e proteção, faz do ato algo que traz uma sensação de falta de sossego, tranquilidade, sensação que se vivencia também nos grandes espaços dos albergues, quando dormem conjuntamente com outros desconhecidos. O dormir, em antítese, demonstra o caráter de impessoalidade e ausência de identificação mútua nas relações estabelecidas no albergue, evidenciando também as condições do convívio com forte despersonalização que se realiza no local. O pernoite na rua possibilita a criação de um grupo para proteção mútua, no ato de dormir.



Imagens 2 a 4: pessoas em situação de rua pela cidade de São Paulo, sendo: 2. Pessoa dormindo em frente ao Pátio do Colégio. 3. Residência na região do Glicério. 4. Abrigo às imediações da Estação da Luz. Acervo dos autores.

Um dos signos da rua é: lá não se morre de fome. Mas o que significa este não morrer de fome? Há uma forte rede determinada pelos serviços de atenção às pessoas em situação de rua e pelos grupos que passam pelas ruas servindo comidas e sopas. Por vezes a comida vem para quem mora na rua, mas em alguns casos não, o que determina também um conhecimento sobre os locais em que as doações acontecem. Quando vêm, por exemplo em peruas, significam gratificação, mas também um ato de receber tal doação por conveniência, o que reflete nos atos:

[...] sobreviver na rua é mais fácil para quem está na rua do que para quem está dentro de casa, na rua você não passa fome, você não fica pelado, fica pelado se você se entregar, se for um parasita, tem muito tipo de trabalho na rua que você faz e você ganha o seu sem ter que pedir [...] de noite você não precisa se preocupar que passa as peruas doando as coisas, então você quer mais o que da vida, fala para mim, que eu acho um incentivo a vagabundagem, [...] Quando não é o litrão se fuma a maldita que a destruição do pessoal de rua está sendo a pedra [...]. Essa é a vida do pessoal de rua não para todos,

não estou generalizando, para uma minoria, principalmente o pessoal mais novo que está entrando na rua é que tem essa carga negativa [...].

A mesma rotina pode ser entendida, de acordo com a forma que é realizada e os elementos que interferem na realização das práticas, como algo que suscita alegria ou sofrimento, fazendo com que as mesmas tarefas realizadas no transcorrer do dia possuam conotação diferente porque existem inúmeros aspectos que interferem no humor de quem realiza as tarefas, por exemplo, uma necessidade mais premente de cuidar do filho. Observa-se a similaridade das ações cotidianas e a rotina pode indicar uma noção de estar à mercê de tudo e por isso é refutada, por representar uma condição de “se entregar à rua”, não sendo, no geral, situação convencional observada:

[...] elas vem aí pega as nossas cobertas, pega as nossas coisas, pega roupa, se tiver documento vai junto também, sabe, depois dá o maior rolo, depois eles não quer devolver, [...] então nessa parte também é sofrido também sabe, porque tem pessoas que quer sair dessa vida às vezes as pessoas falam assim é você está nessa vida porque quer, não é porque você quer, é porque a vida está difícil mesmo para qualquer uma pessoa, para pessoas que tem uma casa, para a pessoa que tem um trabalho, para uma pessoa que tem um carro [...]. Então o dia a dia nosso é isso sabe, correndo para lá correndo para cá, para lá, é fazendo um, às vezes vai atrás de um rango, vai buscar uma água, vai buscar uma lenha, um vai, sabe, fazendo alguma coisa para sobreviver para passar o dia a dia sofrido da gente, entendeu? Então é assim que a gente vai passando.

As necessidades de higiene podem ser conseguidas através do apoio de determinadas instituições ou em outros pontos da cidade, mesmo os logradouros públicos. Para tomar-se banho, pode-se por exemplo, utilizar alguma bica. Para as necessidades fisiológicas os espaços públicos, algum local privado que permita a entrada ou mesmo alguma instituição. Estas

condições são diferentes de acordo com o gênero, que determina outras dificuldades para o banho e higiene, e com o próprio significado que o uso dos espaços públicos traz consigo, apropriados de forma diferenciada de acordo com o gênero como evidenciado nas falas:

[...] banheiro não precisa, banheiro faz em qualquer lugar.

(Banho) [...] tem a bica e também tem as torneiras, tem comunidade.

[...] Ai meu Deus, é horrível! [...]. Toma banho ali numa biquinha, toma banho ali em outra, lava roupa na calçada.

[...] é uma casa de convivência que vem a abrir oito horas da manhã, quem chega oito horas dá tempo de tomar café, nove horas começa o banho, dez e meia, onze horas eles servem o almoço. [...] eu vou lá eu tomo banho e almoço e volto para cá.



Imagens 5 a 8: pessoas em situação de rua pela cidade de São Paulo, sendo: 5. homem fazendo comida na região de Pinheiros embaixo do viaduto que abriga a COOPAMARE. 6 e 7. Pertencem de um morador de rua em Pinheiros - detalhe da mão esquerda, com um corte recente ocasionado por briga na rua e mão direita com uma garrafa de pinga. 8. Bica no Sumaré. Acervo dos autores.

A necessidade de trabalho pode determinar a escolha do local para moradia e, pelo viés do mundo do trabalho pode-se criar as outras relações

e laços de sociabilidade, bem como as relações possíveis com a região. Entendido como uma forma de sobrevivência representa a necessidade de suprir bens que não conseguem ser adquiridos de outra forma:

[...]. Sempre corri atrás do farol, o meu ganha pão foi sempre foi no farol [...] os outros dois é pequeno, já não quis fazer o mesmo que eu fiz com os quatro grandes, eu não quis fazer com os pequenos, já preferi deixar eles quietos, então a minha mãe assumiu de ficar com eles pra mim, eu já transferi eles lá do Brás, da escola, pra Mauá, [...] como a minha mãe ela mora sozinha, ela preferiu cuidar dos meninos é por isso que eu não esquentei a cabeça, pelo menos estão lá sossegados.

O trabalho anterior e as conquistas perdidas com a ida para a rua acentuam a angústia decorrente da dificuldade crescente, com o passar do tempo, de acesso a novos empregos, mesmo informais, expressando-se também como um sonho, cuja conquista permitiria a saída da situação de rua e a conquista de novos objetivos: *[...] porque quando eu tô trabalhando eu só penso só no trabalho, só penso só no trabalho, aí quando eu paro, quando eu vou dormir, aí eu já começo a pensar, já começo a pensar como que eu vou sair da rua. [...] todo dia. [...] Maior obstáculo pra mim é assim o dinheiro [...].* Ainda assim, o trabalho precário também é percebido como um dos vínculos para a passagem à situação de rua:

Entregar jornal ou separar jornal, usava encarte, produção, remessa, né, remessa era a gente montava os jornais lá, jogava no carro. [...] quando eu estava na Folha aí eu já conheci, tinha um pessoal de rua que fazia um bico lá, né, aí já conheci um pouco de rua, aí eu acabei caindo para a rua também, porque o dinheiro que eu ganhava lá só dava para pagar o aluguel ou comer. [...] porque eu já trabalhei, graças a Deus, eu trabalhei de ajudante de servente, sabe, carregando lata de concreto, subindo escada por escada, sabe, para sobreviver e para dar o melhor para eles, só que não deu certo, entendeu, tava ganhando muito pouco e o que eu pegava eu dava tudo para o aluguel e às

vezes não dava nem para comprar arroz, feijão para dentro de casa e ele que não deixa eu mentir, [...]eu falei assim: então vamos para rua, sabe, vamos voltar para rua.

O trabalho precário mostra-se necessário para os ganhos mínimos para a sobrevivência, ainda que sempre temerariamente permitindo a saída da condição de dependência associada aos honorários conseguidos com tal trabalho precário: *O que mais mexe é o problema físico [...]. Falta de grana, [...] mas também não pode deixar assim, também não pode ficar desesperado né, porque aí se a pessoa está com falta de dinheiro, está morando na rua e tudo, ficar desesperado ou ele rouba e vai preso ou senão mata ele ou senão ele fica louco na rua.*

Há diferença entre o ato de receber doação, que é quase passivo, e o ato de pedir. Enquanto pedir implica em táticas - [...] *pra quem não conhece é difícil, mas pra quem conhece é fácil. [...]. Porque já sabe o local [...] -* pode também representar um ato de humilhação:

Você vê o jeito da pessoa assim, não pode já chegar assim assustando a pessoa, você tem que chegar já na educação, aí chegou numa educação, aí não vai se assustar. [...]. Aí vai parar, vai te atender e tudo. [...]. É, pela reação que ela vai ter. [...]. Porque só de olhar na pessoa você já vai saber a reação que ela vai dar, aí você já usa, aí você já muda a palavra pra ela não reagir daquele jeito.

As roupas são conseguidas por meio de doações, tanto individuais como advindas de espaços institucionais ou redes de solidariedade, e, esporadicamente, comprando. Estar com uma roupa limpa significa também um sinal de diferenciação e identificação conforme exemplifica o relato:

Albergue você pega piolho, pega muquirana, eu morei na rua, mas não era aquelas pessoas que, você olhava para mim você não falava que eu morava na rua, você entendeu? Porque eu sempre gostei de tomar banho, eu sempre

gostei de me vestir com roupa limpa, eu sempre gostei de fazer a minha comida, sabe, nunca fui essas pessoas tipo cair em boca de rango [...].

A dificuldade de guarda dos pertences na rua impõe atritos com o poder público é acentuada pela própria perda recorrente dos mesmos, em face de ações vistas como uma recorrente articulação da política pública para a retirada de objetos da rua e a desmobilização dos espaços de vivência, expressa pela figura do “rapa”, vinculada ao aparato de assistência social do poder público, guarda civil e, eventualmente, a própria polícia:

O rapa hoje ele não vem, aquele ali não é rapa, é caminhão assim para pegar lenha e essas coisas, mas o rapa passa aí e vem, tira as coisas, limpa e tudo, aí a gente volta e eles não gosta, mas a gente vai pra onde? Não tem outro lugar para ir. [...] É da prefeitura. [...] Passam limpando e tem a assistente social, que a assistente social não gosta né, vem aí reclama, xinga, mas a gente vai para onde? Não é?

Expressam também a ausência de local adequado junto aos serviços de atenção às pessoas em situação em situação de rua, como evidenciado:

Antes de morar lá, eu morei uns tempo na rua mesmo, eu guardava os meus pertences, umas três, quatro sacolas de roupa eu guardava onde..., naqueles maleiros onde você paga ou por dia ou por mês, [...] porque nas comunidades não tinha lugar [...].

Além da ação articulada do poder público, que expressa reclamação recorrente das pessoas em situação de rua, os sujeitos também problematizam a acentuação do quadro, com a potencial existência de ações policiais, vistas por parte das pessoas em situação de rua como prática com forte caráter de opressão e eventual incriminação, como evidenciado na fala:

[...] também os policiais. [...]. Aumentou, porque eles quer pegar assim, quer pegar pessoa inocente, que não deve nada certo, quer colocar uma droga pra ele segurar. [...] porque quando a pessoa não tem assim, porque hoje os policiais são tudo corruptos, se ele te pegar assim na madrugada, se você não tiver dinheiro eles pode por qualquer coisa em cima de você pra te levar você preso e pra ele ter uma medalha de honra.

2.3 Estar na rua: vivência e percepção

A ideia de liberdade expressa uma das representações sociais que se pensa da rua e possuem apelo em diversos depoimentos. O desejo de liberdade pode ser entendido como uma alternativa aos vínculos sociais que permeavam outros lugares que vivia: *Aí minha mãe vinha me buscar. [...] porque eu ficava muito presa, para andar com as amigas, para conhecer lugar diferente, só vivia presa em casa [...]*. Ainda assim, esta liberdade é sempre temerariamente conquistada.

Para quem está na rua, um dos aspectos determinantes de suas vidas revela-se pela situação de medo e opressão. Estes são expressados por momentos vividos ou discursos transmitidos e repassados nas relações que se estabelece na rua, afeitas aos possíveis perigos de se viver na rua. São inúmeros os exemplos que problematizam o **aspecto da violência na rua** e o **medo da morte**. Introjetados, são determinantes das ações no cotidiano, por vezes vinculados ao papel repressor das instituições. A associação da vivência na rua ao conceito de **sofrimento** é recorrente, estando permeada nos discursos por locuções como horrível, ruim, sofrida, difícil ou qualificações análogas, acompanhado do medo de tal situação, para aqueles inseridos em espaços de albergamento ou de situações de resignação:

O conselho tutelar se ele ver a gente morando com as crianças na rua eles toma. [...]. Faz mandato para o juiz, o juiz manda o papel do fórum e manda recolher.

Tenho dois filhos, que é o João Pedro e o Vinícius, é, sou assim, depois da minha vida sofrida, eu sou uma pessoa assim entendida, isso eu não nego para ninguém, né, tenho uma pessoa que mora comigo já há dois anos, então já sofri muito na rua, já passei assim, agora sim eu tô melhor agora que as dificuldades está bem melhor né, então já usei muita coisa, já usei droga.

A fala explicita situações de adaptação à vida na rua, em busca de maior equilíbrio, associada a encontrar pessoas adequadas, em procura pelos círculos cotidianos, como explicita no discurso que segue: *Era muito ruim, muito horrível. [...] Porque tinha muita gente, muita gente que não prestava e que ficava perto da gente e tudo, nós ia para um canto, ia para outro.*

Sob a mesma ótica, a vida na rua possui vários aspectos positivos, relacionados aos laços de amizade que se constrói e às redes de solidariedade existentes, explicitado por termos como “família de rua”. Outro indicador recorrente é a liberdade possível de ser conquistada - *Aí minha mãe vinha me buscar. [...] porque eu ficava muito presa, para andar com as amigas, para conhecer lugar diferente, só vivia presa em casa.* - e o aprendizado conquistado com a vida na rua:

Conheci a rua, conheci o farol, aí foi aqui que eu me joguei, mas não me arrependo não, mesmo colocando os meus filhos, mesmo ficando na rua, foi uma experiência que pra mim valeu, uma lição de vida. [...]. Porque você na rua [...] vê coisas que você não quer pra você [...] então a partir do momento que você dá essa visão pro seu filho, você tem que ensinar pra ele que ele jamais tem que cair.

O aprendizado assume um caráter de imposição que acentua e, no limite, contrapõe-se a seu caráter inicial de positividade, porque pode ser construído principalmente pelos momentos mais dramáticos e com sofrimento, como evidenciado na fala:

Porque a gente aprende muita coisa na rua, o que é de bom e o que é de ruim [...]. O de ruim você não, não é só porque você está na rua, a Deus dará, que você não está nem aí com nada, qualquer pessoa que for assim alguns alcoolizados vir para querer brigar com você, mas você tem que ignorar, você não pode ligar e ir para cima das pessoas [...].



Imagens 9 a 12: pessoas em situação de rua pela cidade de São Paulo, sendo: 9. Imagem às imediações da Associação Minha Rua Minha Casa - AMRMC. 10. Detalhe de carroça às imediações da AMRMC. 11. Mulher arrumando sua sandália. 12. Uso da carroça às imediações da AMRMC. Acervo dos autores.

Tal aprendizado advém das relações mútuas estabelecidas, de forma as pessoas “desgarradas” são vistas pelos demais como pessoas que se “entregaram” ou são pessoas recentes na rua: [...] *quando você vê alguém jogado na rua sem nenhuma coisa é porque ele não, é recente na rua ou já está se entregando [...].* Ao se estabelecer a partir das “regras de rua”, impõe-se como forma de sobrevivência a obrigatória interação com os outros companheiros que estão na rua, fazendo com que os laços de amizade são criados por elementos de identificação mútua, como a roupa, o fato de estarem limpos ou sujos, a frequência a lugares similares, a troca de informações, por fim, a construção de vínculos. Tais vínculos possuem recorrência espacial, variando de acordo com o ponto em que se vive, bem como vínculos mútuos que permitem uma circularidade entre estes vários pontos de concentração das pessoas em situação de rua, além de determinar a rotina e o cotidiano de circulação nos espaços públicos, coletivos e privados, como expresso nas 2 falas que mostram diferentes traços de sociabilidade entre os presentes, uma representada por situações das pessoas que ficam nas “malocas” e outra por uma família vivendo na rua:

[...] você tem que aprender, decorar tudo o que eles falam para você não dar nenhuma mancada, porque uma mancada é fatal, e eles tem os princípios deles de rua você sabia, eles tem as regras deles, né, e são mais rigorosas do que a dentro de casa, se por exemplo você chega aqui, aqui é uma maloca, né, como se chama por aí é maloca [...] um tem que ir atrás da lenha, outro tem que ir atrás da água, outro tem que ir atrás do feijão, outro tem que ir atrás do arroz, da mistura, tudo bem uma pessoa fica só incumbida de fazer aquilo ali a comida que é muito higiênico [...] comprar um litro de pinga, eles falam vai comprar o litrão, aquele que foi comprar ele chega e ele entrega, ele é o primeiro a beber ninguém pode mexer antes dele, se mexer está ferrado regra de rua, [...] é um tipo de proteção para quem mora na rua, né, porque se você for deixar todo tipo de gente se aproximar ali é um medo, um medo do pior, é

terrível, olha tem dez aqui se dorme seis quatro tem que ficar acordado, ficar acordado para proteger os outros.

[...] porque a gente graças a Deus, muita gente que conhece a gente, elas trazem doação, às vezes a gente mesma, eu vendendo a minha bala,[...] as meninas correndo atrás, é uma vende isso, outra vai fazer, [...] a gente ajunta, a gente compra um frango, compra uma carne, compra um arroz, um feijão, alguma coisa, cada um se vira como pode, entendeu? E não tem essa, ah, a gente já faz aquele monte de comida já para dar para todo mundo, quem quiser comer mais come, quem não quiser, é assim.

O termo *maloqueiro* assume tanto conotação positiva, representando também um forma de autorreferência, como representa um signo de humilhação e estigma, como uma forma que outras pessoas veem todas as pessoas em situação de rua, ao possuírem condições atípicas da base social dominante vidas: [...] *as pessoas pensam que na rua só tem maloqueiro e gente ruim, não, eu encontrei gente boa que cuidaram mim, eu não me lembro das coisas que levou uns dois meses para eu voltar ao normal [...]*.

Trecheiro designa aquela pessoa que já está sem a referência da moradia fixa¹¹ que ora está em um local, ora em outro, de acordo com as condições de sobrevivência que cada local - *“Eu moro lá em Ponte Pequena. Agora eu estou indo para Osasco e amanhã vou para a Bahia. Eu sou é trecheiro”*. Há um caráter de liberdade na noção de ser um trecheiro, mas também de opressão: *Tem umas pessoas, sabe, tem umas pessoas decentes também, que também vivem na rua e tal, mas cada um tem o seu caminho, eu nunca me misturei com ninguém, só com meus filhos mesmo [...]*. Não ficava muito misturada com muita gente.

¹¹ VARANDA, 2003, p. 30: “A mobilidade de trabalhadores entre as cidades, seguindo a disposição sazonal de oportunidades de trabalho, gerou a figura do trabalhador que não fixa residência em lugar nenhum. Carregam pouca bagagem, e na falta de oportunidades nas cidades por onde normalmente circulam acabam por se dirigir aos centros urbanos mais acolhedores, por não oferecerem restrições à sua permanência na cidade ou mesmo pela existência de mais serviços assistenciais”.

Ainda que com alguns aspectos positivos, a situação de rua é entendida, de uma forma geral, como negativa, algo ruim que traz **traumas e angústias às experiências e lembranças sobre a rua**. Estes traumas são diversos e relacionam-se geralmente às situações vividas e à personificação desta situação em pessoas na rua, aquelas boas e / ou ruins. Poucas vezes são relacionados a outras questões também, como as condições climáticas. Os atritos com as pessoas “ruins” acabam definindo as lembranças dos maus momentos que acaba por passar na rua. Esta “pessoa ruim” pode ser alguém da rua, alguém da “sociedade” (o “burguês”, o “filhinho de papai”, dentre outros adjetivos colocados) que humilha ou maltrata, ou mesmo alguma instituição ou representantes do poder público, caracterizado em especial pelo “rapa”. De acordo com quem define a relação, a intensidade e o grau de angústia e trauma é diferenciado, pelo caráter de opressão e coação envolvido na relação. Em face da premente posição de suscetibilidade à violência, as relações encontram-se permeadas de lembranças de agressões e violências, que refletem também no discurso recorrente de uma situação de rebaixamento e humilhação constante, conforme evidenciado nas falas:

Muito difícil [...] tem pessoas que bebe muito, vem dessas boate aí, casas noturnas, salões, [...] dá tiro assim, no chão, né, mas assusta, joga água, já teve um dia que eu dormi lá fora lá, jogaram água lá de cima, aquela água em saquinho, né, jogaram em cima.

A vida na rua ela não é fácil. [...] na rua você passa por humilhação, você passa por coisas boas, mas tem a humilhação do lado também, tem sempre aquele que humilha [...]. A sociedade. [...]. A sociedade ela humilha o pobre, não somente o que está na rua [...]. A humilhação vem de todas as formas, vem que nem você vai trabalhar no carro [...] a mulher abriu a porta e falou: tira esse lixo daí, que o meu carro não é de colocar lixo não [...] então é esse o tipo de humilhação.

Tal posição de rebaixamento e humilhação social caracteriza-se principalmente por um impedimento de fala e rosto nas instituições e na relação com os aparatos de segurança públicos e privados. Por outro lado, são as relações com as instituições que também amenizam as dificuldades da rua, ainda que possa consolidar o “costume” com a rua:

A rua acostuma [...] tem boca de rango, tem comunidade, eles acostumam, não quer sair da rua mais, não quer sair da rua. [...] Como também no meu caso ajudou em termos assim de parar de usar drogas, tem comunidade que ajuda você até um certo ponto, depois ela fala se vira [...] Aí vai passando o tempo aí vê que a pessoa não quer nada com nada.

A continuidade na rua, ainda que acompanhada de momentos de interrupção pela inserção em alguma instituição, assume uma linearidade entre os trajetos na rua e a vida na instituição. Em parte dos depoimentos tal relação é tão forte que ele coloca todos os seus últimos anos como uma vida de rua: a entrada na rua, os anos passados, a vida na ocupação, a vida nos hotéis de bolsa aluguel, a vida nas instituições de assistência: [...] *eu estava com a cabeça ainda virada na rua [...] até hoje ainda frequento comunidade, mas mesmo assim, mesmo frequentando comunidade, né, eu ainda faço alguma coisa de manhã, de manhãzinha, depois que eu saio do serviço aí eu vou [...].*

Ainda é importante pensar nos elementos de construção dos vínculos, como a bebida e pelas drogas, sendo tanto elemento ocasionador da ida para a rua bem como as relações estabelecidas através do álcool são vistas também como um elemento dificultador para o fim do vício:

[...] o dia a dia assim meu, sabe, é muito dolorido, muito pensativo, quando não vai assim, eu e a outra brigando, sabe, aquela coisa assim e aí a cabeça já esquenta, aí você pega e, sabe, você quer andar, sumir, sabe, refrescar a cabeça,

mas você não consegue, aí você vê uma turma assim, sabe, morador de rua, aí você já entra no meio, aí você toma uns goró, já fica loção [...].

[...] eu não morava na região de Pompéia, eu não tinha lugar certo para ficar, eu procurava ficar em lugares que não tinha droga, quando eu usava droga eu ficava ali na Roosevelt, ali sabe, mas ali tem muita amiga minha que passava, me levava para casa tentando me ajudar sabe, aí eu saía ia usar droga de novo [...].

Envolvidos em circuitos secundários de delitos ou por opção, para algumas pessoas a rua representa uma possibilidade de anonimato e proteção: *Eu morava com a minha mãe em São Mateus, na casa dela. [...] eu tomei tiro, foi uma confusão. [...] vim para rua.* A aparente proteção e a situação de anonimato nas ruas possui características perversas, porque é também acompanhada de um constante medo, mesmo minimizado com o transcorrer dos anos, e sempre relacionado à perda deste anonimato conquistado pela situação de rua. O significado do termo “preso de rua”, decorrente especialmente das situações de cometimento de algum delito ou da preocupação com a retaliação de terceiros por algum conflito interpessoal anterior, enfatiza a determinação da rua como um dos caminhos para um possível anonimato, mas também recorre em outras situações, como a impossibilidade de utilização de qualquer direito ou apoio institucional, a acentuação da não inserção na sociedade e a vida nos meandros, com ausência de voz e rosto.

A dificuldade de retirada de documentos revela-se como uma privação de direitos mesmo para aqueles que o anonimato não é um desejo ou imposição para suas vidas. Reproduzindo a vivência de uma das pessoas em situação de rua, a perda e posterior dificuldade de retirada dos documentos, implicado na impossibilidade de fazer um contrato para moradia temporária, em face das exigências protocolares para acesso às políticas públicas de moradia social, evidencia a importância estratégica da justiça

restaurativa para as pessoas em situação de rua, acompanhada de ações básicas como a própria retirada de documentos. Em outro relato de uma pessoa em situação de rua, a dificuldade de acesso aos documentos representou um registro de nascimento provisório, sem o nome da mãe. Seriam inúmeros os relatos de vivência que apontam para a dificuldade de acesso a serviços essenciais, impossibilitando acesso não-desprezível a políticas públicas. No momento atual de pandemia advinda do COVID, tal acesso foi uma das justificativas apontadas para o baixo acesso das pessoas em situação de rua aos programas emergenciais¹².

3 O papel das instituições na construção da vivência da população de rua

Este subcapítulo trata do papel das instituições nas relações de sociabilidade constituídas nas situações de passagem e permanência nas ruas, resgatando como as pessoas em situação de rua vê e problematiza os serviços institucionais oferecidos à população, bem como os canais diversificados que foram sendo construídos como forma de resistência ou busca de saídas para a condição que de estigma no desenvolvimento da temática da população de rua. Dessa forma, o conceito de estigma sugere que há diferenças com relação ao imbricamento com as diretrizes da Política Pública preponderante, ao reconhecimento pela sociedade e poder público, mas principalmente pelos vínculos sociais que permeiam estes espaços.

Os serviços de atenção às pessoas em situação de rua são classificados por uma ambivalência constitutiva da relação interpessoal de dois grupos: os usuários/assistidos (clientes?) e os funcionários/voluntários. O próprio termo que situa a relação (usuário, povo de rua, sofredor de rua,

¹² No momento atual, a dificuldade de acesso aos auxílios emergenciais advindos da Pandemia do COVID-19, como evidenciado na reportagem: <https://www.metropoles.com/brasil/economia-br/pelo-menos-26-mil-moradores-de-rua-nao-receberam-auxilio-de-r-600>, acesso em 15/08/2020.

convivente, sócio) já carrega consigo toda uma semântica que seria um canal de entrada para o entendimento dos serviços oferecidos, sua vinculação religiosa e as condições do atendimento oferecido.

A crítica sobre processos de constituição e apropriação do espaço urbano, em particular locais de vivência cotidiana dos moradores de rua, expressa uma percepção sobre o caráter de angústia e silenciamento que as condições das políticas públicas voltadas a esta população assumem enquanto prática social e impõem, desta forma, aos usuários destes espaços. Entendidas as relações que se dão no âmbito institucional enquanto condições intersubjetivas, deve-se observar que o foco de análise volta-se para os moradores de rua, mas resvala para os próprios funcionários e para os demais agentes desta realidade, também vítimas do processo que aí se constitui no âmbito das relações concretas que se dão no cotidiano destas instituições enquanto prática social referendada. BASAGLIA (1985, p. 9) pontua: “O questionamento do sistema institucional transcende a esfera psiquiátrica e atinge as esferas sociais que o sustentam [...], para depois tornar-se crítica e ação política”. As ações de uma instituição remetem à violência global do sistema social, e o caráter constitutivo enquanto dimensão de expressão do preconceito.

A instituição reúne seus participantes de forma tida como natural e produtiva dentro de aspectos também tidos comuns a eles, também a “[...] instituição conquista parte do tempo e do interesse de seus participantes e lhes dá algo de um mundo; em resumo, toda instituição tem tendências de “fechamento” (GOFFMAN, 2003), que se dá como a barreira (simbólica ou real) à relação social com o mundo externo.

Vale complementar o conceito com a divisão organizacional proposta por SNOW e ANDERSON (1998), para os quais as instituições que acolhem os moradores de rua enquadram-se num misto entre os seguintes conceitos organizacionais: acomodadora, restauradora, exploradora, de

exclusão/expulsão de contenção. Exemplificando, uma resposta acomodadora das instituições é dada no nível de facilitar a sobrevivência dessa população, mas sem fazer grandes esforços por tirá-los da rua. Os autores acrescentam que ambos os lados têm consciência do papel acomodador. Já a resposta restauradora tenta oferecer paliativos à população, não trazendo à tona questões de ordem social e econômica. São os hospitais que apresentam serviços gerais, tapa-buracos e de alta rotatividade. As igrejas, que atraem pelos bons serviços, mesmo vinculado positivamente, ou não, ao culto, de acordo com cada morador de rua. E as clínicas de reabilitação de drogas e álcool, que se concentram na melhoria da saúde física e dependência química, mas não com a reabilitação mesmo desta população. A resposta exploradora decorre da utilização dos moradores de rua como objetos de exploração econômica. Uma resposta de exclusão/expulsão vem através da insuportabilidade dos moradores de rua através de fortes reações da sociedade, em geral sem fundamento racional nenhum. A resposta de contenção típica é aquela dada pela polícia, que dissimuladamente não reconhece, mas faz, através da desconsideração clara dos direitos dos moradores de rua ou mesmo princípios de não diferenciação de tratamento.

Uma das condições da relação entre pessoas expressa-se, talvez, pela existência de conflitos em maior ou menor grau, e em algumas das instituições ele é velado, apesar de latente. Em alguns dos locais visitados, a (não) apropriação pela maioria dos usuários é tão presente, que por vezes ouve-se os sinais de silenciamento das pessoas apenas na ausência dos funcionários, quando se está fora da instituição, ou no processo de seleção de entrada na instituição, pelo ritmo e disciplina imposto, ou nos resíduos do local, onde o conflito encontra-se velado pelas determinações de poder e coerção existente.

Os serviços de atenção às pessoas em situação de rua (tidos como os espaços institucionais formais oferecidos a esta população) indicam uma

das principais interlocuções com o Estado e a Sociedade em geral que se formulou historicamente para a (e pela) população em situação de rua, mas há uma outra multiplicidade de abordagens que expõe a diversidade de articulação dos moradores de rua com a sociedade e que se defronta com a homogeneidade de soluções propostas para eles. A apropriação do espaço é importante porque retira o usuário da posição de objeto, aquele “para” quem se faz algo, e possibilita uma direção em relação a uma posição de sujeito histórico. A repercussão da situação limítrofe dessa população, destituída em vários sentidos de direitos, enseja formas específicas de reapropriação dos espaços urbanos, na luta por condições mais adequadas de sobrevivência e sociabilidade, seja nos ambientes ilegais e informais criados por eles, seja nos ambientes formais e institucionais criados para seu atendimento, mesmo que signifiquem, no limite, a negação destes espaços (WRIGHT, 1992, p. 05).

Exemplos paradigmáticos deste processo são as históricas cooperativas de catadores, que surgem como tentativas de reversão dos problemas sociais enfrentados. Citamos aqui aquelas que marcaram o início deste movimento, sendo que na atualidade há muitas outras. São elas: as cooperativas de catadores de material reciclável dentre elas a COOPAMARE (Cooperativa de Catadores Autônomos de Papel, Papelão, Aparas e Materiais Reaproveitáveis) e a COORPEL (Cooperativa de Reciclagem de Papel, Papelão e Materiais Reaproveitáveis), na cidade de São Paulo. Mas há outros exemplos, como a ASMARE (Associação dos Catadores de Papel, Papelão e Material Reaproveitável) de Belo Horizonte – MG. Tais experiências encontram-se em constante processo de redimensionamento, constituindo trabalhos interligados e efetivando uma forma de trabalho em que participam pessoas oriundas de comunidades carentes, moradores de rua ou pessoas que já chegaram a morar na rua.

Em conjunto com outros movimentos, o Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis assumiu um caráter nacional, estabelecendo redes com encontros nacionais e participação nos mais diversos setores, em processo de conquista de direitos fundamentais já com consolidação jurídica (FONSECA, 2020) e alteração do marco regulatório de saneamento ambiental, com destaque para a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS)¹³.

A interlocução com outros movimentos locais e nacionais, com destaque para a centralidade atual do Movimento Nacional da População de Rua, garantiu a comunicação jurídica para a constituição de legislação federal que aborde a temática das pessoas em situação de rua como um fenômeno contingente das grandes áreas urbanas do país¹⁴.

A questão principal, talvez, seja a existência de uma grande distância entre os discursos e as práticas de ação do poder público, o que parece caracterizar, apesar da diferença programática total nas duas gestões, emblematizado pelos termos o **“governo que expulsa”** e o **“governo que esconde”** a população em situação de rua, há uma certa linearidade das ações junto às populações em situação de rua.

São práticas de opressão e coerção que se conformaram historicamente e encontram ainda vinculações com alguns dos locais visitados

¹³ A atividade profissional foi reconhecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego apenas em 2002, segundo a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO). A PNRS, consubstanciada na Lei Federal nº 12.305/2010, que, junto às diretrizes nacionais para o saneamento básico, incentiva a criação e o desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, estabelecendo as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos e as responsabilidades dos geradores, do poder público e instrumentos econômicos aplicáveis.

¹⁴ Como destacado na introdução, a Política Nacional para a Inclusão Social da População em Situação de Rua foi instituída por meio de Decreto, em 2009, portanto, ainda sem a segurança jurídica advinda de sua transformação em Lei Federal, e com pouco reatamento em legislações e marcos regulatórios estaduais e municipais, em alinhamento ao preceito constitucional de descentralização e articulação da União e os demais entes federativos em políticas setoriais. O município de São Paulo é exceção, possuindo legislação específica desde a década de 90 (Lei Municipal nº 12.316, de 1997). Recentemente, consolidou a Política Municipal para a População em Situação de Rua, com a Lei Municipal nº 17.252, de 26/12/2019, aderindo, por instrumento próprio, à referida Política Nacional para a Inclusão Social da População em Situação de Rua.

atualmente. É importante pensar também que a sugestão de Stoffels ainda encontra rebatimento nos tempos atuais:

A instituição não se limita porém a esclarecer o indivíduo, mas cria um processo de institucionalização do mesmo. Além de torná-lo um ser à parte, que receberá tratamento especial, contribui para institucionalizar a prática de mendicância, ao criar no indivíduo a necessidade de amparo assistencial e dependência do órgão portador de legitimidade e, assim, de uma boa consciência coletiva: aquele que recusa a obra é o mau, o excluído (STOFFELS, 1977, p. 107).

Este aspecto é importante porque a memória que se cria dos albergues, repassada de boca a boca na rua, ainda sofre da atuação destes antigos albergues e de alguns dos atuais. Um dos aspectos fundamentais da vida na rua define-se pelo repasse de informações e crítica: [...] *vou nada, tal albergue é assim, assim, o sistema é esse assim, assim, o cara que já viveu lá dentro, vou nada, eu vou dormir aqui mesmo.* Reproduzindo a vivência de um dos sujeitos sobre o cotidiano nos albergues construídos sob gestão profissional e já adaptados espacialmente, fica claro que parte destas instituições vem constituindo outra visão sobre os espaços institucionais constituídos, com a adequação para a recepção de grupos específicos, como os carrinheiros ou espaços voltados exclusivamente para mulheres e idosos, ainda que frisando a dificuldade de convivência: [...]. *(pode entrar) Com carroça, mas tirando isso, mas o albergue se fosse um albergue só para quem trabalha aí sim, aí seria uma coisa boa, mas tudo junto não vira, não vira.*



Imagens 13 a 15: imediações de espaços institucionais, sendo: 13. Artefatos produzidos pela população de rua na Marcenaria da Irmã Ivete. 14. Ocupação de imóvel urbano às imediações de centro de convivência na Pompéia. 15. Conserto de carroça para acesso a albergue em Campos Elísios. Acervo dos autores.

Entendendo a dificuldade de convivência de diferentes grupos populacionais, determinados serviços procuram objetivar um atendimento mais voltado à especificidade do grupo de usuários, incluindo determinadas atividades socioeducativas e pedagógicas de trabalho social junto ao trabalho de pernoite, atendimento rotineiro de avaliação dos albergados e a constituição de ações setoriais, voltadas para idosos, mulheres ou determinados perfis populacionais.

Tão comum nos espaços públicos apropriados pelas pessoas em situação de rua, a identificação do usuário com os serviços de atenção é alcançada por apropriações pontuais do espaço institucional, por meio de quadros, objetos pessoais, parte dos quais originados dos trabalhos socioeducativos, além de pequena possibilidade de rearranjo do local de dormida, seja com a colocação de algum símbolo ou objeto que traga identificação, seja através da criação de uma rede de amigos ou

companheiros, que passam rotineiramente a dormir próximos, quando possível. Um dos elementos mais significativos relaciona-se à necessidade de identificação do usuário com aquele espaço, garantindo uma reciprocidade aos serviços.

Já na rua, a estratégia de construção de pertencimento é recorrente, sendo fundamental para o resgate da autonomia e dignidade humana, mesmo que em espaços temporários e constantemente contestados, porventura destruídos. Em um dos locais visitados, um casal organizava a “casa” que acabaram de construir debaixo de um viaduto na Pedrosa de Moraes meticulosamente. Para entrar nela, tiravam os sapatos, a lata em que faziam comida mais longe, a carroça escondendo-os dos transeuntes na calçada e, principalmente, da frota de carros que passava pelo local. Então, os objetos assumem um papel muito específico para os moradores de rua, tanto nos albergues como nos espaços públicos: são eles que garantem uma sustentação física e simbólica dos espaços efemeramente construídos.

O ato de desprovemento dos pertences na entrada destes locais ganha um sentido do primeiro silenciamento que se faz com eles, já na entrada do serviço. A justificativa para este deixar ao lado sua mala, seu “galo”, justifica-se pela possibilidade de entrada com alguma arma e a necessidade de assepsia das pessoas. De qualquer forma, o desprovemento dos pertences pessoais à entrada da instituição, a obrigatoriedade de ações conforme às regras (na maioria delas, a obrigatoriedade do banho para comer, do não fumar, etc.), enquanto ações cumulativas de rebaixamento de uma assistência que não é entendida, e predominantemente não consegue ser, como uma troca imposta por uma situação ou contingência, mas como um doar, na posição obrigatória enquanto quem recebe, é carente: um assistir a quem precisa ser ajudado nos termos das condições básicas de sobrevivência - banho, comida, dormida.

A discussão dos serviços de atenção às pessoas em situação de rua mostrou que, frente ao grande número de instituições e complexidade do perfil de moradores de rua, os serviços adequam-se a determinadas perfis de pessoas que vivem na rua ou, dialeticamente, os moradores de rua se adequam, caso a caso, à maioria dos locais visitados para recebimento dos serviços oferecidos pela instituição. Não são todos os moradores de rua que conseguem frequentar as cooperativas e os movimentos de moradia.

A analogia aos espaços institucionais totalizantes (FOUCAULT, 1999) é recorrente e aplicável para quase a totalidade dos espaços atuais de albergamento e centros de convivência constituídos, uma vez que também observamos nestes espaços que a punição perpassa pela dualidade coerção física e psicológica e os espaços são concebidos como forma de controle, em sua morfologia espacial interna, a partir da disciplina com a codificação de localizações funcionais e a posição hierárquica assumida pelos indivíduos dentro destes espaços. Ao mesmo tempo, as condições de constituição de um espaço panóptico são observadas na inserção urbana proposta na modelagem geral da política pública, funcionando também como elemento de limpeza dos espaços urbanos de pessoas tidas como indesejáveis pela maioria populacional, ao passarem a ocupar parte importante de seu tempo dentro destes espaços institucionais e que, em sentido último, também objetiva eclipsar e esconder a percepção de sua existência no ambiente urbano.

As questões em favor de uma política menos assistencialista e voltada para a mobilização para garantia de direitos, gestadas pontualmente em algumas políticas públicas enquanto projetos-piloto demonstram alternativas neste sentido, como o pagamento de salários e contratação de moradores de rua em situação de fármaco-dependência, enquanto política de redução de danos e estratégia de aproximação e saída da situação de rua, no próprio município de São Paulo.

Recentes conquistas do nicho dos catadores de recicláveis, com grande volume de pessoas em situação de rua, demonstram crescente organização para garantia de direitos fundamentais, redundando na inserção de cooperativas e de setor na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal nº 12.305/2010), enquanto o Conselho Nacional da População em Situação de Rua, criado no âmbito da Política Nacional para a Inclusão Social da População em Situação de Rua (Decreto Federal nº 7.053/2009), também aponta potenciais avanços e cuidados para a operacionalização de políticas públicas no setor, preferencialmente intersetoriais, ainda que claramente insuficientes e acompanhados de soluções contraditórias. , com os seguintes destaques gerais:

- i) Trabalho coletivo: a inserção dúbia do papel de catadores de recicláveis no manejo de resíduos, com dificuldades crescentes de inserção e escalonamento das cooperativas, mitigando intermediários e aumentando a renda adquirida pelos cooperados, agravado nos processos recentes de concessão pública com definição pouco explícita do papel das cooperativas de recicláveis e dos catadores no processo, com garantias jurídicas à continuidade do trabalho;
- ii) Moradia temporária ou permanente: a reiterada ausência de alternativas habitacionais para a população, com alguns projetos-piloto voltados a idosos e a existência de soluções de caráter temporário, como o bolsa-aluguel, com número de vagas restrito e insuficiente;
- iii) Albergamento: Os projetos de albergamento com caráter inovador, práticas de excelência e garantia da autonomia dos albergados ainda são tidos como pilotos, sem reflexo direto na rede de albergues.

Um último adendo às políticas setoriais específicas voltadas às pessoas em situação de rua deve ser dado à atual ênfase na vertente de saúde pública. Os serviços de saúde, sob a premissa da acessibilidade universal, inserem a rede existente como passível de amplo acesso às pessoas em

situação de rua, havendo, no caso de São Paulo, algumas unidades básicas de saúde que possuem serviços voltados ao referido público.

Em linhas gerais, o acesso das pessoas em situação de rua aos serviços de saúde se dá apenas nos momentos mais críticos das doenças ou naqueles de trauma. Ainda assim, o tema ganha crescente ênfase porque se soma à diversidade de vivências das pessoas em situação de rua, sob a ótica dos traumas decorrente da violência e preconceito vivenciados, o aumento da farmacodependência, tanto de bebida como de drogas, especialmente o crack, como experiência cotidiana da experiência da vida na rua, obrigando crescente recorte interssetorial, ainda que com ênfase na vertente assistencial e de saúde pública, para a construção das políticas públicas voltadas às pessoas em situação de rua.

A questão da medicalização da situação de rua é uma das vertentes de entendimento recente do fenômeno, especialmente no que tange ao tema da farmacodependência, com a proliferação das “cracolândias” pelas cidades brasileiras, substituindo, por vezes, a dominância do discurso assistencial na constituição das políticas públicas voltadas ao setor. No caso da **farmacodependência**, as políticas públicas instituídas apresentam dificuldade de resposta à especificidade da situação de rua, em face da complexidade e crescimento do fenômeno.

Se a acessibilidade universal aos serviços encontra nos serviços de saúde o único tipo de instituição em que é realmente garantido para as pessoas em situação de rua, caso haja uma patologia explícita a ser curada, a vivência cotidiana desta relação com as pessoas em situação em situação de rua é acompanhada de conflitos, decorrentes da especificidade do atendimento. Depoimento colhido com um profissional de saúde aponta a dificuldade de atendimento do perfil populacional em casos extremos:

[...] estas pessoas acabam indo para um Pronto-Socorro. Porque o Pronto-Socorro faz aquele atendimento de emergência, imediato. Muitas vezes quem leva é a Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros... B. – Quando ele está em um nível de alteração muito grande... V. – Ou porque está caído na rua, ou porque fez uma agitação muito grande. [...] Não é caricatural, é real! Jogam lá dentro e o pessoal do pronto-socorro vai fazer aquele atendimento de emergência. Na hora que libera o paciente, geralmente quando é paciente de rua, encaminham para algum albergue. Aí, eu acho que você tem que fazer uma pesquisa no albergue, saber o que acontece no albergue.

Como a base de implantação da política pública em saúde é territorial, a dificuldade do acompanhamento contínuo se torna ainda mais crítica, porque já é um tratamento com alto nível de desvinculamento dos pacientes, dificultada nos moldes convencionais dos serviços de saúde existentes, obrigando rearranjos institucionais.

4 A rua como opção e a (im)possibilidade de saída

Este subcapítulo trata da transformação da situação transitória em condição de permanência na rua. Ainda que amenizados pelo papel central de redes de apoio, como parte dos espaços institucionais formais e mesmo a inserção em ações vinculadas a movimentos sociais, tais como as ocupações de imóveis ociosos, os cenários recentes que fazem parte do cotidiano das pessoas em situação de rua apontam situações de sofrimento acentuadas com a ampliação da dificuldade de acesso aos espaços institucionais tradicionais e políticas públicas desvinculadas da vivência na rua.

Enquanto lógica geral, trabalho e pobreza, tidos historicamente como modos antinômicos de existência social (TELLES, 2001), assumem novas nuances no atual papel do Estado no processo de financeirização da sociedade, não mais apenas concentrado no papel de institucionalização da “gestão filantrópica da pobreza” (TELLES, 2001), porém como elemento de mediação e coação, sob o paradigma da necropolítica como instrumento

de gestão da pobreza (MBEMBE, 2019) e descartabilidade de massa de pessoas na atual sociedade.

Vale ressaltar que a vivência na rua não é apenas uma vivência. A rua aparece como uma solução circular e permeada por espaços de negação de direitos em diferentes proporções: os albergues, as ocupações, as pensões, a favela, o cortiço, dentre outros, o que torna o fenômeno muito complexo. Adicionalmente, problematizar sobre a rua é também problematizar sobre outros espaços institucionais em que estão presentes outras negações que levaram à vida na rua e à condição de rebaixamento e humilhação social.

A predisposição à vida na rua delimita um vasto grupo populacional em condições muito similares aos sujeitos desta pesquisa, afeitas a possíveis posições de dependência e fragilidade: condições precárias de moradia, forte vínculo com o perfil informal do mundo do trabalho, baixas condições econômicas da família, ausência ou presença precária de vínculos familiares, perfil de escolaridade, forte vinculação histórica com uma posição de rebaixamento e humilhação social, posição de preconceito inerente em que é visto pela sociedade, e, transversal a tais vivências, a vinculação com instituições diversas, com destaque para aquelas de proteção social.

Em alguns dos casos, os laços sociais são frágeis por toda a vida, mas há um momento muito específico que representa o ingresso para a vida na rua, em que a relação de dependência já pré existente não é suficiente ou falha, refletindo o papel precário do Estado e sua correlação com a posição de manutenção da desigualdade social, mas, diretamente, com a entrada destas pessoas na rua. São posições de dependência construídas historicamente, mas que, em algum momento mais crítico de histórias pessoais, caracterizam-se por uma ausência de apoio institucional. É o que se observa, por exemplo, em situações tais como: o incêndio em favela levou à rua porque não tinha dinheiro para reconstruir outro “barraco”; a

perda de emprego fornecido pelo Estado para adolescente que vive em “abrigo público” e não pode ficar mais no local após os 18 anos de idade; a perda de emprego formal após 25 anos de trabalho; a ausência de apoio psicológico em momento de crise familiar com a morte da mãe; a impossibilidade de ganhos com o comércio informal.

São exemplos que podem permear, e geralmente permeiam, a vida de inúmeros, mas, para estes, não por fragilidade pessoal, mas por condições bem objetivas, construídas historicamente. O preconceito contra determinados grupos caracteriza uma posição de “marginal”, ao lado ou à margem, que vinculado a um ponto traumático da vida e a ausência de auxílio na vida, leva a uma maior desestruturação e traz a rua como opção.

Frequentemente, trabalham em farol, também realizado por pessoas na rua, começa a ser a única opção de trabalho antes de irem para a rua. Outros exemplos são os “bicos” e os trabalhos informais realizados em situações precárias e de exploração: o encarte de jornal na madrugada, o desencaixotamento pela madrugada de mantimentos para algumas empresas.

Estando em tal condição, a possibilidade de saída de rua aparece como alternativa recorrentemente almejada, quase uma etapa mínima e necessária para a conquista de novos objetivos na vida. Ainda assim, a rua tende-se a fixar como um estado imutável na relação de dependência com o Estado e determina o recorte assistencial ou pelo viés de tratamento de saúde de farmacodependentes, enquanto as demais dimensões intersetoriais de acesso aos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua, tais como o acesso à moradia, trabalho e educação, tornam-se subsidiárias e secundárias na relação dominante e constituinte das políticas públicas atuais, como explorado na seção anterior.

A presença recorrente do tema da moradia e do trabalho advém da sua percepção como um passo central para a conquista de outros

elementos: os filhos, uma dignidade sempre temerariamente alcançada, a minimização da atual situação de preconceito, restabelecimento dos laços familiares, por fim, quase uma espécie de harmonia consigo mesmo. As faltas determinam as necessidades e não se relacionam à alimentação, etc, mas a aspectos determinantes de suas condições humanas. Pode ser determinante o fim do alcoolismo e da dependência a drogas.

Para os entrevistados cujas falas deram suporte ao presente capítulo, a diferença está na qualidade do conquistado. Volta-se aos discursos. A perspectiva para o futuro aponta para um passo atual, o sonho para algo mais. As pessoas em situação de rua, ao possuírem um histórico de fragilização dos vínculos sociais, tal posição se associa a forte correlação com as condições de moradia e trabalho enquanto mediação de condições específicas da vivência pessoal: não é a moradia e o trabalho em si, mas as representações que assumem enquanto uma esfera intersubjetiva – de relação com o “outro”, o que implica também na correlação com os vínculos sociais existentes.

Estando na rua, a vida é permeada pelo início ou aumento dos laços de sociabilidade com outras pessoas ou grupos que com estas pessoas relacionam-se, num caráter ora de opressão, ora de auxílio, criando uma rede muito particular e com posição claramente definida dentro da sociedade. O relato é recorrente: a entrada na rua é fácil, mas a saída requer muita força de vontade.

A rua apresenta também um certo caráter de liberdade, mas sempre acompanhado de situações de opressão e coerção para todos, que fazem da experiência na rua uma negação representada pelas recorrentes tentativas de saída da rua. Isto implica em um caráter de necessária adaptação às condições possíveis de sobrevivência: por exemplo, a bebida é apoio para enfrentar situações de rebaixamento e humilhação, ou nos momentos mais frios, mas também a construção de laços de sociabilidade. A

adaptação implica em escolhas e, neste sentido, pode ser entendida a ideia de resistência e persistência.

Os laços produzidos na rua podem trazer perspectivas diversas para a vida. Há redes que se cruzam, algumas das quais possibilitam maior maleabilidade de escolha, quando encontrada, para a saída da rua. Por exemplo, os contatos, quase casuais, podem representar a possibilidade de conquista de moradia temporária, seja pela entrada em algum imóvel ocioso. O mesmo sentido assume a escolha possível das redes de cooperativas, que possuem outra conotação política a qualquer trabalho individual realizado na rua. O caráter de coletivo, de solidário, de predisposição a assumirem um caráter mais ativo enquanto atores sociais, caracteriza determinadas redes existentes na rua.

Ainda assim, são condições muito específicas que levam à busca de alternativas, além do próprio contato necessário, motivos que parecem caracterizar um elemento de força maior para a saída da rua, quase uma possibilidade de reconciliação consigo mesmo passível de ser conquistada através do objetivo saída da rua: uma outra pessoa, como a presença dos filhos na rua, ou um companheiro, amigos ou, mesmo sozinho, algum aspecto subjetivo que garanta a estruturação, dentre outros aspectos levantados. Neste sentido, a saída da rua é importante enquanto meio de realização de sonhos ou desejos, por isto também, em oposição, possui a rua um forte caráter negativo. O que se consegue na rua, quando se fala de sonhos? Implica também que, mesmo na rua, há “pontos fixos” (desejos, sonhos, perspectivas para o futuro?), uma predisposição que alimenta os motivos de saída. “Ponto fixo” é o termo usado para definir tudo aquilo que leva as pessoas a superar condições difíceis, conforme ALVAREZ (2003). Pode também ser a frequência a uma comunidade (casa de

convivência), principalmente aquelas que possuem um caráter mais emancipatório¹⁵, como foi aqui discutido.

Se rotineiramente procura-se alternativas para a saída da rua, ela pode ser realizada através do contato institucional, rotineiro ou esporádico. Em havendo este contato, há espaços que são passíveis de uso e outros que são negados. Geralmente, entre os espaços negados, estão os albergues, dadas as condições específicas de dificuldade de apropriação destes serviços. As casas de convivência remetem a vivências relacionadas a ações assistencialistas, mas também relacionadas a aspectos entendidos como positivos. Geralmente estes aspectos positivos são entendidos como relações interpessoais mais intensas com caráter socioeducativo e terapêutico. Não são as condições de realização e a qualidade da alimentação, etc., mas a intensidade do convívio realizado.

Atualmente, com o aumento pontual da qualidade dos serviços de parte das instituições de atenção às pessoas em situação de rua, fica claro que os princípios de proteção social, transversais às políticas setoriais e pautados na promoção da dignidade humana, alcançam maior eficácia e efetividade, ainda que a completa remodelação destes serviços de atenção pareça alternativa distante e o recorte mais tradicional de atendimento represente a proposta dominante da política pública.

Adicionalmente, articulações menos evidentes como a expulsão das pessoas em situação de rua dos espaços públicos, enquanto resposta de encobrimento e expulsão, descrita em inúmeros diálogos, torna-se explícita, nos grandes eixos de “requalificação” urbana promovidos pelo poder público em associação ao capital privado. As questões espaciais evidenciam que há regiões mais propensas a ações de expulsão das pessoas em

¹⁵ Mas o caráter emancipatório em poucos casos é uma prática da instituição – ou seja, uma prática de gestão do serviço, mas uma ação individual de “ativistas” que trabalham no local.

situação de rua, evidenciando também condições históricas de concentração de preconceito espacialmente definidos, além das características econômicas (uso do solo, forma e intensidade de ocupação, vacância, etc.) de produção do espaço.

Enquanto lógica dominante, a vivência da situação de rua possui um caráter de sobrevivência, ainda que acompanhada de momentos de recuperação da situação de rebaixamento e conquistas pontuais de autonomia. Fica claro que os espaços e as diferentes formas da sua apropriação apontam para condições de opressão e liberdade diversas. Se a descrição de alguns espaços assume a condição de opressão, conflito, angústia e silenciamento, como na maioria dos discursos sobre os albergues e centros de convivência, a vivência cotidiana também aponta a possibilidade de união, boas lembranças, convívio, contato e reciprocidade, mesmo nestes espaços.

O albergue e as casas de convivência estabelecem rotinas de criação de dependência que podem ser perversos, ao incentivar uma posição de passividade dos usuários e incentivar o desenraizamento destas pessoas, com o deslocamento para posições de maior dependência institucional e fragilidade. Se não suprem as necessidades das pessoas em situação de rua e por vezes acabam por incentivar a posição de dependência, como exemplificado em depoimentos que afirmam “ajuda até um certo ponto”. Ademais, são construídos com mecanismos institucionais que retroalimentam o processo de permanência na rua, como o tempo máximo de permanência e processos internos de gestão operacional com remanejamento de pessoas para outras instituições. Sob a ótica de parte das pessoas em situação de rua, criam-se os fluxos e laços de dependência acompanhados de iniciativas de expulsão e reencaminhamento, sendo exemplos as ações de remanejamento de um albergue para o outro, de inclusão no mundo do trabalho por contratações temporárias (frentes de trabalho

temporárias), dentre outras, dificultando a conquista de solução definitiva de saída da rua, quando a pessoa assim o deseja.

Ao mesmo tempo, é o vínculo das pessoas ao serviço de atenção que é apontado como condição necessária para a continuidade do trabalho e a frequência à instituição, ainda que não signifique posterior saída da rua, para aqueles que não veem tal possibilidade como alternativa. Efetivado tal vínculo, o contato com as instituições parece garantir processo efetivo de apoio e potencial de conquista de novas soluções que, no limite, poderiam significar a saída da rua, ainda que, na maioria das situações observadas, consubstancie-se em fluxo cambiante pelas instituições, de auxílio a auxílio, reforçando a dependência institucional.

A questão do contato é levantada como um desejo rotineiro, o que implica numa condição de solidão para muitas pessoas que vivem na rua. Ele pode vir por pessoas comuns da sociedade, mas geralmente ocorre pelo viés institucional. O contato, mesmo quando não é opressivo, por vezes é acompanhado de uma situação de rebaixamento pelas pessoas, devido à especificidade da condição psicossocial em que se encontram no momento do contato. Questões similares perpassam a possibilidade de ajuda. Ela é vista como uma das principais características para a saída da rua, mas geralmente não é suficiente e é baseada em auxílios momentâneos, por exemplo, através de doações. Muitas vezes a ajuda também representa um rebaixamento e humilhação.

O apoio à dignidade humana e o caráter terapêutico do serviço, levantado pelas pessoas que vivenciaram estes serviços como eixo estruturante de inúmeras casas de convivência, são relacionados às questões indiretas que permeiam os atos de limpar-se, de receber o outro, de conseguir olhar-se no espelho, dentre outras ações básicas. O trabalho social é central, mas possui dificuldade de ultrapassar tais atividades e ações iniciais, apontando para ação mais estruturante e interssetorial. São

poucos os exemplos de trabalhos socioeducativos como elemento dominante da prática institucional, ainda que sejam observados em algumas casas de convivência e albergues, quando há espaço para a realização de tais atividades, e a articulação interssetorial é sempre tangencial, especialmente com o acesso à moradia e trabalho.

A saída da condição de pessoa em situação de rua, mesmo que temporariamente, apresenta fragilidades. É comum observar práticas cotidianas de continuidade do vínculo institucional com as instituições de atenção às pessoas em situação de rua, em face da fragilidade da condição de autonomia conquistada com a saída da rua e da continuidade da dependência destes serviços.

Conforme já discutido, a presença de um sofrimento latente é um dos determinantes da vida na rua, sendo percebido em múltiplas falas e discursos. Amenizar tal sofrimento latente representa o principal desafio dos serviços de atenção às pessoas em situação de rua, bem como a construção de soluções emancipatórias, mitigando soluções que acentuem a dependência institucional (PAUGAM, 2020).

O conceito de ação e política explicitado por ARENDT (2001), a condição de alteridade (reconhecimento do outro enquanto sujeito político) que delimita dialeticamente a possibilidade de pluralidade a partir das singularidades, perpassa o entendimento da apropriação dos espaços institucionais discutidos, no entendimento da impossibilidade da igualdade política, portanto o impedimento da ação, da palavra e mesmo do rosto, existente no próprio caráter constitutivo dos serviços de atenção às pessoas em situação de rua. Apresentam-se como determinações que produzem e reproduzem a situação de dependência advinda da situação de rua, encobrando as bases das relações e o conflito constitutivo - e constituinte - que define a ação, enquanto sujeitos políticos, destas pessoas. Por extensão, o caráter de humilhação social como um sofrimento político

instala-se, na apropriação destes espaços, por meio da acentuação da condição de angústia já constituinte da posição de humilhado que assumem pela inserção social enquanto pessoas em situação de rua.

As pessoas em situação de rua, com culturas diversas e vivências particulares da rua, são reproduzidas, na produção acadêmica, como mendigos, indigentes, moradores de rua, homeless, população de rua, pessoas em situação de rua, por fim, um objeto privilegiado de produção conceitual, mas congelado nesta perspectiva, que não permite a transgressão do próprio objeto além da perspectiva construída dentro desta relação. Numa abordagem geral, a produção das políticas públicas alimenta o processo da situação de rua, reinventando soluções que tendem a neutralizar a possibilidade de emancipação destes sujeitos.

A rua, como construção do conceito, põe um véu sobre o desvio constitutivo dos motivos de ida e permanência na rua e minimiza potenciais soluções de caráter emancipatório. Conseqüentemente, as alternativas de políticas públicas devem ter diretriz pautada na (re)conquista da autonomia das pessoas em situação de rua e aprofundar abordagem interdisciplinar (LIMBERGER e SZINVESLSKI, 2020) que permita articular “(...) a reforma urbana, a democratização dos espaços públicos, a necessidade de aumento de abrangência das instituições de caráter de urgência (não definitivo) e do trabalho articulado entre os serviços, bem como a reformulação daqueles que possuem baixa aderência, como o albergue” (MENDES, RONZANI e PAIVA, 2019, p. 54). Tal recorte engloba políticas setoriais, com destaque para a constituição de renda mínima cidadã, o acesso à moradia, a capacitação adequada e o acesso à saúde, com focalização em políticas de redução de dados para as pessoas em situação de rua com farmacodependência, associada a práticas organizativas horizontais de amplificação da participação em movimentos sociais

(FONSECA, 2020) e ampla ação de justiça restaurativa para a reestruturação de vínculos e garantia de direitos básicos.

A fragilidade da posição relacional de dependência encontra condições mais propícias de superação nas ocupações e na luta pela moradia dos movimentos sociais, porque apontam para uma apropriação de um sentido mais amplo de independência e autonomia, mesmo enquanto luta possível inerente à (tentativa de) conquista da moradia. Inseridos nos movimentos sociais, a existência de perspectivas mais concretas para o futuro, enquanto oposição à vivência do momento presente, implica numa posição de expectativa e ansiedade, mas, realizando-se alteração da posição em situação de rua, mesmo temporariamente com a ocupação de imóveis ociosos, garante-se patamar inicial para a realização de outras conquistas.

Para parte das pessoas em situação em situação de rua, esta vivência é percebida como um processo traumático, com situações de angústia e silenciamento, mas também é entendida como a construção de condições de sociabilidade que a vida fora da rua também não permitia. É uma constante ação de (re)construção de si mesmos na interação com os possíveis espaços de vivência. Possibilidades imanentes de novos caminhos permeiam os discursos sobre os diversos locais vivenciados, desde a rua até a vida nas ocupações de imóveis ociosos, passando pelo tema dos serviços de atenção às pessoas em situação de rua, dos projetos de aluguel social e bolsa aluguel.

A articulação e inserção em movimentos sociais, que realizam uma inserção cada vez maior junto a este segmento, garante a ampliação da autonomia e a busca de outras soluções que a posição fixada enquanto pessoa em situação de rua obstruía, permitindo alternativas no âmbito do trabalho ou moradia.

Quando inseridos nos circuitos dos movimentos sociais de moradia, apoiam a constituição de grupos de origem para as novas ocupações dos

edifícios e terrenos ociosos e abandonados no ambiente urbano e rural, revertendo o conceito de provisório das ocupações urbanas, em face das restrições da política habitacional, e tornando o uso dos imóveis ociosos central verdadeira saída para a vivência na rua.

A possibilidade de diálogo, de falar, de mostrar-se ao outro, foi um dos elementos mais recorrentes, retidos na vivência com as atividades do movimento de moradia e aponta para uma condição necessária afeita ao convívio, mas também à possibilidade efetiva de participação. Eram importantes as reuniões não apenas porque podia-se ouvir e falar, mas também porque suscitavam ações possíveis, mostravam um delineamento coletivo e individual de possíveis soluções, para ações cotidianas e vinculadas ao próprio histórico do movimento de moradia, ao mostrar que havia possibilidades de realização das questões discutidas.

A possibilidade de igualdade enquanto sujeito político, que os movimentos sociais, tais como os de catadores de recicláveis e os de moradia propõem enquanto premissa, é reconhecida como um “aumento de força”, uma “união”, uma “mudança” de patamar, conseguindo, por vezes, o redimensionamento das políticas públicas e a própria comunicação jurídica e política (FONSECA, 2020) necessária à superação do status de rebaixamento advindo da posição em situação de rua.

A autonomia desenvolve-se quando permeada por um coletivo que define os limites e avanços de cada indivíduo e em condições que a decisão não é unilateral, mesmo com as relações de poder inerentes a todos os contatos. Neste sentido, a ideia de coletivo parece fundamental, porque suscita equivalências e reciprocidades entre as pessoas, além de um reconhecimento e possível sensação de pertencimento. Os avanços nesta direção são realizados de forma mais qualificada nas alternativas de gestão, nos serviços de atenção, mas principalmente nas articulações dos movimentos sociais.

Os encaminhamentos de soluções, no caso dos serviços de atenção, são geralmente caracterizados por ações voltadas a indivíduos daquele coletivo, o que suscita múltiplas leituras, entre as quais o incentivo à desarticulação, ao individualismo das ações que cada pessoa tende a realizar, bem como a continuidade na posição de dependência institucional e rebaixamento. Em última instância, remete à dificuldade de ampliação dos vínculos sociais existentes. Isto implica em um papel político muito preciso para o Estado e suas redes de assistência, nas alternativas precárias de solução dos problemas geralmente pelo recorte do individual, do pessoal. Os relatos mostraram momentos de forte vinculação com serviços de atenção às pessoas em situação de rua ou outras instituições, especialmente a rede de proteção social nas esferas da saúde, educação, assistência social, com destaque para as políticas voltadas para crianças e adolescentes, bem como as políticas voltadas para a preservação de direitos difusos e justiça restaurativa. Estes elementos estão presentes no próprio histórico relatado e acontecem atualmente com alguns de seus filhos, cuja guarda, por diferentes motivos, foi retirada o que delimita uma continuidade e expansão das mesmas condições de fragilidade e dependência, de geração a geração. Compõe muito bem com a discussão a posição de legitimação da desvantagem nas ações institucionais, como uma crise de representatividade dos veículos tradicionais que representam tais perfis populacionais (BHABHA, 2002, pág. 260) De outro lado, as redes que se contrapõem a esta posição de rebaixamento e “legitimação da desvantagem” são redes que remetem ao coletivo, à participação plena e à ideia de sujeito político ativo.

Há uma forte relação com as redes produzidas no cotidiano destas pessoas e pontos de identificação mútua: o trabalho no farol ou com rodinho, os problemas com a justiça, a escolha de permitir a entrada de famílias ou mulheres com filhos. São elementos que compõem o coletivo dos grupos, refletindo nos laços de sociabilidade. Ainda assim, estes

elementos são acompanhados, agora no coletivo do grupo, dos aspectos de preconceito já existentes contra estas pessoas individualmente na rua, ampliados para o próprio coletivo. Nessa posição, permitem a criação de uma história coletiva de soluções para os problemas que permeavam a todos os presentes, estabelecendo um “mundo” possível e comum para suas vivências futuras.

Qualquer que seja o percurso da pessoa em situação de rua, esta condição tende a ser vista como uma **passagem**, um momento, mas a vivência cotidiana evidencia **permanências** até a atualidade: nos seus sonhos, desejos e na dificuldade de conquista de alternativa, mesmo com o desejo de saída da rua.

As dificuldades advindas da Pandemia do COVID-19 trouxeram agravamento da vivência da rua. O número de pessoas em situação de rua parece crescer no cenário específico e a alteração dos fluxos usuais de sobrevivência mostra que a vivência de condições de sofrimento na rua se exarcebaram. Lojas e pontos de comércio fechados, a maior dificuldade de acesso à comida, enquanto pontos de dormida e higiene representam novos desafios, já difíceis no cenário normal. Associado à dificuldade de constituição de políticas públicas, mesmo os dados do número de mortes advindas do COVID-19 nas pessoas em situação de rua em São Paulo não são precisas, com a indicação pelas redes de ativistas de pelo menos 32 mortos. Ao mesmo tempo, pelo menos 26 mil moradores de rua não conseguiram acessar o auxílio emergencial (LORRAN, 2020), por dificuldades cadastrais.

Recente estudo realizado por Coletivo de Comunidades de atenção à população de rua (2020), voltado ao estudo do aprofundamento das restrições que as pessoas em situação de rua vêm enfrentando com a Pandemia do COVID-19, realizado em 9 estados da federação, apontam situações diversas de agravamento das condições de vida. O estudo aponta

piora no acesso a banheiros públicos, espaços para lavagem de mãos e roupas, ainda que continuem existentes em número insuficientes, bem como não identificaram a ampliação de aluguel social ou alternativa de habitação, bem como alterações pouco significativas nos abrigos e albergues, dificuldade de acesso à alimentação, com grande incidência de equipamentos fechados ou não-ativos. Apontam também redução das redes assistenciais, mas a ampliação de operações policiais, com aumento da denúncia de violência policial, despejos e expulsões de espaços públicos com retirada de pertences e violência.

Referências

- ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ALVAREZ, Aparecida Magali. **Resiliência e Encontro Transformador em Moradores de Rua na Cidade de São Paulo**. 2003. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- BHABHA, Homi. Frontlines / borderposts. In: BAMMER, Angelika (org.). **Displacements – Cultural Identities in Question**. Bloomington and Indianápolis: Indiana University Press, 2002: 260.
- BASAGLIA, Franco (org.). **A instituição negada: relato de um hospital psiquiátrico**. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- COLETIVO DE COMUNIDADES DE ATENÇÃO À POPULAÇÃO DE RUA. **COVID - 19 Sistematização população de rua**. S.L., mimeo, report 05/2020.
- FESPSP, SMADS. **Censo da população em situação de rua na municipalidade de São Paulo (2011). Principais Resultados**. São Paulo: SMADS (Secretaria de Assistência e Desenvolvimento social da Prefeitura de São Paulo) – Assessoria de imprensa, 2011.

FIPE, SMADS. **Maioria da população de rua nasceu em São Paulo e trabalha**. São Paulo, SMADS (Secretaria de Assistência e Desenvolvimento social da Prefeitura de São Paulo) – Assessoria de imprensa, agosto 2000.

_____. **Censo da População em situação de rua da cidade de São Paulo**. São Paulo: SMADS – Assessoria de Imprensa, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Of Other Spaces**. In: DIACRITICS 16, s. l., Spring, 1986, p.22-27.

_____. **Vigiar e Punir**. (trad. Raquel Ramalhete). Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GONÇALVES FILHO, José Moura. **Passagem a Vila Joanisa**. 1995. Dissertação (mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

_____. **Humilhação social – um problema político em psicologia**. In: PSICOLOGIA USP (9). São Paulo, Psicologia-USP, 1998, V.9: n.2 (versão eletrônica SIBI-USP).

HAROOTUNIAN, Harry. **History's Disquiet. Modernity, Cultural Practice, and the Question of Everyday Life**. New York: Columbia University Press, 2000.

HOOKS, Bell. **Yearning. Race, gender and cultural politics**. Boston, Na.: South West Press, 1990.

LAPLANCHE, J. **Vida e morte em psicanálise**. Porto alegre: Artes Médicas, 1985.

_____. **Problemáticas I – a angústia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEFEBVRE, Henri. **La production de l'espace**. Paris: Anthropos, 1974.

_____. **Critique of everyday life**. Londres, Nova Iorque: Verso, 2008.

LORRAN, Tácio. Moradores em situação de rua têm auxílio de R\$ 600 negado. **Jornal Metrópoles**. Edição eletrônica, 02/08/2020, seção Economia. Acesso: <https://www.metrosoles.com/brasil/economia-br/pelo-menos-26-mil-moradores-de-rua-nao-receberam-auxilio-de-r-600>, acesso em 15/08/2020.

MBEMBE, Achile. **Necropolítica**. São Paulo: Editora N-1, 2019.

MENDES, Kíssila Teixeira, RONZANI, Telmo Mota, PAIVA, Fernando Santana de. **Se essa rua falasse: Uma análise sobre estigma, pobreza e uso de drogas nas trajetórias dos sujeitos em situação de rua**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2019.

NATALINO, Marco. Estimativa da população em situação de rua no Brasil (setembro de 2012 a março de 2020). IPEA – Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada. **Nota técnica número 73**. Brasília, IPEA, junho/2020.

NASSER, Ana Cristina. **Sair para o mundo – trabalho, família e lazer: relação e representação na vida dos excluídos**. 1996. Tese (Doutorado em sociologia) – FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

PAUGAM, Serge. O enfraquecimento e a ruptura dos vínculos sociais. In: SAWAIA, Bader (org.). **As Artimanhas da exclusão – análise psicossocial e ética da desigualdade social**. Petrópolis, Vozes, 1999.

GIMENES, Henrique. Morador de rua incendiado em SP morre no hospital. **Jornal PLENONEWS**. São Paulo, edição eletrônica, 06/01/2020, seção Brasil Cidades. Disponível em: <https://pleno.news/brasil/cidades/morador-de-rua-incendiado-em-sp-morre-no-hospital.html>, acesso em 06/02/2020.

QUALITEST INTELIGÊNCIA E PESQUISA, SMADS. **Pesquisa censitária da população em situação de rua, caracterização socioeconômica da população adulta e relatório temático de identificação das necessidades desta população na cidade de São**

Paulo 2019. São Paulo: SMADS (Secretaria de Assistência e Desenvolvimento social da Prefeitura de São Paulo) – Assessoria de imprensa, 2019.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça – a política social na ordem brasileira.** Rio de Janeiro: Campus, 1987.

SANTOS, André Luiz Teixeira dos. **Passagem e permanência nas ruas da cidade de São Paulo: vivência dos moradores da Fábrica da Pompéia e os espaços institucionais.** 2004. Dissertação (mestrado em Estruturas ambientais urbanas) - FAUUSP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SANTOS, André Luiz Teixeira dos. **A prática dos movimentos de moradia na produção do espaço da cidade de São Paulo: os limites da participação e a (im)possibilidade de emancipação.** 2010. Tese (Doutorado - Área de Concentração Habitat) - FAUUSP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SANTOS, Maria Cecília Loschiavo dos. **Aspectos do Design no Habitat Informal das Grandes Cidades. O reuso dos materiais e dos produtos na cultura material da população de rua.** Los Angeles, UCLA, School of Public Policy and Social Research (Relatório Científico interno apresentado à FAPESP), Agosto, 1996.

_____. Vivendo Das Sobras: A Cultura Do Desemprego e o Catador de Papel. In: MUNOZ, J. V. **O Catador De Papel E O Mundo Do Trabalho.** Rio De Janeiro: Nova, 2000.

_____. Castoff/Outcast. Living on the street. In: Correl, T. and Polk, P. (eds). **The cast-off recast. Recycling and the creative transformation of mass produced objects.** Los Angeles: UCLA Fowler Museum of Cultural History, 1999.

_____. **Cidades De Plástico e De Papelão. O Habitat Informal Dos Moradores De Rua Em São Paulo, Los Angeles e Tóquio.** 2003. Tese (Livre Docência apresentada à FAUUSP) – FAUUST, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

_____. (org.). **Design, Resíduo & Dignidade.** São Paulo: Editora Olhares, 2014.
Disponível em: <http://www.usp.br/residuos/>

SCHOR, Sílvia Maria, ARTES, Rinaldo. Primeiro censo dos moradores de rua da cidade de São Paulo: procedimento metodológico e resultados. **ECONOMIA APLICADA**. São Paulo, v.5, N.4, 2001.

TELLES, Vera da Silva. *Pobreza e Cidadania*. São Paulo: Editora 34, 2001.

SNOW, David A. & ANDERSON, Leon. **Desafortunados: um estudo sobre o povo de rua**. Petrópolis: Vozes, 1998.

STOFFELS, Marie-Guislaine. **Os mendigos na cidade de São Paulo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

TELLES, Vera da Silva. **Pobreza e Cidadania**. São Paulo: Editora 34, 2001.

VARANDA, Walter. **Do direito a vida à vida como direito: Sobrevivência, intervenções e saúde de adultos destituídos de trabalho e moradia nas ruas da cidade de São Paulo**. 2003. Dissertação (mestrado em Saúde Pública) - FSPUSP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

VIEIRA, Antonieta, ROSA, Cleisa, e BEZERRA, Eneida. **População de rua: quem é, como vive, como é vista**. São Paulo: Hucitec, 1992.

VANEIGEN, Raoul. **A arte de viver para as novas gerações**. São Paulo, Conrad, 2002.

WRIGHT, Talmadge. **Out of place: Homeless mobilizations, Subcities, and Contested Landscapes**. New York: State University of New York Press, 1992.

Parte VI

Educação superior, processos regulatórios e formação jurídica

Os processos regulatórios da educação superior: uma análise à luz da qualidade, diversidade e identidade institucionais

Ana Carolina Fernandes Mascarenhas

1 Introdução

No contexto de debates sobre a melhoria da qualidade acadêmica e gestão institucional, o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), instituído por força da Lei n. 10.861, em 2004, surgiu com a finalidade de promover:

[...] a melhoria da qualidade da educação superior, a orientação da expansão da sua oferta, o aumento permanente da sua eficácia institucional e efetividade acadêmica e social e, especialmente, a promoção do aprofundamento dos compromissos e responsabilidades sociais das instituições de educação superior, por meio da valorização de sua missão pública, da promoção dos valores democráticos, do respeito à diferença e à diversidade, da afirmação da autonomia e da identidade institucional (art.1º, §1º da Lei 10861/2004) [...].

Ou seja, diversos instrumentos foram criados (indicadores e conceitos) para formar um sistema complexo de avaliação para aferição da qualidade das Instituições de Educação Superior (IES), dos cursos e dos estudantes. Enquanto indicadores, a Lei do SINAES criou o CPC (Conceito Preliminar de Curso), IGC (Índice Geral de Cursos) e ENADE (Exame Nacional de desempenho de estudantes); enquanto conceitos, a Lei estabeleceu os CC (Conceito de Curso) e CI (Conceito Institucional). Outros instrumentos também foram implementados pela Lei para compor todo sistema de avaliação e regulação, tais como o Censo da Educação Superior

e a autoavaliação, conduzidas pelas Comissões Próprias de Avaliação das IES, com a necessidade de apresentar relatórios anuais no Sistema E-MEC e que servem de fundamento para os processos de avaliação externa (recredenciamento institucional).

Ocorre que, num país com 2.047 IES e quase 30 mil cursos, todo esse complexo modelo de avaliação e regulação da educação superior, que se dá, inicialmente, pelo credenciamento das Instituições e, posteriormente, pelo recredenciamento institucional, assim como os cursos que precisam passar por autorização e, em seguida, pelos processos de reconhecimento e renovação de reconhecimento, periodicamente em processos distintos, de modo a gerar os conceitos institucionais (CI) e de cursos (CC), respectivamente, não estão respondendo aos anseios pelos quais foram propostos. São diversos os fatores que ocasionam esta situação: complexidade do fluxo dos processos, número de avaliações em andamento no Ministério da Educação, instrumentos de avaliação aplicados indistintamente para todos os cursos e IES, independente da organização administrativa da IES e da região brasileira onde está localizada, dentre outros.

Diante deste quadro, este artigo pretende avaliar os processos de avaliação e regulação da educação superior instituídos pelo SINAES e avaliar se esse sistema tem aferido, na prática, a qualidade da educação superior e respeitado, de igual modo, a diversidade e identidade institucionais.

Para atingir ao objetivo proposto, será feito um estudo de revisão, ou seja, o levantamento das pesquisas já realizadas em torno da temática, com a utilização das fontes bibliográficas e documentais, utilizando a base de dados do Ministério da Educação, assim como livros e artigos impressos, a legislação e demais documentos, expedidos pelos Poderes Executivo e Legislativo.

2 O direito à educação e o papel do Estado

A primeira Constituição – outorgada em 1824 – em apenas um artigo regulamentou a educação brasileira, dispondo que a instrução primária seria gratuita a todos os cidadãos brasileiros. Entretanto, como afirma Chizzoti (2005, p.50-53), a educação básica ficou relegada à iniciativa privada, e visou tão-somente atender às reivindicações liberais de Portugal, inserindo-se no texto mais como um reconhecimento formal de um direito subjetivo dos cidadãos do que uma obrigação efetiva do Estado.

Com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, o Império foi extinto, mas as diretrizes de um Estado liberal/não intervencionista permaneceram. Em 1891, foi promulgada uma nova Constituição – a primeira constituição republicana – que não tratou a educação gratuita como um dever da União, sendo resguardada aos Estados a sua regulamentação¹.

A Emenda Constitucional de 1926, por sua vez, foi responsável pela intervenção da União na educação brasileira, por entender que a centralização permitiria a coesão nacional e o caráter nacional do processo educacional, garantindo a ideia de construção de uma nação. Cury (2005, p.104) defende que a Revisão de 1926 antecipa, em 8 anos, a concepção da educação como um direito social “pelo qual o Estado dá uma resposta, que não é a de ‘outorga’, às pressões de vários movimentos civis entre os quais as pressões do operariado”.

A Constituição de 1934, por outro lado, representou um enorme avanço no campo educacional. Não só determinou a competência privativa

¹ Esclarecedora a lição de Cury em relação à Constituição de 1891 (2005, p.70): “[...] o silêncio constitucional sobre a desigualdade fazia da igualdade a lei do mais forte e a defesa da desigualdade fazia da igualdade uma tese discriminatória. [...] É possível dizer que a educação teria sido o único direito social insinuado no campo dos direitos civis. Mas, mesmo isto, com a hegemonia do liberalismo oligárquico, será ancorado na dimensão de virtus, própria do esforço individual de cada qual. Assim, não haverá educação obrigatória exatamente porque a oportunidade educacional será vista como demanda individual”.

da União em traçar as diretrizes da educação nacional, como também trouxe ao texto a responsabilidade da União, Estados e Municípios em favorecer o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e cultura em geral, além de determinar que o plano nacional de educação, a ser estabelecido em lei federal, deveria contemplar o ensino primário integral gratuito, de frequência obrigatória e a tendência à gratuidade do ensino fundamental. Pela primeira vez, um texto constitucional brasileiro regulamentou o financiamento da educação, dispondo que a União e os Municípios deveriam aplicar nunca menos que dez por cento, e os Estados e Distrito Federal nunca menos que vinte por cento da renda resultante dos impostos, na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educacionais.

A Constituição de 1937, outorgada após o golpe de Estado de Getúlio Vargas, inverteu as tendências democratizantes da Constituição de 1934, desobrigando o Estado da oferta da educação. A intenção do governo era afastar o financiamento educacional pelo Estado, estabelecendo uma relação de solidariedade entre os ricos para os mais necessitados.

As Constituições subsequentes, por outro lado, – resguardado o contexto histórico – seguiram as mesmas diretrizes da Constituição de 1934. Para Boaventura (2005, p.194), o texto constitucional de 1946 é um documento político sem maiores inovações e que se volta, de certa forma, à Constituição de 1934, sendo um “passaporte para ingressarmos na vida democrática”.

A Constituição de 1967 segue a mesma linha e, no seu anteprojeto, apenas três modificações foram propostas: extensão da gratuidade oficial para o ensino secundário; gratuidade do ensino superior estaria condicionada à insuficiência de recursos dos estudantes e ao seu excepcional merecimento; e, por fim, seria permitido ao Estado remunerar os professores de religião (HORTA, 2005, p.217).

A vinculação de receitas, na forma regulamentada pela Constituição de 1934, foi também excluída da Constituição de 1967, apesar dos amplos debates da Comissão de juristas. Em plenário, o financiamento da educação foi debatido à luz da teoria do capital humano²², tendo como base da discussão a relação educação-desenvolvimento, como informa Horta (2005, p.219), ao citar o deputado Carlos Wernek:

Sem a educação do nosso povo, sem aperfeiçoamento da nossa cultura, sem o preparo das gerações novas, não podemos sonhar e pensar em desenvolvimento do País (...) o que os países desenvolvidos nos demonstram é que recursos investidos em educação constituem a melhor forma de conseguir não apenas o desenvolvimento, mas até o progresso material e econômico de qualquer país. Não posso silenciar aqui uma estatística feita por técnicos e estatísticos norte-americanos a propósito do rendimento de um homem que tenha apenas a instrução primária em relação aos outros com instrução média e superior.

Por ser uma Constituição outorgada no período do golpe militar, as discussões sobre a educação e o desenvolvimento da sociedade ocorreram em outras instâncias. Os ideais da Comissão de Juristas foram relegados a segundo plano, e o Congresso Constituinte foi coagido a aprovar um texto constitucional que atendia aos interesses do período histórico vivenciado.

A Constituição de 1988, promulgada após um extenso período de ditadura e aclamada pela reabertura do processo democrático, bem como para ampliação dos direitos e garantias individuais e sociais a serem implementados pelo Estado, reduzindo as desigualdades e a ausência do Estado em esferas sociais importantes, volta a vincular as receitas à manutenção e desenvolvimento do ensino, além de modificar, por meio da Emenda Constitucional 14/1996, a organização do ensino.

²² A teoria do capital humano, desenvolvida por Schultz (1973, p.32), defende que os gastos diretos com educação, saúde, migração interna para a consecução de vantagens oferecidas por melhores empregos, treinamento dos trabalhadores no local de trabalho são investimentos em capital humano, ou seja, investimentos dessa espécie são responsáveis pelo crescimento dos rendimentos reais do trabalhador e pelo crescimento econômico do país.

A mesma Constituição também incluiu a gratuidade do ensino nas escolas públicas e a oferta de bolsas de estudos para as escolas privadas, quando houvesse falta de vagas na escola pública na localidade de residência do aluno.

Apesar da evolução da regulamentação da educação nas Constituições como garantia fundamental, ao longo da história, o Estado brasileiro não priorizou a educação na esfera pública. O setor privado, desde a década de 1930, passou a se fortalecer no campo de ensino, em especial na Constituição de 1967, que previu o “apoio técnico e financeiro” à instituição particular³.

A Constituinte de 1988⁴ também enfrentou o conflito público-privado na esfera educacional, e o setor privado, aproveitando-se do enfraquecimento da rede pública e da perda da qualidade no decorrer do regime militar, procurou se revestir de público para se legitimar nesse campo (PINHEIRO, 2005, p.287). Na prática, o setor privado conseguiu ampliar a sua atuação em detrimento da oferta de uma educação pública.

Na educação superior, considerada pela Constituição de 1988 como não universal, ou seja, a oferta de vaga não seria obrigatória a todos, o Brasil adotou um modelo de financiamento privado, por meio do qual o particular é credenciado para a oferta da educação, desde que atendidos aos processos de avaliação e regulação do Ministério da Educação.

O Brasil passou, inclusive, pela modificação do próprio conceito de organização universitária, já que, a partir de 1997, com o Decreto 2.306⁵,

³ “A sociedade brasileira tem demonstrado percepções de mudança, talvez ainda muito tímidas, na forma de como ela própria tem lidado com a educação. O final da década de 1980 e a década de 1990 foram determinantes para a identificação da educação como necessidade imperiosa para o desenvolvimento. Essa identificação, por muitas vezes ou até como regra, sequer saiu do ambiente puramente perceptivo, intencional. São poucas as experiências de mudanças significativas da estrutura educacional como um todo nos últimos vinte anos” (BELLINTANI, 2010, p.15).

⁴ Sobre a evolução da educação nas Constituições brasileiras, válida a leitura de Boaventura (1996).

⁵ Esse Decreto, por sua vez, foi revogado pelo Decreto n. 5.773/2006, que, manteve, entretanto, em seu artigo 15, alíneas “g” e “h”, a distinção e o reconhecimento das IES sem e com fins lucrativos. Recentemente, em dezembro de 2017, o Decreto 5773 foi revogado pelo Decreto 9.235, que será tratado ao longo deste trabalho.

fruto da publicação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, houve a autorização legal para a liberação e gestão das instituições de educação superior por empresas com finalidade lucrativa. Até a promulgação da Constituição de 1988, havia a previsão de oferta educacional pela iniciativa privada, sem a menção do caráter privado/mercantil. Esse decreto inaugurou uma nova organização administrativa das instituições, prevendo expressamente a mercantilização da educação, com o reconhecimento da “educação superior como uma potencial mercadoria a fazer parte do mercado, o *mercado educacional*” (SGUISSARD, 2013, p.18), ou seja,

nesses mais de doze anos de vigência da LDB, os sucessivos governos neoliberais têm editado uma série de decretos, leis, portarias e outros instrumentos normativos com a finalidade de operacionalizá-la. No que se refere à diversificação institucional, destacam-se o Decreto n. 2.306, de 19 de agosto de 1997, instituído no governo de Fernando Henrique Cardoso, que regulamentou o Sistema Federal de Educação – normatizando a tipologia e as atribuições das instituições de ensino superior, admitindo, de forma definitiva, as IES com fins lucrativos e estabelecendo, na referida tipologia, a diversificação daquelas instituições. As regras de organização do ensino superior e de avaliação de cursos foram alteradas, em 2001, pelas disposições do Decreto n. 3.860/2001, que consolidou a expansão do empresariamento do ensino superior, no Brasil (CHAVES, 2010, p.487).

Ocorre que nesse contexto de expansão e oferta pelo setor privado, era necessário criar mecanismos de fiscalização e controle da atuação privada.

No contexto brasileiro, diversas são as políticas e programas governamentais para a regulação, gestão e monitorização das instituições de educação.

Na educação superior, foi o governo de Luiz Inácio Lula da Silva que instituiu o atual Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), com a publicação da Lei n. 10.861, de 14 de abril de 2004.

A lei, até hoje em vigor no ordenamento brasileiro, tem como principal objetivo sistematizar os processos de avaliação e regulação da educação superior, a partir de um tripé: avaliação dos cursos de graduação, das instituições e dos estudantes, buscando identificar o mérito e valor das instituições, áreas, cursos e programas, nas dimensões de ensino, pesquisa, extensão, gestão e formação; melhorar a qualidade da educação superior, além de orientar as políticas de expansão da oferta; promover a responsabilidade social das instituições, respeitando a identidade institucional e a autonomia (INEP, 2019).

O Estado, nesse contexto, por meio do Ministério da Educação, exerce o papel de avaliação, regulação e supervisão no campo educacional, instituindo os procedimentos de credenciamento e credenciamento das instituições (avaliação externa de instituições), autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação (avaliação de cursos) e a realização do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) para os estudantes ingressantes e concluintes dos cursos de graduação. Além desses procedimentos de avaliação, outros instrumentos foram utilizados para compor esse sistema, tais como o Censo da Educação Superior, realizado anualmente, com o objetivo de coletar dados do número de estudantes matriculados, cursos ativos, número, titulação e regime de trabalho de docentes, dentre outros aspectos; a autoavaliação, realizada pelas instituições de ensino por meio das Comissões Próprias de Avaliação (CPAs), com caráter permanente e com autonomia para a realização das avaliações internas; e o Cadastro das instituições e dos respectivos cursos, necessários à informação do público em geral acerca da regularidade de cada uma das instituições e cursos existentes no país.

Para a realização da avaliação e regulação das instituições, tanto interna – realizada pelas próprias instituições – quanto externa – realizadas *in loco* pelo INEP – são consideradas dez dimensões: missão e projeto de

desenvolvimento institucional (PDI); política para ensino, pesquisa, pós-graduação e extensão; responsabilidade social das instituições; comunicação com a sociedade; políticas de pessoal, carreiras do corpo docente e técnico-administrativo; organização de gestão das instituições; infraestrutura física; planejamento de avaliação; política de atendimento aos estudantes e, por fim, sustentabilidade financeira.

Já a avaliação e regulação de cursos consideram três dimensões: organização didático-pedagógica; perfil do corpo docente; e instalações físicas.

Para completar o tripé do sistema nacional, o ENADE busca aferir desempenho dos estudantes em relação aos conteúdos programáticos previstos nas diretrizes curriculares do respectivo curso de graduação, suas habilidades para ajustamento às exigências decorrentes da evolução do conhecimento e suas competências para compreender temas exteriores ao âmbito específico de sua profissão, ligados à realidade brasileira e mundial e a outras áreas do conhecimento⁶.

Todos os processos estabelecidos pela Lei do SINAES são coordenados e supervisionados pela Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (CONAES), sendo de responsabilidade do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) sua operacionalização.

As informações obtidas com o SINAES são utilizadas pelas instituições, para orientação da sua eficácia institucional e efetividade acadêmica e social; pelos órgãos governamentais, para orientar políticas públicas, assim como pelos estudantes, pais de alunos, instituições acadêmicas e público em geral, para orientar suas decisões quanto à realidade dos cursos e das instituições

⁶ “A criação do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), em 2003, procurou ampliar os critérios de avaliação, embora tenha perdido parte da objetividade representada pelo ENC. Seu substituto, o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE), realizado por amostragem, não centra a avaliação no aluno, mas nos cursos, com a aplicação de exames aos estudantes no início e no final do percurso na graduação. De todo modo, operou-se uma ruptura nos critérios avaliativos durante o período em questão”. (CASTRO, 2007, p.23). É importante ressaltar que mudanças recentes foram implementadas no ENADE, tais como a aplicação da avaliação a todos os estudantes concluintes e dispensa de realização do exame pelos ingressantes.

(INEP, 2012b, p.1), favorecendo as suas escolhas, segundo as suas preferências pessoais, qualidade dos serviços educacionais, e outros aspectos relevantes demonstrados pelos dados oficiais divulgados.

Marchelli (2010, p.562) defende que

a avaliação externa dos sistemas de ensino foi assim adotada pelos governos como um instrumento de controle político do desenvolvimento social.

Os resultados dos exames aplicados aos estudantes passaram a ocupar um lugar central na agenda do planejamento educacional, considerados a forma de melhor eficácia para aferir a qualidade. Entendeu-se que os resultados da aprendizagem dizem respeito ao sistema escolar como um todo, que engloba a infraestrutura, meios de financiamento, organização do trabalho dos professores, administração de recursos pedagógicos, envolvimento dos pais e da comunidade, entre outros aspectos que podem ser destacados.

Esse complexo e importante sistema de avaliação e supervisão da educação superior foi criado, mas, é preciso profunda reflexão sobre os reais interesses que têm norteado as políticas de avaliação, regulação e supervisão no país. O que se quer é, de fato, IES que desenvolvam uma educação para o indivíduo e para a sociedade? Qual o conceito de qualidade que o MEC efetivamente deseja apresentar à sociedade? A complexidade do sistema de avaliação permite que a sociedade compreenda e utilize os indicadores e conceitos para decidir sobre as escolhas e cobrar ações mais efetivas, assim como contribui para a diversidade e identidade institucionais?

3 Definições essenciais: os conceitos de qualidade, diversidade e identidade institucionais

Conceituar a ‘qualidade’ é uma difícil tarefa, na medida em que o conceito está imbuído de valores e da subjetividade inerente aos sujeitos que

avaliam a qualidade de um processo, produto e/ou serviço. Considerado esse aspecto, é possível entender como qualidade tudo que atende a uma expectativa do usuário/consumidor, relativa a serviços, processos e/ou produtos.

O conceito de qualidade, portanto, está ligado à expectativa, na medida em que deve atender às necessidades dos usuários dos serviços e/ou produtos. Não há que se falar em qualidade quando o produto, processo e/ou serviço não atende à finalidade para a qual se propõe. Logicamente, esse conceito não é unânime, sendo, inclusive, objeto de crítica pelos autores Harvey e Green (1993), que apresentam, além do aspecto citado acima, os indicadores de excepcionalidade, perfeição, custo-benefício e transformação. Para os autores, “embora simples na sua concepção, ‘adequação à finalidade’ é enganoso (Moodie, 1986b), pois levanta a questão de propósito para quem e de como especificar a finalidade”.

De toda forma, em considerando o serviço educacional, Harvey e Green (1993) têm alguma razão quando defendem que

Definir qualidade em educação superior como alcançando as necessidades dos clientes não implica necessariamente que o cliente está na melhor posição para determinar o que é qualidade ou se ela está presente. Esta definição, portanto, sempre deixa em aberta a questão sobre quem deve definir qualidade na educação superior e como esta deve ser avaliada. Além disso, existe ‘um argumento que no serviço da indústria como na educação a definição de qualidade deve ir além de simplesmente atender as necessidades dos clientes, mas ‘agradar’ os clientes. Isto é, claro, difícil de mensurar o que ‘agrada.’’ (Sallis & Hingley, 1991, p. 3).

Mesmo em considerando essa crítica, de maneira geral, é possível determinar que o conceito de qualidade deve ser associado à *expectativa a ser atendida*, já que esse é um conceito imbuído de subjetividade.

Para Cardoso (2015, p.44),

Definir o conceito de qualidade é uma tarefa complexa. Quando essa definição se relaciona com a educação superior, a complexidade aumenta, somando-se à complexidade do próprio momento por que passa a educação superior no mundo, em função das mudanças relacionadas à globalização, às tecnologias da informação e comunicação, ao maior interesse pela educação superior e a outros tantos fatores que geram uma grande discussão em torno do papel da universidade e da sua identidade

No contexto educacional brasileiro, a qualidade está atrelada aos processos de avaliação e regulação estabelecidos pela Lei do SINAES, que criou, com já visto, um complexo sistema nacional de avaliação e regulação, com indicadores e conceitos, estabelecidos numa escala de 1 a 5 pontos, para credenciamento e recredenciamento das IES e autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento dos cursos.

Mas o que pode ser entendido como avaliação?

A avaliação da educação superior é um conceito bastante complexo, seja pela dificuldade da própria definição, seja pela confusão das diversas entidades, em especial do Ministério da Educação, na utilização do conceito. Para finalidade deste trabalho, o conceito de avaliação será utilizado a partir da associação de duas palavras: diagnóstico e decisão. No primeiro aspecto – diagnóstico – não se pode perceber uma avaliação que não tenha a característica de descrição detalhada de uma realidade, processo, situação ou fenômeno; já no aspecto decisão, não é possível utilizar a avaliação sem que isso implique em um processo de tomada de decisão. Logicamente, o processo de tomada de decisão requer sempre um diagnóstico, uma descrição detalhada do objeto avaliado, para que se decida qual o caminho a ser seguido.

Nesse contexto, Dilvo Ristoff (2003) cita Isaura Belloni para apresentar quatro elementos do conceito de avaliação institucional:

(1) a preocupação com a tomada de consciência sobre a instituição; (2) o caráter instrumental da avaliação, isto é, avaliação como processo voltado à instrumentalização dos tomadores de decisão; (3) o caráter formativo e de aperfeiçoamento individual e institucional e (4) a participação coletiva em todo o processo avaliativo.

É possível perceber, por esses elementos, que o diagnóstico e decisão aparecem como elementos-chaves, além de outros como a participação e o caráter formativo, que também assumem um papel fundamental na avaliação institucional (afinal, sem a participação da comunidade não há que se falar em caráter formativo e aperfeiçoamento institucional).

Se, por um lado, a Lei do SINAES pretende avaliar a qualidade da educação oferecida no País, a partir das IES, cursos e estudantes, por outro, foi considerado no processo de implementação dessa política de Estado o caráter formativo das avaliações, com a observância da diversidade e autonomia das IES, conforme discorre Cardoso (2015, p.17):

No Brasil, o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES) foi elaborado tendo como objetivos, dentre outros, a utilização de vários instrumentos e a formação de uma cultura de avaliação. Propõe a participação da comunidade acadêmica, para a legitimação das ações, o que facilitaria o envolvimento de todos na transformação da instituição, situando seus membros como partícipes dos processos de garantia de qualidade.

Com o seu caráter formativo, o SINAES adota em sua concepção inicial princípios fundamentais a um país com as características do Brasil. O primeiro é o respeito à diversidade institucional com diferentes formas e concepções, de vários tamanhos e implantadas em regiões com características diversas. O segundo é o respeito à identidade de cada instituição, reconhecendo a sua história, seus valores, seus objetivos e o exercício de sua liberdade como fator fundamental ao seu desenvolvimento (grifo nosso).

No mesmo sentido do caráter formativo, com respeito à diversidade e identidade institucionais, Dias Sobrinho (2008, p.193-194) ressalta a importância da avaliação educativa:

A avaliação educativa deve ser uma produção de sentidos sobre o cumprimento, pelos sistemas e pelas instituições, das finalidades de formação de cidadãos, aprofundamento dos valores democráticos da vida social, e elevação material e espiritual da sociedade. Avaliação é produção de sentidos, prática social, portanto, intersubjetiva, relacional, aberta, polissêmica e carregada de valores, que põe em questão os significados dos fenômenos. Deve articular em um processo global e compreensivo os diversos aspectos constitutivos da educação, como os sentidos e valores da cognição, da autonomia moral, da vida social e pública e do conhecimento, que desenvolve a sociedade e eleva o espírito humano. Deve construir os campos sociais de discussão e valoração a respeito dos processos, contextos, produtos, objetivos, procedimentos, estruturas, causalidades, metas de superação, condições de produção das atividades educativas, sentidos e impactos na formação dos cidadãos e na construção da sociedade democrática. Então, não pode restringir-se a meros instrumentos estáticos, a só explicações do passado, nem há de ser simples controle e medida do já-feito. É processo dinâmico de comunicação, em que avaliadores e avaliados se constituem mutuamente. Assim, deve ser um patrimônio público a ser apropriado e exercido como instrumento de consolidação da educação como bem público; uma prática participativa e um empreendimento ético a serviço do fortalecimento da responsabilidade social da educação, entendida principalmente como o cumprimento científica e socialmente relevante dos processos de produção de conhecimentos e de formação de sujeitos com autonomia epistêmica, moral, social e política.

Mas diante do caráter formativo do SINAES, com a necessidade de aferir a qualidade da educação superior, respeitando, principalmente, a diversidade e a identidade institucionais, será mesmo que as ações de avaliação efetivamente realizadas pelo Estado Regulador (leia-se MEC)

têm mesmo atendido à concepção do sistema nacional de avaliação previsto na Lei?

4 Os processos de avaliação e supervisão previstos no Decreto n. 9.235/2017 e os seus reflexos na qualidade, diversidade e identidade institucionais

A lei do SINAES, no seu art. 2º, estabelece:

Art. 2º O SINAES, ao promover a avaliação de instituições, de cursos e de desempenho dos estudantes, deverá assegurar:

- I - avaliação institucional, interna e externa, contemplando a análise global e integrada das dimensões, estruturas, relações, compromisso social, atividades, finalidades e responsabilidades sociais das instituições de educação superior e de seus cursos;
- II - o caráter público de todos os procedimentos, dados e resultados dos processos avaliativos;
- III - o respeito à identidade e à diversidade de instituições e de cursos;

Para alcançar o objetivo de avaliar a qualidade das instituições, dos cursos e dos estudantes, o Ministério da Educação, por meio da Portaria Normativa 40, em 2007, instituiu um sistema de gerenciamento dos fluxos de regulação, avaliação e supervisão da educação superior (EMEC), com a definição dos conceitos e indicadores necessários ao complexo sistema nacional e, conseqüentemente, à necessidade de implementação do SINAES. Essa Portaria foi revogada, em dezembro de 2017, pela Portaria n. 23, de 21/12/2007.

Para melhor compreensão desse complexo sistema, já tratado na seção 1, o Decreto n. 9.235, de 15 dezembro de 2017, definiu as funções de regulação, avaliação e supervisão, nos seguintes termos:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior - IES e dos cursos

superiores de graduação e de pós-graduação lato sensu, nas modalidades presencial e a distância, no sistema federal de ensino.

§ 1º A regulação será realizada por meio de atos autorizativos de funcionamento de IES e de oferta de cursos superiores de graduação e de pós-graduação lato sensu no sistema federal de ensino, a fim de promover a igualdade de condições de acesso, de garantir o padrão de qualidade das instituições e dos cursos e de estimular o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

§ 2º A supervisão será realizada por meio de ações preventivas ou corretivas, com vistas ao cumprimento das normas gerais da educação superior, a fim de zelar pela regularidade e pela qualidade da oferta dos cursos de graduação e de pós-graduação lato sensu e das IES que os ofertam.

§ 3º A avaliação será realizada por meio do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - Sinaes, com caráter formativo, e constituirá o referencial básico para os processos de regulação e de supervisão da educação superior, a fim de promover a melhoria de sua qualidade.

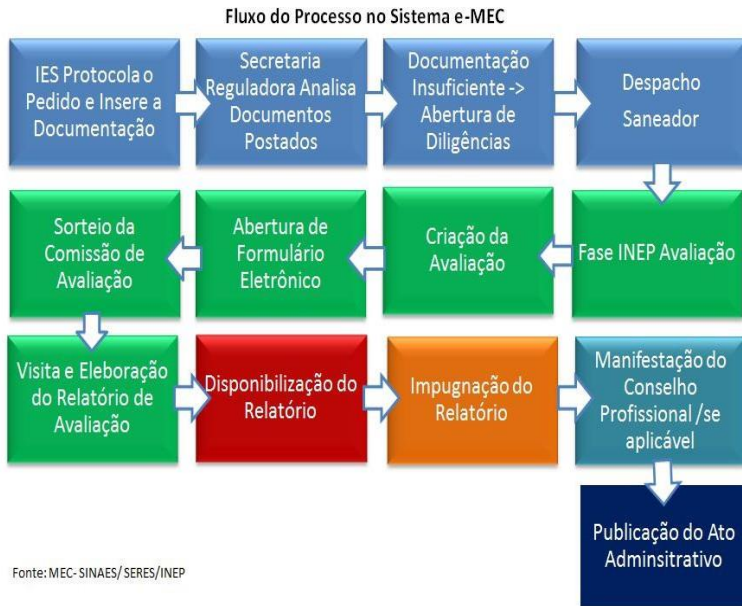
A regulação de Instituições de Ensino ocorre pelos processos de credenciamento. Após o credenciamento, as Instituições passam pelas avaliações periódicas de credenciamento e a periodicidade depende da forma de organização administrativa (faculdades, centros universitários e universidades) e das notas obtidas no IGC. Para a avaliação periódica dessas instituições, chamadas avaliações externas, o MEC utiliza, como um dos parâmetros, as avaliações internas realizadas pelas Comissões Próprias de Avaliação (CPA).

Os cursos, por sua vez, são inicialmente autorizados para oferta pelas IES (ato de regulação). Em seguida, as IES precisam solicitar o reconhecimento do curso autorizado, que ocorre quando a primeira turma já alcançou 50 a 75% da carga horária, sob pena de não validade dos diplomas emitidos. Após o reconhecimento, os cursos passam por avaliações periódicas de renovação de reconhecimento, que dependem das notas obtidas no ENADE e no CPC (Conceito Preliminar de Curso), construído a

partir do desempenho dos estudantes e dos demais insumos usados para o cálculo desse indicador.

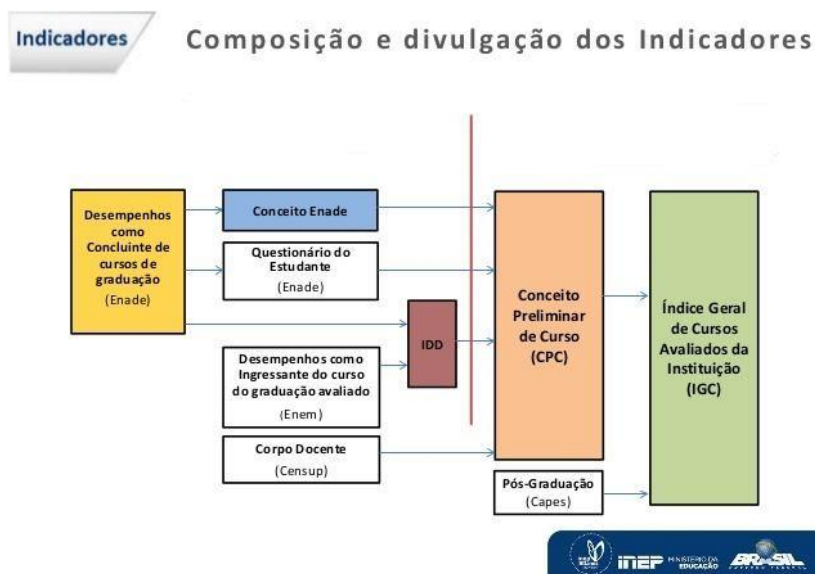
Já os estudantes são avaliados pelo ENADE, que faz parte do componente curricular obrigatório, mas as notas obtidas pelo exame não interferem na conclusão do curso, servindo de parâmetro para os processos de avaliação da qualidade da educação oferecida pelas Instituições.

A título de esclarecimento, apresenta-se abaixo um fluxo de todo o processo de regulação e avaliação das IES e dos cursos:



Esse fluxo é aplicável a todos os processos de avaliação e regulação, e a periodicidade dependerá da forma de organização administrativa e das notas obtidas nas avaliações in loco, desde que mantidas pelo Conselho Nacional de Educação (numa escala de 1 a 5, as Instituições e cursos precisam da nota mínima 3).

Após os processos regulatórios (credenciamento institucional, autorização de curso e reconhecimento de curso), as Instituições e cursos passam, como já analisado, por avaliações periódicas, que dependem, inclusive, dos indicadores obtidos no Censo da Educação Superior, na avaliação de estudantes e na avaliação interna realizada pelas Comissões Próprias de Avaliação. Nesse sentido, o ENADE e o Censo da Educação Superior são utilizados como indicadores que servem de parâmetro para o CPC e IGC. A partir destes, o Ministério da Educação promove as avaliações periódicas in loco, por meio do INEP, e os processos de supervisão, quando os indicadores são considerados insatisfatórios (notas 1 e 2).



Esse complexo sistema de avaliação, instituído pelo SINAES e, posteriormente pela Portaria Normativa 40 (revogada pela Portaria 23), que determinou os fluxos regulatórios e de avaliação e supervisão, tem apresentado uma série de distorções que comprometem substancialmente o caráter formativo e, principalmente, impactam na avaliação da qualidade,

da diversidade e da identidade institucionais. Nesse sentido, Cardoso e Dias Sobrinho (2014, p.270) defendem que:

Percebe-se que o CC não é um indicador de qualidade, e sim um conceito de avaliação. Portanto, deveria substituir o Conceito Preliminar de Curso (CPC), após verificação in loco das condições de oferta do curso.

Da mesma forma, o CI não é um indicador de qualidade, e sim um conceito de avaliação, que deveria substituir o Índice Geral de Cursos (IGC), após verificação in loco das condições apresentadas pela instituição.

Ocorre que o CPC e o IGC, assim como a nota do ENADE, têm sido suficientes para que o órgão regulador adote medidas que só estariam previstas no final do processo definido na legislação, após avaliação in loco e no caso de descumprimento do protocolo de compromisso.

Cabe ressaltar ainda a enorme importância do ENADE na definição do CPC e do IGC, sendo a avaliação realizada pelo aluno, responsável, quase que isoladamente, pela composição destes indicadores.

Cardoso e Dias Sobrinho (2014, p.271) destacam o problema que o ENADE assume na composição dos processos de avaliação:

É evidente que, da mesma forma que o ENC, o ENADE não pode ser determinante para aferir a qualidade de um curso, sendo apenas um indício, como já dito. O CPC, no entanto, é calculado no ano seguinte ao da realização do ENADE de cada área e tem como base a nota do ENADE; a avaliação do corpo docente, verificada pelos dados do cadastro de docentes das instituições; a infraestrutura, verificada pela resposta do aluno ao questionário socioeconômico; e a verificação da organização didáticopedagógica do curso, que também é verificada pela resposta do aluno a uma questão do questionário socioeconômico. Este cálculo faz com que o aluno defina aproximadamente 70% deste indicador. Quando se diz que nos cálculos que definem o CPC há avaliação da organização didáticopedagógica do curso e de sua infraestrutura, percebe-se que isso não ocorre de fato. O que se tem é uma visão do aluno em relação a estes itens, não se podendo considerá-la, isoladamente como uma avaliação destes aspectos do curso.

Não bastasse o destaque do ENADE nos processos, as diretrizes dos SINAES foram modificadas pela utilização do CPC como critério para definição de quais cursos passariam ou não por avaliação *in loco* em cada ciclo avaliativo, ou seja, caso os cursos avaliados tivessem CPC maior-igual a 3 estariam dispensados da visita *in loco* realizada pelo INEP, aliviando, substancialmente, o MEC das inúmeras avaliações que teria que fazer (CARDOSO, 2015, p.96). Logicamente, essa mudança na atuação passou a violar frontalmente as diretrizes do SINAES, em especial a diversidade e a identidade institucionais, na medida em que não permite a utilização de instrumentos e procedimentos diversificados, baseando-se, essencialmente, na avaliação dos estudantes. O art. 4º, §1º da Lei do SINAES assim determina:

Art. 4º A avaliação dos cursos de graduação tem por objetivo identificar as condições de ensino oferecidas aos estudantes, em especial as relativas ao perfil do corpo docente, às instalações físicas e à organização didático-pedagógica.

§ 1º A avaliação dos cursos de graduação utilizará procedimentos e instrumentos diversificados, dentre os quais obrigatoriamente as visitas por comissões de especialistas das respectivas áreas do conhecimento.

§ 2º A avaliação dos cursos de graduação resultará na atribuição de conceitos, ordenados em uma escala com 5 (cinco) níveis, a cada uma das dimensões e ao conjunto das dimensões avaliadas.

Não bastasse esse conjunto de fatores, as visitas são realizadas a partir de instrumentos de avaliação que norteiam toda a atividade dos avaliadores designados pelo INEP para promover a avaliação *in loco*. Não são poucos os argumentos que podem demonstrar a violação à diversidade e à autonomia institucionais. Primeiro porque os instrumentos de avaliação estão divididos em: 1) avaliação institucional externa presencial e a distância – credenciamento; 2) avaliação institucional externa presencial e

a distância – recredenciamento; 3) avaliação de curso de graduação presencial e a distância – autorização; 4) avaliação de curso de graduação presencial e a distância – reconhecimento e renovação de reconhecimento, isto é, na prática, os instrumentos de avaliação são utilizados para avaliar as 2.448 IES no Brasil e os 35.380 cursos de graduação, segundo o Censo da Educação Superior 2017, não observando, portanto, as especificidades dos cursos e, principalmente, a diversidade, que precisa atender, dentre as perspectivas polítipopedagógicas, a regionalidade na qual as IES e os cursos estão estabelecidos, assim como número e formação de docentes, formação de corpo técnico e os demais indicadores que são apresentados nos instrumentos.

De acordo com as diretrizes da política educacional, o processo de avaliação institucional deveria respeitar a identidade e a diversidade das instituições e dos cursos. Nesse sentido, é importante considerar até que ponto a elaboração de uma matriz única de avaliação que reúne de forma extremamente detalhada diferentes indicadores e dimensões pode dar conta das especificidades das diferentes áreas de conhecimento e, ao mesmo tempo, retratar a diversidade institucional e acadêmica estimuladas pela legislação. Para atender a essa matriz e, simultaneamente, obter uma avaliação positiva, é possível que as IES *engessem* suas missões e procedimentos de acordo com critérios previamente estabelecidos.

Isso porque os aspectos, indicadores e dimensões avaliados fixam os requisitos para que um curso obtenha um determinado conceito, independentemente da missão institucional declarada pela IES.

Outro aspecto a ser destacado, é o número excessivo de variáveis que não permite especificar e/ou diferenciar os aspectos/indicadores que efetivamente relevantes e que permitiriam melhor avaliar a qualidade dos cursos. Os formulários são muito extensos e não se detêm nos fatores que realmente se relacionam com a qualidade dos cursos (OBSERVATÓRIO UNIVERSITÁRIO, 2005, p.10).

Segundo porque a capacitação realizada pelos avaliadores está muito distante do ideal, já que os instrumentos de avaliação apresentam a necessidade de amplo conhecimento técnico para a atribuição correta do conceito. Desse modo, os avaliadores passam a utilizar com expressões como “dimensões”, “indicadores”, “conceitos”, “critérios de análise” e os atributos, que têm gerado, pelo país, diversas impugnações das avaliações realizadas *in loco*. Recentemente, o Ministério da Educação enviou a todas as IES o Ofício-Circular n. 5/2019/CGACGIES/DAES-INEP para tratar das informações equivocadas acerca das avaliações *in loco*.

Por todo esse contexto é possível afirmar que os objetivos determinados pelo SINAES são bem diferentes da atual conjuntura de avaliação pela qual o País passa. Não só o MEC não está dando conta de avaliar tantas IES e cursos e acompanhar os resultados estabelecidos pelos “instrumentos diversificados”, como os instrumentos de avaliação que são modificados de tempos em tempos estão “ditando” os trabalhos desenvolvidos pelas IES, que promovem os “ajustes” para adequação dos instrumentos de avaliação *in loco* a que são submetidos.

Considerações finais

O SINAES “nasce” como uma política de Estado para avaliar a qualidade da educação superior no país, com a utilização de instrumentos diversificados que visam a oferecer ao Estado, às famílias, aos estudantes e ao mercado em geral importantes ferramentas para definir, inclusive, as políticas públicas nessa área, sempre com respeito às diferenças, à autonomia e à diversidade institucionais. O problema é que, ao longo dos tempos, o Ministério da Educação, na tentativa de aprimorar os instrumentos e intensificar o seu papel regulador, modificou substancialmente os objetivos iniciais, com grave violação aos preceitos estabelecidos na Lei. Fato é que o MEC não tem dado conta de responder ao objetivo principal

do SINAES, qual seja, a avaliação da qualidade, e cria um arcabouço que é incapaz de dar conta dos anseios sociais, além de impactar na atuação das IES, que não raro deixam de lado as suas diretrizes pedagógicas para atender aos diversos instrumentos e obter os conceitos necessários (notas superiores a 3) para a manutenção das suas atividades.

É preciso ressaltar, porém, que há diversos outros contextos que impactam na atuação das IES e a respectiva qualidade dos serviços educacionais oferecidos, mas este trabalho analisou um dos aspectos que interferem diretamente nessa atuação.

Referências

BELLINTANI, Guilherme Cortizo. **O novo mundo do trabalho e a expansão educacional: a graduação como variável no acesso ao emprego.** 2010. Doutorado (Doutorado em Desenvolvimento Regional e Urbano), Universidade do Salvador - UNIFACS -, Salvador.

BOAVENTURA, Edivaldo M. A educação na Constituinte de 1946: comentários. In: FÁVERO, Osmar (org.). **A educação nas constituições brasileiras (1923-1988).** 3.ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p.191-199.

BOAVENTURA, Edivaldo M. A educação nos 50 anos da Constituição de 1946. **Revista Informação Legislativa**, a.33, n.132, p. 29-35, out./dez., 1996.

BRASIL. **Censo da Educação Superior 2017.** Notas Estatísticas 2017. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2018/censo_da_e_ducacao_superior_2017-notas_estatisticas2.pdf. Acesso em: 30 abr.2019.

CARDOSO, Roberta Muriel. **Avaliação e acreditação no desenvolvimento da educação superior no Brasil.** Tese. Programa de Pós Graduação em Educação. Universidade de Sorocaba. 2015.

CARDOSO, Roberta Murial; DIAS SOBRINHO, José. Avaliação e Educação no Brasil: avanços e retrocessos. **Periódico do Programa de Pós-Graduação em Educação da UCDB** Campo Grande, MS, n. 37, p. 263-273, jan./jun. 2014

CASTRO, Claudio de Moura. **Educação brasileira**: consertos e remendos. São Paulo: Rocco, 2007.

CHAVES, Vera Lúcia Jacob. Expansão da privatização/mercantilização do ensino superior brasileiro: a formação dos oligopólios. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 31, n. 111, p. 481-500, abr.- jun. 2010.

CHIZZOTTI, Antônio. A Constituinte de 1823 e a educação. In: FÁVERO, Osmar (org.). **A educação nas constituições brasileiras (1923-1988)**. 3.ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p.31-53.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação e a primeira constituinte republicana. In: FÁVERO, Osmar (org.). **A educação nas constituições brasileiras (1923-1988)**. 3.ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p.69-80.

DIAS SOBRINHO, José. Avaliação educativa: produção de sentidos com valor de formação. **Avaliação**, Campinas; Sorocaba, SP, v. 13, n. 1, p. 193-207, mar. 2008.

HARVEY, Lee; GREEN, Diana. Defining quality. **Assessment & Evaluation in Higher Education**, v. 18, n. 1, p. 9-34, 1993.

HORTA, José Silvério Baía. A educação no Congresso Constituinte de 1966-67. In: FÁVERO, Osmar (org.). **A educação nas constituições brasileiras (1923-1988)**. 3.ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p.201-239.

INEP. **Sinaes**. Disponível em: www.inep.gov.br. Acesso em: 16 fev.2019.

MARCHELLI, Paulo Sérgio. Expansão e qualidade da educação básica no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, v.40, n.140, p. 561-585, maio/ago. 2010

OBSERVATÓRIO UNIVERSITÁRIO. **Diretrizes políticas da educação superior x instrumentos de avaliação**: uma nota técnica. Documento de trabalho n.44, maio, 2005. Disponível em: http://www.observatoriouniversitario.org.br/documentos_de_trabalho/documentos_de_trabalho_44.pdf. Acesso em: 30 abr.2019.

PINHEIRO, Maria Francisca. O público e o privado na educação: um conflito fora de moda?. In: FÁVERO, Osmar (org.). **A educação nas constituições brasileiras (1923-1988)**. 3.ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p.255-291.

RISTOFF, Dilvo I. Algumas definições de avaliação. **Avaliação – Revista da Rede de Avaliação Institucional da Educação Superior**, v. 8, n. 1, p. 19-30, mar. 2003.

SCHULTZ, Theodore W. **O capital humano**: investimentos em educação e pesquisa. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

SGUISSARD, Valdemar. Regulação estatal e desafios da expansão mercantil da educação superior. CEDES – Centro de Estudos Educação e Sociedade. In: **IV Seminário de Educação Brasileira**, Campinas: Unicamp, 21 fev. 2013, p.1-31.

A literatura na formação do “jurista crítico-sensível”: um estudo de caso da graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia

*Sarah Mirella Moreno da Cunha
Gabriel Dias Marques da Cruz*

1 Introdução

O presente pretende analisar, através de uma pesquisa do tipo estudo de caso, o panorama do estudo de Direito e Literatura no curso de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, refletindo sobre a (não) inclusão da Literatura nos currículos jurídicos. Para tanto, busca-se apresentar as semelhanças entre as duas áreas formativas e evidenciar o potencial de aporte da Literatura para o desenvolvimento e aplicação do conhecimento jurídico. Aborda-se a interdisciplinaridade dos saberes jurídicos e literários para a construção de um jurista crítico-sensível, com formação humanística, capaz de compreender o fenômeno jurídico por meio de muitas perspectivas, o que supera a figura do jurista tradicional, dogmático, e a do jurista apenas crítico. Em seguida, expõe-se a investigação do panorama do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, por intermédio da análise de diplomas normativos que embasaram o respectivo currículo.

Segundo Schwartz e Macedo (2006), o Direito é um fenômeno que deve ser analisado a partir de uma perspectiva tríplice – técnica, ciência e arte –, chegando-se à seguinte conclusão: é a arte que comanda a vida do Direito. Ciência e técnica são suas servidoras: mas, como tais, imprescindíveis. Dentro da perspectiva de interseção entre Direito e Arte, destaca-se a relação entre o Direito e a Literatura.

Entenda-se aqui a Literatura como um campo da arte que abarca “todas as criações de toque poético, ficcional ou dramático em todos os níveis de sociedade, em todos os tipos de cultura” (CANDIDO *et al*, 1989, p. 110), que se configura, pois, como um fator de humanização e um instrumento de instrução e educação na sociedade. Logo, representa uma necessidade universal a ser satisfeita e, conseqüentemente, um direito fundamental do ser humano que, embora devesse ser efetivado em todas as esferas sociais, é, muitas vezes, preterido até mesmo onde deveria naturalmente ser promovido, como nas formações acadêmicas – dentre elas a Graduação em Direito.

A relação entre Direito e Literatura apresenta-se como uma abordagem heterodoxa da ciência do Direito, baseada na superação do tradicional modelo dogmático-positivista conferido ao respectivo ensino de graduação, reafirmado ao longo dos anos. Muitos dos ilustres juristas que passaram pelas Faculdades de Direito foram poetas, críticos literários e artistas. Privilegiaram observações transdisciplinares e propuseram, não a criação de um novo sistema jurídico-constitucional, mas uma nova forma de abordá-lo, capaz de recriá-lo por força de seus próprios elementos (SCHWARTZ, 2006, p. 15) e, por conseguinte, capaz de recriar também o sistema social.

O Direito e a Literatura são dois subsistemas sociais que interagem com a realidade e estabelecem comunicações através da linguagem. Há, nesse sentido, por muitas razões, potenciais conexões entre eles. Nessa esteira, há relações entre os dois campos do conhecimento que são mais óbvias e usuais, como o tratamento literário do Direito (SCHWARTZ, 2006, p. 19) – ou o “Direito na Literatura” –, que consiste no retrato feito por muitas obras literárias dos conflitos resultantes das relações processuais ou violações a direitos, abordando a (in)justiça e fatos relacionados ao universo jurídico. A relação inversa, em contrapartida, não é tão recorrente: raramente o sistema jurídico e os operadores do Direito recorrem à

Literatura para efetuar análises ou decisões; geralmente, busca-se a contribuição dos juristas ou sociólogos.

2 A literatura na formação do “jurista crítico-sensível”

A Literatura enquanto um fenômeno discursivo carregado de potencial criativo, humanizador e elucidativo se projeta, indubitavelmente, como um elemento capaz de auxiliar o jurista na compreensão dos fatos jurídicos e no exame da linguagem aplicada ao Direito e da própria construção da narrativa jurídica, a partir da aproximação do universo jurídico com a ficção literária.

Nesse sentido, pontua Silva (2001) que o fenômeno linguístico perpassa os institutos inerentes ao Direito, como a sentença judicial, o contrato, as alegações, os depoimentos, o interrogatório, ou seja, o Direito manifesta-se sob a forma de várias espécies de discursos. E é principalmente nesse aspecto que a Literatura e a linguagem literária podem apresentar contribuições significativas, seja promovendo o rompimento do convencionalismo do fenômeno jurídico, “fragilizando os pretensos saberes positivos sobre os quais o direito tenta apoiar sua própria positividade” (OST, 2004, p. 15), seja aprimorando sua narrativa por meio do enriquecimento de ideias e vocábulos.

Na mesma perspectiva, Gaakeer (2019) condiciona o sucesso na prática do Direito ao desenvolvimento da imaginação e à percepção atenta dos aplicadores da lei às armadilhas dos usos linguísticos relacionados aos seus próprios preconceitos privados e profissionais ao lerem ou escreverem as narrativas no e do Direito.

Reconhecendo a Literatura como um instrumento privilegiado para a formação de juristas, sobretudo em um Estado que se pretende Democrático de Direito, Ghirardi (2016, p. 53) sublinha:

[...] todo o funcionamento social da Literatura, e não apenas a tessitura interna de seus objetos, que pode representar instrumental singularmente apto a permitir uma leitura mais sofisticada do papel do Direito nas sociedades democráticas, bem como de seus alcances, limites e desafios.

Assim, por estas razões e pelas que serão expostas, é mister reafirmar a imprescindibilidade da Literatura no processo de repensar o Direito e na construção de uma formação jurídica mais humana, crítica e sensível, que contribua para ratificar os valores democráticos e inegociáveis para uma sociedade mais justa e livre.

2.1 As repercussões da Literatura e da linguagem no Direito: narrativas literárias e narrativas jurídicas

Em uma tentativa de definir o que é Literatura – conceito polissêmico, considerando-se que não há definições fechadas neste campo – pode-se apontá-la como uma vertente do campo das artes que se expressa por meio da palavra e está diretamente associada à ideia de valor estético (LOPES, 2010). Em sua acepção etimológica, “Literatura” deriva do latim *litteratura*, a partir de *littera*, letra. Ou seja, o conceito de literatura está intimamente ligado à palavra e à arte da escrita.

Em outra significação, Todorov (1978, p. 15-16 *apud* LOPES, 2010, p. 1) afirma que “a literatura é imitação pela linguagem”, concluindo que “a literatura é uma ficção: eis sua primeira definição estrutural”. Este parece ser o sentido mais adequado para se adotar em um estudo sobre Direito e Literatura, considerando o Direito, também, como uma ficção (SBIZERA, 2015), já que por meio de suas narrativas apresenta uma representação da realidade.

Ao enaltecer a importância da linguagem para a Literatura e para o Direito, Pound (1997, p. 3) aduz que:

A linguagem é o principal meio de comunicação humana. Se o sistema nervoso de um animal não transmite sensações e estímulos, o animal se atrofia. Se a literatura de uma nação entra em declínio a nação se atrofia e decai. O legislador não pode legislar para o bem público, o comandante não pode comandar, o povo (se se tratar de um país democrático) não pode instruir os seus representantes a não ser através da linguagem.

Nessa esteira, admitindo-se o Direito como uma ficção tal qual a Literatura e observando-se a primazia da linguagem em ambos, convém expor as relações entre a ficção jurídica e a ficção literária e as suas respectivas narrativas.

O Direito, como criação humana coletiva (GUERRA FILHO; CANTARINI, 2015), só existe porque existem seres humanos inter-relacionados e porque há diferentes linguagens e formas de apreender a realidade (BARRADAS, 2002); em outras palavras, “o Direito é uma instituição eminentemente humana e, como tal, uma realidade da qual não poderia excluir-se a linguagem” (BARRADAS, 2002, p. 10). Por isso, há que ser concebido, como possível, imaginário (GUERRA FILHO; CANTARINI, 2015), em vez de um sistema meramente positivo dado objetivamente.

Nesse sentido, observando-se que a linguagem do Direito está, por óbvio, expressa, por exemplo, nas narrativas produzidas nos autos judiciais, é mister citar a Teoria Narrativista do Direito, proposta por González (2013, p. 57), que “pretende dinamizar as narrativas desniveladas do raso modelador, da igualdade simbólica, do selecionado como narrativas da Verdade infalível e indivisível do Direito”.

Segundo Streck e Trindade (2013), faltam grandes narrativas no Direito. E nesse ponto, sem dúvida, a Literatura tem muito a ensinar ao Direito, sobretudo porque é necessário que se saiba contar histórias ao redigir um texto jurídico (SILAS FILHO, 2017), *expertise* do texto literário, sendo imprescindíveis a coerência narrativa (GUERRA FILHO;

CANTARINI, 2015) e a verossimilhança, que poderão determinar, por exemplo, na narrativa judicial, o que é “verdadeiro” e o que é “falso”. No entendimento de Rosa (2016, p. 459 *apud* SILAS FILHO, 2017, p. 23):

É preciso contar histórias. E isso deve ser aprendido. Alguns nascem sabendo como fazer. Outros precisam ser ensinados. A narrativa precisa contagiar. Conhecemos bons e maus contadores de piadas, assim como bons e maus narradores de versões processuais. No processo oral, a partir da mesma informação probatória, podemos depender de quem conta, da forma com que conta, enfim, do potencial de contaminação do conteúdo.

Acerca da importância da narrativa na relação de aprendizagem, é necessário pontuar que ela desencadeia um processo de escuta sensível para quem narra e para quem ouve e induz ao detalhamento de procedimentos e à produção de interpretações e entendimentos (MEGID; FIORENTINI, 2011) sobre os fatos e experiências narrados, constituindo-se, teoricamente, como uma tentativa de dar sentido a uma experiência educativa e podendo ser concebida como uma prática social de um sujeito ou grupo (ANDRADE, 2014). Assim:

[...] o professor, ao narrar de maneira reflexiva suas experiências aos outros, aprende e ensina. Aprende, porque, ao narrar, organiza suas ideias, sistematiza suas experiências, produz sentido a elas e, portanto, novos aprendizados para si. Ensina, porque o outro, diante das narrativas e dos saberes de experiências do colega, pode (re)significar seus próprios saberes e experiências (FREITAS; FIORENTINI, 2007, p. 66).

Sobre as características da Literatura que poderiam auxiliar na construção de uma narrativa jurídica mais bem elaborada e consistente, convém destacar as diversas perspectivas que a narrativa literária proporciona e sua negação de uma verdade única. Nessa esteira, Cerqueira (2003,

p. 122), ao comparar as obras de Graciliano Ramos e William Faulkner, aduz que os autores “parecem negar a qualquer um o direito de saber a verdade absoluta, sugerindo que o leitor deve buscar algum tipo de denominador comum dentro da narrativa”.

Argumentando que as grandes questões do Direito giram em torno de um problema de comunicação argumentativa e sobre o papel da verossimilhança na tomada de uma decisão judicial, Silva (2001, p. 40-41) afirma que a “tutela jurídica recairá sobre a verdade que soar mais verdadeira, e que nem por isso corresponderá necessariamente à realidade do contexto extrajudicial”.

Na mesma linha de raciocínio, ao alegar que os juristas se relacionam com a realidade da mesma maneira que os escritores, Ferreira Jr. (2016, p. 359) defende que:

na prática jurídica, por assim dizer, não é preciso ser verdadeiro, é preciso ser verossimilhante, tal como nas ficções literárias. E é por isso que a atividade desempenhada pelo autor de uma obra literária se assemelha bastante àquela desenvolvida pelos operadores do direito: o advogado, ao propor determinada tese jurídica no tribunal, ou o juiz, ao propor uma solução para o feito, escreve um texto ancorado na realidade; ou seja, embora esteja limitado pela realidade que retrata, a escolha dos fatos que revela, assim como o enfoque que é dado, está sujeito à verossimilhança, de tal maneira que, quando for necessário sacrificar a verdade em prol da verossimilhança, isso será não apenas feito, mas aceito.

Em outras palavras, aduz o mesmo autor que não se faz necessário evidenciar o quanto a tese jurídica se adéqua à realidade, o quanto é “verdadeira”, e sim o quanto é coerente com o conjunto de prescrições jurídicas ao qual as partes se submetem, ou seja, o quanto é verossimilhante (FERREIRA JR., 2016, p. 360-362):

Assim, a realidade importa para a narrativa jurídica tanto quanto importa para as narrativas literárias ancoradas na realidade: não existe exigência de verdade; dentro do raio de navegação permitido pela âncora, o enfoque dado à abordagem dos fatos estará sujeito exclusivamente às necessidades da narrativa processual que se pretende construir (vide Aluizio de Azevedo); existe apenas a exigência de verossimilhança, de maneira que, **(a)** ao revelar os fatos, a parte não poderá contradizer o estilo adotado pela própria narrativa processual (retratar um contexto histórico e social específico), **(b)** assim como a sequência de acontecimentos, não poderá revelar incoerências inexplicáveis.

Com efeito, não se pretende defender com o exposto que a narrativa processual não corresponda à realidade e que o processo não seja verdade. Pretende-se explicar que as ficções jurídicas e literárias assemelham-se a partir da compreensão de que todo retrato de uma realidade, seja nos autos judiciais, seja no texto literário, não é efetivamente e totalmente a realidade em si nem traz uma verdade total, devendo-se portanto buscar-se o que mais se aproxima dela através da verossimilhança e da coerência narrativa.

Em suma, na Literatura, a narrativa é tanto mais verossímil quanto mais bem elaborada por quem, reconhecidamente, tem poder de convencer que aquilo que se enuncia é a verdade (CECCAGNO, 2015). Por acaso no Direito seria diferente?

2.2 A importância da Literatura para o Direito

O Direito brasileiro vive sob a égide filosófica do pós-positivismo, uma construção relativamente recente, não datando nem 70 anos (PINTO, 2011), que se caracteriza como um sistema aberto que não se restringe à lei e sua aplicação, mas reconhece a legitimidade dos princípios e permite e até preconiza a relação entre o Direito e outros ramos das ciências (MOREIRA; NOGUEIRA, 2014). Nesse contexto, a relação entre Direito e Literatura revela-se como importante possibilidade ante esse paradigma e

como uma ferramenta capaz de, nas palavras de Streck e Karam (2018), ajudar a existencializar o Direito.

Com efeito, é possível elencar uma série de características e implicações da Literatura, enaltecidas por estudiosos do Direito, da Literatura e do Direito e Literatura, que constituem elementos relevantes – ou mesmo imprescindíveis – para uma melhor compreensão e aplicação do Direito.

Nessa seara, Silva (2001) alega que mergulhar em hábitos de leitura ou em análises literárias pode contribuir para dotar o jurista de alternativas formas de racionalidade, apurando sua imaginação e empatia, além de prepará-lo para enfrentar questões éticas durante a sua vida profissional, para as quais não encontrará respostas em códigos ou manuais. Nesse ponto:

A Literatura, o seu estudo, constituem um ágio para o jurista, porque lhe facultam a perspectiva de mundos diferentes, alternativos ao seu. Em certa medida, permitem-lhe participar na vida complexa de escolhas, decisões e submissões, de personagens que são por vezes autênticas provocações (SILVA, 2001, p. 122).

No mesmo espectro, Vespaziani (2015) afirma que, ao passo que estudar o Direito confere ao intérprete um aprendizado sobre a escolha de normas, precedentes ou argumentos, ao estudar a literatura, o intérprete afina a sua sensibilidade na leitura da realidade, da vida, dos aspectos particulares da existência e dos valores humanos, sendo este período jurídico pós-moderno vigente um campo ideal para cultivar relações entre Direito e Literatura.

Sbizera (2015) aponta que a literatura deleita ao mesmo tempo que instrui, corrigindo os defeitos da linguagem, do conhecimento e do pensamento e servindo como um instrumental para alcance da justiça e da autonomia do indivíduo.

Considerando a Literatura como um fator indispensável de humanização, Antonio Candido *et al* (1989, p. 4) conclui que ela “tem sido um instrumento poderoso de instrução e educação, entrando nos currículos, sendo proposta a cada um como equipamento intelectual e afetivo”. Nesse sentido:

Os valores que a sociedade preconiza, ou os que considera prejudicial, estão presentes nas diversas manifestações da ficção, da poesia e da ação dramática. A literatura confirma e nega, propõe e denuncia, apoia e combate, fornecendo a possibilidade de vivermos dialeticamente os problemas. Por isso é indispensável tanto a literatura sancionada quanto a literatura proscrita; a que os poderes sugerem e a que nasce dos movimentos de negação do estado de coisas predominantes (CANDIDO *et. al.*, 1989, p. 4).

Trindade e Gubert (2008) apontam para a dimensão criadora e crítica e para a dimensão linguística da Literatura. No que se refere à sua dimensão artística, a obra literária, enquanto obra de arte, rompe com as convenções, produz um deslocamento no olhar através da imaginação, amplia e funde horizontes. Assim:

À literatura, portanto, atribui-se a difícil missão de possibilitar a reconstrução dos lugares do sentido, que no direito estão dominados por senso comum teórico que amputa, castra, tolhe as possibilidades interpretativas do jurista, na medida em que opera com um conjunto de pré-conceitos, crenças, ficções, fetiches, hábitos, estereótipos, representações que, por intermédio da dogmática jurídica e do discurso científico, disciplinam, anonimamente, a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito [...] (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 15).

Do ponto de vista da linguagem, aduzem os autores que a produção e os estudos literários podem oferecer fundamentais contribuições ao Direito, como, por exemplo, no campo da interpretação, quando se considera

a influência do desenvolvimento da teoria literária no enriquecimento do panorama interpretativo (TRINDADE; GUBERT, 2008).

Trindade e Gubert (2008) evidenciam ainda uma relação dialética imprescindível entre o Direito e a Literatura ao destacar diferenças entre as duas áreas que, em vez de denunciarem uma incompatibilidade entre elas, apontam para uma complementariedade. Logo: a) por um lado, o discurso jurídico codifica a realidade através de formas e procedimentos; por outro, a Literatura carece de qualquer dimensão formal, libertando as possibilidades e subvertendo a ordem imposta; b) por um lado, a função de Direito é estabilizar as expectativas sociais em busca da segurança jurídica; por outro, a Literatura tem uma função voltada fundamentalmente a criar, perturbar, emocionar; c) por um lado, do Direito se aguarda o comando e a decisão; por outro, da Literatura se espera o lúdico, o belo, a imaginação e a transgressão; d) por um lado, o Direito volta-se para a generalidade e a abstração; e) por outro lado, a Literatura se atém no particular e no concreto.

Ghirardi (2016) compreende a Literatura como instrumento privilegiado para a formação de juristas, em especial dos que desejam fortalecer o regime democrático, e para a compreensão da especificidade do fenômeno jurídico, devido à celebração da diversidade que nela se opera atrelada à sua forma de pensar bens, valores e meios. Com efeito, ela “ajuda a ampliar e consolidar nos juristas formas mais sofisticadas de pensar o tema sempre complexo e difícil da democracia e de seus desafios” (GHIRARDI, 2016, p. 67).

Numa dimensão mais ampla, mas, obviamente, aplicável à Literatura enquanto fenômeno artístico, Radbruch (2004, p. 156) aposta na relação recíproca entre Direito e Arte e argumenta que:

[o] direito pode servir-se da arte, e esta dele. Como todo fenômeno cultural, o direito necessita de meios corpóreos de expressão: da linguagem, dos gestos, dos trajes, dos símbolos e edifícios. Como qualquer outro meio, também a expressão corpórea do direito está submetida à avaliação estética. E como fenômeno, o direito pode penetrar no domínio específico da valoração estética como matéria da arte.

Desse modo, considerando a importância da Literatura para o Direito delineada através dos autores supracitados, são fundamentais o alerta e a recomendação oferecidos por Fernandes, Campos e Maraschin (2009, p. 9):

A experiência acadêmica jurídica não pode confinar-se, desligando-se da realidade, impedindo o contato e a experiência com outros modelos de interpretação da vida e do mundo. A literatura, para o jurista, deve ser entendida como algo que certamente o transformará em um intérprete/aplicador da norma mais crítico e menos autossuficiente.

A inclusão da literatura na estrutura curricular do curso de direito é uma forma de contribuir nesta incessante busca de renovação da ciência jurídica, impedindo o seu encastelamento e superando o fato de que muitas vezes o estudante se defronta com definições já acabadas a respeito de tudo, muitas vezes sem conseguir construir a estrutura daquilo que está apreendendo.

2.3 O “jurista crítico-sensível”

Não constitui novidade que os cursos jurídicos no Brasil estão, desde a sua implantação, relacionados a uma educação mercantil e que privilegia o estudo jurídico sob o ponto de vista dogmático-positivista, como se o Direito fosse um saber puro. Relega-se a segundo plano a interdisciplinaridade, o que revela que os estudos jurídicos desenvolvidos, em sua maioria, não são feitos para aprender a pensar e a sentir (SBIZERA, 2015).

Em decorrência disso, os jovens acadêmicos de Direito, pré-juristas, que chegam ao ensino superior normalmente com empolgação,

curiosidade e desejo de transformar o mundo, com o passar do tempo, durante a graduação, acabam ensimesmados e tolhidos de sua capacidade de indignação e sensibilização. As exceções a este quadro são encontradas na imagem de antigos juristas de muito brilho e prestígio e em outros não tão conhecidos que constroem seu saber pautando-se em outros campos além do Direito, conforme Sbizera (2015, p. 96), “formaram-se apesar da Academia de Direito, com muito autodidatismo e certo voluntarismo, e não primordialmente por ela, como se costuma imaginar”.

A Literatura, então, nesse contexto, exsurge como um potencial artefato de transformação do ensino jurídico por meio de sua força criativa, crítica e humanizadora, no sentido de formar não apenas um bacharel de Direito ou um mero jurista, mas sim um “jurista crítico-sensível”, termo criado e explicado por Sbizera (2015, p. 165):

O jurista crítico-sensível [...] é um personagem conceitual que faz contraponto aos personagens conceituais do jurista tradicional e do jurista crítico na medida em que problematiza, através da ocupação do lugar da literatura e de seu uso, as indagações dogmáticas tradicionais ou críticas, subvertendo-as sensivelmente pela multiplicidade de perspectivas e pela sua incrível capacidade de aproximação com o vivido.

Convém, entretanto, antes de discorrer sobre as características e potencialidades do jurista crítico-sensível, apresentar o que o autor denomina de “jurista tradicional” e de “jurista crítico”, contrastantes com o primeiro.

O jurista tradicional se configura como um personagem conceitual que atua em consonância com o positivismo ideológico dominante, ratificando-o, através da identificação direta entre Direito e lei, atuando, assim, para a manutenção da ordem dogmática. Ele, segundo o supracitado autor,

está representado no acadêmico de Direito, que é, na verdade, um pré-jurista (SBIZERA, 2015).

Assim, o futuro jurista é apresentado ao universo jurídico de maneira tradicional, como se a sua preparação dependesse tão somente do aprendizado da decifração de códigos de lei, da dominação formal do Direito e da ordem social e do conhecimento de recursos retórico argumentativos, o que faz com que ele se torne um jurista conservador por inércia e comodidade (SBIZERA, 2015). Nessa esteira:

O positivismo ideológico do jurista tradicional é fruto de uma crença na aquisição avaliativa e eticamente neutra de seu conhecimento e pensamento jurídicos; da aliança entre a produção do fenômeno jurídico ao Estado enquanto detentor do monopólio da produção da lei e da força de coerção; e da confusão entre lei e direito, e que mais tarde faz com que uma teoria do direito estatal positivo seja alçada à categoria de uma teoria da justiça (SBIZERA, 2015, p. 99).

A principal consequência dessa formação tradicional do jurista consiste no fato de que ele, ao compreender dogmaticamente o Direito, tende a evitar o enfrentamento de problemas reais e globais, envoltos por questões éticas, sociais, econômicas e culturais, através da neutralização dos conflitos para fazê-los definíveis e decidíveis segundo a lei, numa atuação descontextualizada do Direito em face da realidade social (SBIZERA, 2015).

O discurso do jurista tradicional – e da linguagem empregada por ele – serve a esse tratamento despolitizado do Direito na medida em que acredita que as normas de direito positivado formam um sistema fechado e que as palavras da lei são constitutivas dos sentidos jurídicos, o que explica o formalismo exacerbado que se nota nesse discurso.

O jurista crítico, por sua vez, se caracteriza como um personagem conceitual que percebe a não compatibilidade entre as concepções de lei e

de Direito, não condescende com a continuidade da ordem dogmática, insurgindo-se, e mantém contato com linguagens extrajurídicas, provenientes de outras áreas do conhecimento humano, representando, assim, uma resposta conjuntural ao pensamento jurídico tradicional (SBIZERA, 2015).

Por esse ângulo, ele é aquele que escolhe transgredir a ordem (im)posta através da assunção de um papel político e cultural contestador e desviante, do exercício reflexivo capaz de questionar e de um comportamento de recusa ao respeito imponderado às normas, preferindo submeter-se ao Direito ao invés da lei (SBIZERA, 2015), porque enxerga que a compreensão do Direito do jurista tradicional resulta invariavelmente de uma interpretação política e social (SBIZERA, 2015). Por conseguinte, é pertinente afirmar que:

o jurista crítico deve ser entendido como alguém que, para além do compromisso com a verdade e com a cientificidade, engaja-se em demandas políticas, sociais, econômicas e culturais e compromete-se muito mais profundamente com uma denúncia do estabelecido. Deixa ele de atuar como um agente do poder estatal para, na medida em que faz o direito crítico afastado de um cunho político-ideológico único, o usa para poder, em todo e qualquer momento, tentar alcançar a justiça, a dignidade, a solidariedade e a igualdade do ser humano (SBIZERA, 2015, p. 125).

Quanto à linguagem utilizada pelo jurista crítico, por certo apresenta um vocabulário mais diversificado, em comparação à usada pelo jurista tradicional, pelo contato com as outras áreas de conhecimento, e um teor progressista (SBIZERA, 2015) que legitima o aspecto revolucionário dessa modalidade de jurista. Entretanto, tal linguagem, muitas vezes, não dá conta das formas atuais dos conflitos e não gera no receptor um sentimento de empatia (SBIZERA, 2015).

O pensamento jurídico do jurista crítico, para manter-se crítico, depende de uma desconstrução e reconstrução contínua do estabelecido e legitimado por meio de uma indignação ininterrupta. Nesse sentido, o jurista crítico deve reconhecer que seu pensamento, apesar de contradogmático, é passível de dogmatização se se confia na articulação do Direito com outras áreas a única resposta para todas as questões (SBIZERA, 2015).

Desta feita, embora se reconheça o papel fundamental do jurista crítico na contestação do Direito tradicional, há que se pontuar que, além de lhe faltar o elemento de sensibilidade, com a linguagem que utiliza e pelo modo como crê na potencialidade de seus estudos em responder todos os problemas, ele se dogmatiza. Nem ele, nem o jurista tradicional, portanto, são os ideais para perceber e escutar os sentimentos das pessoas e atuar da maneira mais eficazmente humana na resolução de conflitos. E é nesse contexto que se destaca a figura do jurista crítico-sensível.

O jurista crítico-sensível é aquele que se forma *utilizando-se* da arte e da literatura para além dos estudos e referenciais teóricos, não apenas *por meio* da arte e da literatura, garantindo para si e para a sociedade na qual vai atuar um compromisso ético com o outro, já que este compromisso não é alcançado por doutrinas ou códigos, mas pelos contatos não superficiais com essas áreas do conhecimento (SBIZERA, 2015).

Embora não seja função ou dever da literatura formar o jurista crítico-sensível, ela se apresenta como um efeito mental que, ao possibilitar novos significados e renovar a linguagem, faz com que ele perceba algo que habitualmente não veria e possa revolucionar não só o modo como enxerga os fatos, mas o que diz e como diz as coisas.

É importante salientar que a Literatura não pretende substituir a realidade ou negar o mundo, mas auxiliar em sua significação. Nesse aspecto, o jurista crítico-sensível deve ter total consciência de que a condição

primária da Literatura é imaginária e utilizar-se de suas ideias e benefícios observando os limites trazidos, no sentido de evitar que o seu conhecimento e pensamento articulado sejam capturados, procurando apreendê-la em sua totalidade, em um movimento constante de afirmação e negação (SBIZERA, 2015). O jurista crítico-sensível, portanto:

deve utilizar-se da literatura como um guia para a transformação dos seus próprios conhecimentos e pensamento, bem como do pensamento e pensamento do outro, jurista ou não, para, com isto, converter o Direito entendido como tradicional ou criticamente dogmático em uma compreensão crítico-sensível e transformar, mais humanamente, a partir disso, as realidades nas quais a sociedade e os humanos vivem (SBIZERA, 2015, p. 160).

De protagonismo sem par para a manifestação do pensamento crítico-sensível é o uso subversivo, transgressor e libertário da linguagem, pois não importa somente o que é dito pelo jurista, mas o modo como diz. Dessa maneira, “as palavras precisam passar a valer mais como e a variar mais com as intensidades que carregam” (SBIZERA, 2015, p. 162).

Em conclusão, o jurista, para se tornar crítico-sensível utilizando-se da Literatura, deve lê-la exercitando, para além do conhecimento e do pensamento simbólico que formam o saber crítico, o conhecimento e o pensamento sensível (SBIZERA, 2015), aceitando o desafio de deixar-se provocar e sensibilizar pela obra literária já que, conforme Warat (1990, p. 73): “Não podemos compreender a vida através de conceitos insensíveis [...]”.

3 Um estudo de caso da literatura como direito fundamental de formação na graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia

Lastreado na pesquisa bibliográfica exposta, o debate empreendido no presente trabalho, neste tópico, concentra-se na realidade do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da

Bahia, com vistas a verificar a (não) efetivação do Direito à Literatura na referida unidade de ensino jurídico superior.

3.1 Sobre a metodologia da pesquisa e o local que abriga o objeto da pesquisa

A pesquisa realizada configura-se como um Estudo de Caso, conceituado por Yin (2005) como uma investigação empírica que compreende um método abrangente, podendo valer-se tanto de abordagens qualitativas como quantitativas. Conforme Magda Ventura (2007), ele pode ser entendido como uma metodologia que se define pelo interesse em casos individuais, que pode ser classificado, a depender dos objetivos da investigação, em: a) intrínseco, quando se busca compreender melhor um caso particular em si; b) instrumental, quando se pretende examinar um caso para compreender melhor outra questão, mais ampla; e c) coletivo, quando o estudo abrange outros casos instrumentais conexos visando a teorização de um conjunto maior de casos.

Com base no exposto, podemos definir a presente pesquisa como um Estudo de Caso instrumental – porque se pretende examinar o direito à Literatura na graduação em Direito da UFBA com vistas a entender uma questão maior relacionada ao impacto da Literatura no Ensino Jurídico do Brasil – com abordagem qualitativa.

Para tanto, convém tratar, primeiro, do local que abriga o objeto da pesquisa: a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

A Faculdade Livre de Direito da Bahia foi fundada em 15 de abril de 1891, reconhecida sob a vigência da primeira Constituição republicana brasileira pelo Decreto n. 599, de 18 de outubro de 1891, do Governo Federal,¹ sendo a terceira faculdade de Direito do Brasil e a primeira da Bahia.

¹ Informações retiradas do site institucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <https://direito.ufba.br/institucional>. Acesso em: 16 nov. 2019.

A Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia passou a adotar este nome com a federalização em 1956, realizada através da Lei 3.038/1956. Possui atualmente cerca de 120 docentes, 28 servidores técnico-administrativos e mais de 2.800 estudantes no curso diurno e noturno, além dos estudantes do Bacharelado Interdisciplinar (Área de concentração em Estudos Jurídicos), tendo alcançado nota 4 na avaliação integral do curso realizada pelo INEP/MEC em 2018.²

3.2 Análise documental

Partindo dos regulamentos educacionais nacionais para os diplomas normativos específicos da Faculdade de Direito da UFBA, serão analisados: a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB 9394/96); o Parecer CNE/CES nº 146/2002; a Resolução CNE/CES nº 9/2004, que instituiu as diretrizes curriculares nacionais do curso de Graduação em Direito; os Projetos Pedagógicos do curso de Direito da UFBA (Diurno e Noturno); e as grades curriculares da Graduação em Direito da UFBA.

3.2.1 Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB 9394/96)

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação vigente, promulgada em 20 de dezembro de 1996, foi aprovada a partir de muitas discussões dentro do Legislativo e registra mais de cem alterações em seu corpo desde a promulgação (MONTEIRO; GONZÁLEZ; GARCIA, 2011), tendo sofrido alterações pontuais recentemente.

Nota-se, a partir da análise da LDB, que a definição de Educação é ampla, compreendendo os processos formativos presentes nos diferentes âmbitos da vida humana e instituições. Assim:

² Informação extraída do site da UFBA: https://ufba.br/ufba_em_pauta/bem-avaliada-ufba-obtem-90-de-4-e-5-no-ende-e-mantem-se-em-140-no-ranking-folha. Acesso em: 16 nov. 2019.

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais (BRASIL, 1996).

Nesse sentido, prezando pelo desenvolvimento pleno do educando, o referido diploma legal estabelece alguns princípios norteadores do ensino brasileiro, dentre os quais estão mencionados a seguir aqueles que guardam maior pertinência com o tema tratado nesta pesquisa:

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

II - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

XIII - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida (BRASIL, 1996).

A Literatura, libertadora e humanizadora que é, consoante as razões expostas nos capítulos anteriores, apresenta-se como uma ferramenta imprescindível para a realização de tais princípios, visto que, tal qual a Arte, campo onde está inserida, é capaz de exibir diferentes perspectivas e ideias sobre um mesmo objeto, fato ou tema, além de mobilizar e sensibilizar quem tem contato com ela para uma postura fundamentada em características básicas para uma convivência humana saudável, como o respeito, a empatia e a tolerância.

Acerca do papel dos docentes na construção da educação e do ensino, postula a LDB:

Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:

I - participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;

- II - elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;
- III - zelar pela aprendizagem dos alunos;
- IV - estabelecer estratégias de recuperação para os alunos de menor rendimento; [...] (BRASIL, 1996).

Dentre as incumbências destinadas aos docentes, extraídas da lei, merece destaque a participação na elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino, já que este é um possível caminho para inserção da Literatura enquanto campo do conhecimento no Ensino jurídico, bem como para apresentação de propostas de componentes curriculares ligados a ela para compor os currículos da Graduação em Direito.

Adentrando no recorte do Ensino Superior, convém transcrever as finalidades às quais ele deve se dirigir dispostas pela LDB:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

- I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;
- II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;
- III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;
- IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;
- V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;
- VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição;

VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares (BRASIL, 1996).

Perceba-se que o que foi postulado acima acerca da importância da Literatura para a realização dos Princípios Gerais da Educação também pode ser aplicado em relação às finalidades do Ensino Superior, principalmente no que concerne ao estímulo à criação cultural e ao pensamento crítico e reflexivo e ao desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional.

Por fim, cabe reafirmar a possibilidade de inserção da Literatura nos currículos jurídicos observando a autonomia das universidades para fixar seus currículos, conforme a LDB:

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições: [...] II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes; [...] (BRASIL, 1996).

3.2.2 Parecer CNE/CES nº 146/2002

O parecer foi aprovado pelo Conselho Nacional de Educação e pela Câmara de Educação em 03 de abril de 2002 e tratava das Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de graduação em Direito, Ciências Econômicas, Administração, Ciências Contábeis, Turismo, Hotelaria, Secretariado Executivo, Música, Dança, Teatro e Design.

É imperioso mencioná-lo porque, embora revogado pelo Parecer CNE/CES nº 67 de 2003, ele consta, ao lado da Resolução CNE/CES nº

9/2004, como base legal das grades curriculares dos cursos diurno e noturno da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia a serem analisadas em tópico posterior.

Desse modo, estão transcritos a seguir os pontos do supracitado parecer pertinentes às diretrizes curriculares do curso de Graduação em Direito:

3.2. Diretrizes Específicas por Curso Relatado

Sob este tópico serão tratados os aspectos peculiares a cada curso, abrangendo Perfil Desejado do Formando, as Competências e Habilidades, os Conteúdos Curriculares e, quando necessário, um tópico sobre Considerações Finais.

3.2.1. Curso de Graduação em Direito

• Perfil Desejado do Formando

Quanto ao perfil desejado, o curso de Direito deverá oportunizar ao graduando uma sólida formação geral e humanística, com a capacidade de análise e articulação de conceitos e argumentos, de interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e visão crítica que fomente a capacidade de trabalho em equipe, favoreça a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, além da qualificação para a vida, o trabalho e o desenvolvimento da cidadania.

• Competências e Habilidades

O curso de graduação em Direito deve possibilitar a formação do profissional do Direito que revele, pelo menos, as seguintes habilidades:

- leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;
- interpretação e aplicação do Direito;
- pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
- adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
- correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;

- utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
- julgamento e tomada de decisões; e
- domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

• Conteúdos Curriculares

Os cursos de graduação em Direito deverão contemplar, em seus projetos pedagógicos e em sua organização curricular, conteúdos que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:

I – Conteúdos de Formação Fundamental, que tem por objetivo integrar o estudante no campo do Direito, estabelecendo ainda as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo estudos que envolvam a Ciência Política (com Teoria Geral do Estado), a Economia, a Sociologia Jurídica, a Filosofia e a Psicologia Aplicada ao Direito e a Ética Geral e Profissional;

II – Conteúdos de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação do Direito, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência Jurídica e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas harmônicas relações internacionais;

III – Conteúdos de Formação Prática, que objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o estágio curricular durante o qual a prática jurídica revele o desempenho do perfil profissional desejado, com a devida utilização da Ciência Jurídica e das normas técnico-jurídicas (BRASIL, 2002).

3.2.3 Resolução CNE/CES nº 9/2004

A Resolução CNE/CES nº 9/2004, que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito – proposta ao Conselho Nacional de Educação e à Câmara de Educação Superior –, confere fundamento legal para os currículos jurídicos vigentes da Graduação em Direito da UFBA e para os seus Projetos Pedagógicos. Vale esclarecer,

contudo, que já foi publicado um novo diploma acerca da matéria: a Resolução CNE/CES nº 5/2018.

Entre outras providências, a Resolução em pauta dispõe sobre a composição obrigatória do Projeto Pedagógico do Curso (PPC):

§ 1º O Projeto Pedagógico do curso, além da clara concepção do curso de Direito, com suas peculiaridades, seu currículo pleno e sua operacionalização, abrangerá, sem prejuízo de outros, os seguintes elementos estruturais:

I - concepção e objetivos gerais do curso, contextualizados em relação às suas inserções institucional, política, geográfica e social;

II - condições objetivas de oferta e a vocação do curso;

III - cargas horárias das atividades didáticas e da integralização do curso;

IV - formas de realização da interdisciplinaridade;

V - modos de integração entre teoria e prática;

VI - formas de avaliação do ensino e da aprendizagem;

VII - modos da integração entre graduação e pós-graduação, quando houver;

VIII - incentivo à pesquisa e à extensão, como necessário prolongamento da atividade de ensino e como instrumento para a iniciação científica;

IX - concepção e composição das atividades de estágio curricular supervisionado, suas diferentes formas e condições de realização, bem como a forma de implantação e a estrutura do Núcleo de Prática Jurídica;

X - concepção e composição das atividades complementares; e,

XI - inclusão obrigatória do Trabalho de Curso (BRASIL, 2004).

Merece realce, também, o artigo colacionado abaixo, que trata do perfil do graduando que o curso de Direito deve assegurar. Sublinha-se a sólida formação humanística, capacidade de análise e postura reflexiva e crítica, qualidades que certamente seriam desenvolvidas se tais estudantes fossem postos em contato direto com matérias ligadas à Literatura:

Art. 3º O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação,

interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania (BRASIL, 2004).

Nesse sentido, a Literatura poderia auxiliar, para além de outras contribuições ressaltadas ao longo desta pesquisa, na construção de uma formação profissional completa, desenvolvendo a leitura, escrita, comunicação e interpretação, o que contribui para o julgamento e tomada de decisões e concretiza o disposto na Resolução:

Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:

I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

II - interpretação e aplicação do Direito;

III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;

V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;

VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;

VII - julgamento e tomada de decisões; e,

VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito (BRASIL, 2004).

Por fim, convém pontuar a ausência de menção à Literatura enquanto área formativa que deve fazer parte do eixo formativo do curso de Graduação em Direito pela Resolução estudada em seu artigo 5º, inciso I:

Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:

I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia;

II - Eixo de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual; e III - Eixo de Formação Prática, objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais Eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares (BRASIL, 2004).

3.2.4 Projetos Pedagógicos do Curso de Direito da UFBA – Diurno e Noturno

O Projeto Pedagógico da Faculdade de Direito da UFBA do curso diurno data de 2006 e o do noturno, de 2008.

Ambos os Projetos estão lastreados na Resolução CNE/CES nº 9/2004 e tiveram por finalidade adaptar os currículos dos cursos de Direito, os objetivos e justificativas às diretrizes por ela fornecidas. Da análise desses documentos é possível destacar alguns pontos interessantes para a presente pesquisa.

Nesse sentido, pontuam-se nas justificativas o ensino interdisciplinar, a troca e cooperação de saberes, a formulação de um conhecimento

construtivista, a flexibilização curricular pela abertura de espaços para proporcionar uma margem de escolha aos estudantes – possibilidade de cursar dois componentes que não estejam na grade curricular de Direito –, a inserção de disciplinas de outras áreas do conhecimento e a ampliação de estratégias pedagógicas além da sala de aula.

Ademais, afirmam buscar a exploração de atividades que possibilitem o desenvolvimento de habilidades como a autonomia, a criatividade e o empreendedorismo, e o estímulo à prática de pesquisa e extensão para o desenvolvimento de um estudante intelectualmente independente.

Como pretensões da reestruturação curricular trazida pelos projetos e do curso de Graduação em Direito são apontadas a ampliação dos horizontes cognitivos da Faculdade de Direito da UFBA e a formação de bacharéis com uma sólida formação humanista, crítica e ética, além do domínio dos institutos do ordenamento jurídico, consoante o disposto no artigo 3º do Parecer CNE/CES nº 9/2004.

Convém ressaltar a ênfase dada à interdisciplinaridade pelo diploma como um mecanismo capaz de fornecer uma formação global e crítica, em oposição à segmentação de saberes, e de contribuir criativamente para a estruturação de um novo ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, os projetos propõem a inclusão de componentes ligados à Filosofia, Economia, Sociologia e Ciência Política, Semiótica e Retórica – sendo silentes quanto às Artes e à Literatura – nas grades curriculares do curso com vistas a alcançar os objetivos de formação pretendidos e expostos nas justificativas.

Em relação às competências e habilidades gerais esperadas para o perfil discente do curso de graduação em Direito da UFBA, são elencados: a) internalização dos valores de responsabilidade social, justiça e ética profissional; b) formação humanística e visão global que possibilitem o entendimento do meio socio-político-econômico-cultural no qual está

inserido; c) capacidade de atuar de modo interdisciplinar; d) formação técnico-científica; e) competência para empreender ações; e f) compreensão da necessidade de aperfeiçoamento profissional permanente.

No que se refere às habilidades específicas, os projetos pedagógicos transcrevem o disposto no artigo 4º da Resolução CNE/CES nº 9/2004, colacionado no tópico anterior.

3.2.5 Grades curriculares do curso de Graduação em Direito da UFBA (diurno e noturno)

A grade curricular do curso de Graduação em Direito do turno diurno baseia-se no currículo de 2010-1. A grade curricular do curso de Graduação em Direito do turno noturno está fundamentada no currículo de 2009-1. Ambas estão disponíveis no site institucional da Faculdade de Direito da UFBA.³

Ao se comparar as duas grades, percebem-se algumas diferenças pontuais: quanto à carga horária, o curso diurno possui 4457 horas (3757 horas de componentes obrigatórios e 204 de componentes optativos, com 300 horas de atividade complementar), enquanto o noturno apresenta 4265 horas (3825 horas de componentes obrigatórios e 204 de componentes optativos, com 100 horas de atividade complementar); quanto aos componentes curriculares obrigatórios: o currículo do curso diurno contempla a Introdução ao Estudo de Direito, que corresponde à Teoria do Direito I e à Teoria do Direito II no currículo do noturno; o diurno apresenta Direito Constitucional I e Direito Constitucional II-A, correspondentes às matérias Teoria da Constituição e Organização do Estado e Direito Constitucional do diurno; consta exclusivamente no currículo do diurno a disciplina Direito do Trabalho Coletivo e Sindical, já

³ UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. Faculdade de Direito. *Grade Curricular do curso de bacharelado em Direito*. Disponível em: <https://direito.ufba.br/grade-curricular>. Acesso em: 16 nov. 2019.

no currículo do noturno é contemplada com exclusividade o componente Direito Agrário.

A despeito das diferenças pontuadas, as duas grades curriculares são muito semelhantes: trazem os componentes curriculares com fundamento nas indicações dispostas no Parecer CNE/CES nº 146/2002, que, em que pese ter sido revogado pelo Parecer CNE/CES nº 67/2003, consta como base legal das grades ao lado da Resolução CNE/CES nº 9/2004, que, por sua vez, fundamentou os Projetos pedagógicos analisados anteriormente. Nesse sentido, estão presentes nas grades curriculares as disciplinas Introdução à Economia, Sociologia Jurídica, Introdução à Filosofia, Psicologia I (diurno) e Psicologia Social I (noturno), e Ética Geral e Profissional.

Além disso, é importante enfatizar, obviamente, a ausência em ambos os currículos – tanto na lista de componentes obrigatórios como na lista de componentes optativos – de intersecção com a Literatura ou indicação de disciplinas que promovam estudos literários, constando apenas, como matéria de Letras o componente LETE46 Libras-Língua Brasileira de Sinais.

Nota-se, portanto, que embora as justificativas constantes nos projetos pedagógicos da Faculdade de Direito enfatizem a interdisciplinaridade e a formação humanística, os currículos da Graduação em Direito da UFBA estão voltados, prioritariamente, para a dogmática jurídica, o que confirma as postulações colocadas ao longo do presente trabalho quanto ao tecnicismo e dogmatismo que permeiam o ensino jurídico no Brasil.

3.2.6 Edital do Curso de Extensão *Direito, Literatura e Cultura*

Na contramão do tecnicismo verificado nos currículos jurídicos do curso de Graduação em Direito da UFBA, há que se mencionar o Curso de Extensão *Direito, Literatura e Cultura*, proposto e coordenado pelos professores da Faculdade de Direito da UFBA, Pedro Lino de Carvalho Júnior

e Antônio Sá da Silva. Iniciado em abril de 2019, teve carga horária de 60 h. A justificativa para a sua implantação, constante em seu edital, reafirma a importância de se estimular a intersecção entre Direito e Literatura:

Este campo de estudos é importante para assegurar a compreensão de que o direito é parte da cultura, da linguagem e da sociedade: a imaginação literária abre a possibilidade de se resgatar a singularidade e as nuances do mundo da vida. Deveras, conquanto o direito pretenda repousar no âmbito do instituído e do codificado, mais próximo à noção de ordem, de sistemas lógico-demonstrativos, e da racionalidade, enfim, e à literatura se busca associar o domínio da invenção e mesmo da irracionalidade, é possível e desejável construir pontes hermenêuticas, aproximando-os. A abordagem pretende esclarecer em que medida o direito poderia se servir dos estudos de direito e literatura, enquanto arte e saber capaz de se pôr ao serviço da fundamentação ético/racional do discurso e práticas jurídicas.⁴

Convém ressaltar, entretanto, que este curso representa uma iniciativa específica no que se refere ao estudo de Direito e Literatura na Graduação em Direito da UFBA, apresentando-se como uma exceção ao predomínio da valorização de estudos dogmáticos e, também, como um exemplo a ser multiplicado.

3.3 Conclusões

A análise de todos estes diplomas normativos permite concluir que: a) o curso de Graduação em Direito da UFBA não efetiva o direito fundamental à Literatura, haja vista que, ao não propor disciplinas relacionadas a ela para compor o eixo fundamental como fez com outras áreas já mencionadas, a deixa em segundo plano; b) a Faculdade de Direito da UFBA, para alcançar os objetivos de seu curso de Graduação em Direito e fazer

⁴ UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. Faculdade de Direito da UFBA. *Edital para preenchimento de vagas do Curso de Extensão Direito, Literatura e Cultura*. Disponível em: <https://direito.ufba.br/edital-para-preenchimento-de-vagas-do-curso-de-extensao-direito-literatura-e-cultura>. Acesso em: 19 nov. 2019.

valer o que preconiza a LDB no que se refere à liberdade de aprendizado, à divulgação da cultura e da arte, ao pluralismo de ideias e ao respeito à tolerância, precisa reestruturar seus projetos pedagógicos e suas grades curriculares e procurar maneiras de pôr em prática os preceitos que defende.

Em primeiro lugar, tal reestruturação se mostra necessária porque há um diploma normativo mais recente que trata das diretrizes curriculares nacionais do curso de Direito do que o utilizado pela Faculdade em pauta quando da formulação de seus projetos pedagógicos: a Resolução CNE/CES nº 5/2018. Esta recente Resolução traz como uma de suas relevantes novidades o parágrafo acostado abaixo:

Artigo 2º [...] § 4º O PPC deve prever ainda as formas de tratamento transversal dos conteúdos exigidos em diretrizes nacionais específicas, tais como as políticas de educação ambiental, de educação em direitos humanos, de educação para a terceira idade, de educação em políticas de gênero, de educação das relações étnico-raciais e histórias e culturas afro-brasileira, africana e indígena, entre outras (BRASIL, 2018).

É mister destacar o § 4º do artigo supracitado pela menção à educação em direitos humanos, políticas de gênero, relações étnico-raciais e culturas afro-brasileiras, temáticas muito abordadas pela Literatura produzida, em prosa e em verso, principalmente, por mulheres negras, como Carolina Maria de Jesus, Ana Maria Gonçalves, Conceição Evaristo e Lívia Natália (Professora de Teoria Literária do curso de Letras da UFBA).

Em segundo lugar, nota-se que a reestruturação aqui defendida possibilitaria a menção clara à Literatura como área formativa contributiva para o eixo de formação fundamental do curso de Graduação em Direito da UFBA. A inclusão de componentes curriculares ligados aos estudos de Direito e Literatura e de teoria e/ou análise literária aos currículos

jurídicos contribuiria, pois, para a construção de uma formação interdisciplinar, tais como disciplinas de Antropologia, Sociologia, Economia e Psicologia.

Considerações finais

Diante do exposto, resta evidenciada a importância da Literatura no desenvolvimento e aplicação do conhecimento jurídico. A interdisciplinaridade dos saberes jurídicos e literários representa contribuição fundamental para a construção de um jurista crítico-sensível, com formação humanística e crítica, capaz de compreender o fenômeno jurídico por muitas perspectivas, o que supera a figura do jurista tradicional, dogmático, e a do jurista apenas crítico.

Contudo, infere-se que, a despeito das contribuições que a Literatura pode ofertar ao Direito, há muitos obstáculos a serem transpostos para que a inter-relação entre esses conhecimentos seja mais frequente e prestigiada, como, por exemplo, a alteração dos currículos jurídicos eminentemente dogmáticos, a fim de incluir nas grades componentes atinentes aos estudos literários e interseccionas de direito e literatura.

Nesse ponto, constata-se, através da análise documental da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB 9394/96), que a Educação deve ser compreendida de maneira ampla e o ensino deve primar pelo pluralismo de ideias e respeito à diversidade, tendo o ensino superior a finalidade, entre outras, de estimular a criação cultural e o pensamento reflexivo, pontos cuja concretização pode ser certamente auxiliada pelo estudo da Literatura.

No que concerne à Resolução CNE/CES nº 5/2018, percebe-se que, embora esse diploma normativo disponha que o curso de Graduação em Direito deverá proporcionar uma formação humanística e ampla capacidade de escrita, leitura e compreensão textual, não há nenhuma menção à

Literatura como área que deveria compor o currículo jurídico, citando-se outras áreas, como Antropologia, Sociologia e História.

No mesmo sentido, por meio da análise documental do Parecer CNE/CS 146/2002, que consta como base legal nos currículos dos cursos diurno e noturno de graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, do Projeto Pedagógico da Faculdade de Direito da UFBA, e das próprias grades curriculares mencionadas, nota-se a ausência da Literatura enquanto área formativa e de componentes voltados para os estudos literários naquela instituição de ensino superior, em que pese a existência pontual de um curso de extensão voltado ao estudo do direito e literatura.

Pontuadas estas constatações, convém indicar algumas estratégias para realizar essa aproximação entre Direito e Literatura nos cursos jurídicos, especialmente no curso de Graduação em Direito desta Universidade. São citadas aqui de modo exemplificativo, visto que não se pretende nem parece possível, obviamente, esgotar o assunto abordado, mas sim contribuir para o debate.

Desse modo, a primeira seria a proposição, pelos docentes, de componentes para integrar as grades curriculares da Graduação em Direito que fossem voltados ao estudo de Direito e Literatura, bem como a inclusão de disciplinas do curso de Letras voltadas para teoria e análise literárias no currículo jurídico, para que os graduandos tenham contato com instrumentos próprios da análise literária e possam utilizá-los na compreensão dos fenômenos jurídicos.

Outra forma de contribuir para a articulação entre os saberes seria a participação de Professores de Letras da Universidade na condução de um possível componente curricular *Direito e Literatura*, o que promoveria uma integração entre as Faculdades.

Além disso, recomenda-se a indicação e o uso de obras literárias durante as aulas que sejam pertinentes aos assuntos trabalhados em cada

componente curricular dogmático de Direito; a criação de grupos de pesquisa, na Graduação, voltados para os estudos de Direito e Literatura; bem como a criação de cursos de extensão e Ações Curriculares em Comunidade e Sociedade (ACCS), e a promoção de uma maior interação entre juristas e literatos através de grupos de estudo, seminários e outros eventos.

Por fim, cabe salientar que a escolha da Literatura como vertente para o presente trabalho não ignora a importância dos outros campos da Arte – Música, Cinema, Teatro – para o estudo do Direito e para a formação de um jurista crítico-sensível, mas se sustenta no reconhecimento de que a primazia da Literatura se justifica, nesse contexto, devido sobretudo à existência efetiva de um movimento articulado de Direito e Literatura no Brasil e à centralidade que a palavra ocupa em ambos os campos do saber.

Referências

- ANDRADE, José Antônio Araújo. O papel das narrativas na aprendizagem da docência: um enfoque no aspecto das interações humanas. **Revista de Educação PUC-Campinas**, v. 18, n. 3, 2014.
- BARRADAS, Raquel de Freitas. Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações. **Working Paper 6/02**, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano, 2002.
- BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.
- BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional da Educação. Câmara de Educação Superior. **Parecer nº 145, de 03 de Abril de 2002**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/escola-de-gestores-da-educacao-basica/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/13242-parecer-ces-2002>. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional da Educação. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rceso9_04.pdf. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional da Educação. Câmara de Educação Superior. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/55640393/doi-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113. Acesso em: 19 nov. 2019.

CANDIDO, Antonio *et al.* **Direitos humanos e literatura**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CECCAGNO, Douglas. A verdade real do direito e a ficção da literatura. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 1, n. 2, 2015.

CERQUEIRA, Nelson. **Hermenêutica e Literatura**: um estudo de *As I Lay Dying*, de William Faulkner, e *Vidas Secas*, de Graciliano Ramos. Tradução Yvenio Azevedo. Salvador: Cara, 2003.

FERNANDES, Claudia Damian; CAMPOS, Karine Miranda; MARASCHIN, Claudio. Direito e Literatura: uma análise interdisciplinar do fenômeno jurídico a partir dos textos literários. **Anagrama**, v. 2, n. 4, p. 1-11, 2009.

FERREIRA JR., Ednaldo Silva. Semelhanças entre a ficção jurídica e a ficção literária: os processos judiciais enquanto narrativas ancoradas na realidade. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 2, n. 2, p. 349-370, 2016.

FREITAS, Maria Teresa Menezes; FIORENTINI, Dario. As possibilidades formativas e investigativas da narrativa em educação matemática. **Horizontes**, v. 25, n. 1, 2007.

GAAKEER, Jeanne. Por que o direito precisa das ciências humanas: julgando pela experiência. **ANAMORPHOSIS: Revista Internacional de Direito e Literatura**, Tradução Felipe Zobarán, v. 5, n. 1, p. 5-14, 2019.

- GHIRARDI, Pedro Garcez. O teatro, a consciência do rei: o papel da literatura na formação democrática do jurista. **ANAMORPHOSIS: Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 2, n. 1, p. 53-67, 2016.
- GONZÁLEZ, José Calvo. **Direito Curvo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. **Teoria poética do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- LOPES, Paula. **Literatura e linguagem literária**. Biblioteca Online de Ciências Da Comunicação, 2010. Disponível em: <http://repositorio.ual.pt/handle/11144/200>. Acesso em: 08 nov. 2019.
- MEGID, Maria; FIORENTINI, Dario. Formação docente a partir de narrativas de aprendizagem. **Revista Interações**, p. 178-203, 2011.
- MONTEIRO, Rui Anderson Costa; GONZÁLEZ, Miguel León; GARCIA, Alessandro Barreta. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: o porquê e seu contexto histórico. **Revista Eletrônica de Educação**, v. 5, n. 2, p. 82-95, 2011.
- MOREIRA, Elana Gomes Santos; NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. Direito e literatura: a importância da literatura no direito. **Revista Letras Jurídicas**, n. 2, v. 1, 2014. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2014/09/LJ-0209.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2019.
- OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.
- PINTO, Isac Penedo. Aspectos do Pós-Positivismo e a Crise da Legalidade. **Revista DIREITO PÚBLICO**, IDP, v. 8, n. 44, 2011. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1223. Acesso em: 08 nov. 2019.
- POUND, Ezra Loomis. **ABC da literatura**. Tradução Augusto de Campos e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1997.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SBIZERA, José Alexandre Ricciardi. **Arte e direito**: o lugar da literatura na formação do jurista crítico-sensível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHWARTZ, Germano; MACEDO, Elaine. Pode o Direito ser Arte? Respostas a Partir do Direito & Literatura. In: **XV CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO-CONPEDI**, 2006, Manaus. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/germano_schwartz.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019.

SILAS FILHO, Paulo. **O Direito pela Literatura**: algumas abordagens. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, Joana Aguiar e. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; KARAM, Henriete. A literatura ajuda a existencializar o direito. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 4, n. 2, p. 615-626, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Direito e Literatura**: da Realidade da Ficção à Ficção da Realidade. São Paulo: Atlas, 2013.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o Direito. In: **Direito e Literatura**: Reflexões Teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. Faculdade de Direito da UFBA. **Edital para preenchimento de vagas do Curso de Extensão Direito, Literatura e Cultura**.

Disponível em: <https://direito.ufba.br/edital-para-preenchimento-de-vagas-do-curso-de-ensao-direito-literatura-e-cultura>. Acesso em: 19 nov. 2019.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. Faculdade de Direito. **Grade Curricular do curso de bacharelado em Direito**. Disponível em: <https://direito.ufba.br/grade-curricular>. Acesso em: 16 nov. 2019.

VENTURA, Magda Maria. O estudo de caso como modalidade de pesquisa. **Revista SoCERJ**, v. 20, n. 5, p. 383-386, 2007.

VESPAZIANI, Alberto. O poder da linguagem e as narrativas processuais. **ANAMORPHOSIS: Revista Internacional de Direito e Literatura**, Tradução André Karam Trindade, v. 1, n. 1, p. 69-84, 2015.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma Ecologia do Desejo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.

Sobre os autores

Ana Carolina Fernandes Mascarenhas

Doutora em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador. Atualmente é coordenadora e diretora acadêmica do curso de Direito, procuradora institucional e professora assistente da Faculdade Baiana de Direito. Integra o banco de avaliadores do Ministério da Educação/INEP.

André Luiz Teixeira dos Santos

Arquiteto e urbanista. Doutor pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo (2010). Técnico do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos

Procuradora do Trabalho. Mestra em Direito Público, especialista em Direito e Processo do Trabalho e graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Professora Convidada do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Estácio/CERS.

Ester Gondim

Professora de Direito Empresarial I da Universidade do Estado de Mato Grosso - Campus Marcelândia. Pós-graduanda em Direito Civil e Empresarial (Damásio Educacional).

Gabriela Di Pasqua

Mestra em Direitos Humanos pela UniRitter, com bolsa da CAPES. Graduada em Direito pela UniRitter. Assessora Jurídica do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Gabriel Dias Marques da Cruz

Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia e da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

Gabriel Ferreira da Fonseca

Professor do Centro Universitário de Salvador e do Centro Universitário Estácio da Bahia. Assessor de gabinete do Tribunal de Contas do Estado da Bahia. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo, com período sanduíche na Faculdade de Sociologia da Universidade de Bielefeld (Alemanha). Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Germano Schwartz

Diretor Executivo da Pesquisa e da Pós-Graduação na Ânima Educação. Professor do Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Líder do *Working Group “Social and Legal Systems”* do RCSL/ISA. Membro do *Executive Committee do World Consortium of Law and Society*. Membro do *Collaborative Research Network on Law and Health da Law and Society Association*. Vice-Diretor Científico da *World Complexity Science Academy*. Pós-Doutor em Direito pela *University of Reading*, Inglaterra. Doutor em Direito pela UNISINOS, com período sanduíche na *Université de Paris X*.

João Vitor de Souza Alves

Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Estado pelo JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador. Atualmente, é Assessor jurídico do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia.

Larissa Alvares Ribeiro

Pós-graduanda em Direito e Gestão Imobiliária pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Direito. Advogada do Escritório Chezzi Advogados.

Lucas Fucci Amato

Professor Doutor (colaborador) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na graduação e no mestrado e doutorado. Bacharel, Doutor e Pós-Doutor pela USP, com estágio pós-doutoral na *University of Oxford* (Inglaterra) e estágio doutoral sanduíche na *Harvard Law School* (EUA).

Luciana Barreto Lemos

Mestranda em Administração Pública pela Universidade de Pittsburgh (EUA). Pesquisadora integrante do *Ford Institute for Human Security* da Faculdade de Políticas Públicas e Assuntos Internacionais da Universidade de Pittsburgh. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador.

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo. Realizou estágio pós-doutoral pelo Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, foi *visiting researcher* no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati (Espanha) e fez estágio doutoral “sanduíche” na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Los Angeles (EUA).

Maria Cecília Loschiavo dos Santos

Filósofa. Professora Titular de Design da Universidade de São Paulo e Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Graduação (1976), Licenciatura (1977), Mestre (1985) e Doutora (1993) em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Obteve o título de livre-docente pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP (2003).

Mártin M. Szinvelski

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com bolsa do Conselho de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior/Programa de Excelência Acadêmica (CAPES/PROEX).

Mateus Barbosa Gomes Abreu

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pelo JusPodivm e Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor em cursos de especialização e graduação. Advogado.

Matteo Finco

Doutor em *Social Sciences* (*Università degli Studi di Macerata*, Itália, 2017). Bolsista PNPd/CAPES (Uniritter, Porto Alegre).

Sandra Regina Martini

Doutora em *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* (Università degli Studi di Lecce, 2001). Professora do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter, Porto Alegre), Professora convidada no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre), Professora visitante na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Pesquisadora Produtividade 2 CNPq.

Sarah Mirella Moreno da Cunha

Pós-graduanda em Ciências Criminais pelo Centro de Estudos José Aras – CEJAS. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Têmis Limberger

Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona. Estudos pós-doutorais em Direito pela Universidade de Sevilha. Mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogada. Procuradora de justiça do MP/RS (aposentada).

Vitor Soliano

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Econômico e Administrativo na Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

Wálber Araujo Carneiro

Doutor em Direito pela Unisinos, em sanduíche com a Universidade de Coimbra (Portugal), com estudos de pós-doutorado nas Universidade de Brasília (UnB), Goethe Universität Frankfurt am Main e Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor associado da Ufba nas áreas de Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. Líder do grupo de pesquisa “Direito, sentido e complexidade social” (DSComplex) e coordenador do Observatório de Análise Ecológica do Direito (OBAEDi).

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org