

Solidariedade ampla ou restrita?

O comunismo é um modelo de organização da sociedade que aposta numa das melhores características do ser humano: a solidariedade ampla, dirigida a todos, pessoas próximas ou distantes, conhecidas ou desconhecidas, visíveis ou invisíveis. No comunismo, supõe-se que o interesse de todos deve prevalecer sobre o de alguns. Por isso fracassou.

O capitalismo, ao contrário, aposta numa das piores características do ser humano: a solidariedade restrita, dirigida a alguns, em geral os familiares, amigos e pessoas próximas. No capitalismo, supõe-se que o interesse de alguns deve prevalecer sobre o de todos. Por isso triunfou.

A solidariedade restrita faz parte do “hardware humano”. É fruto de um processo evolutivo de dezenas de milhares de anos que resultou na seleção natural das comunidades humanas que desenvolveram laços de proteção mútua. Graças a este “hardware”, a notícia sobre um acidente fatal com alguém que conhecemos, ou que poderíamos ter conhecido, mobiliza nossa atenção e emoção. O inconsciente dá o sinal de alarme do tipo “poderia ter ocorrido comigo”. Já a notícia sobre algo ruim que tenha acontecido com milhares de pessoas de um país longínquo, que nem sabemos onde fica, desperta pouca atenção e menos ainda emoção.

A solidariedade ampla não faz parte do “hardware humano”. Para ativá-la é preciso instalar um “software humano”, calcado na razão e não na emoção. Esse “software” é fruto do processo civilizatório, que a humanidade iniciou a apenas alguns milhares de anos. Assim, não causa surpresa que as decisões mundanas e judiciais sejam mais frequentemente influenciadas pela solidariedade restrita do que pela ampla.

Na visão idílica de Karl Marx sobre o futuro regime comunista, cada um deveria produzir para o bem coletivo de acordo com a sua capacidade e usufruir da produção de acordo com as suas necessidades. Sem dúvida, uma visão generosa, de altíssimo conteúdo ético, que pressupõe a abundância de bens e serviços e o surgimento de um “homem novo”, mais feliz e generoso.

Essa evolução do ser humano seria inexorável porque, na compreensão do materialismo histórico, as convicções morais e ideológicas de uma sociedade decorrem da organização das forças produtivas, e não vice-versa. Nessa ótica, a religião teria a função de fazer com que o proletariado ficasse

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

submisso à brutal exploração que existia no século XIX, na certeza de que esta seria a vontade de Deus. Os conformados com a má sorte receberiam a felicidade eterna como compensação pelos sofrimentos na Terra.

Marx viveu numa sociedade regada pela versão mais radical do capitalismo. A riqueza concentrava-se em mãos de poucos proprietários dos meios de produção e a pobreza se espalhava por um número crescente de proletários que só tinham para vender a sua própria força de trabalho. Com o tempo, o sistema colapsaria. Entre outros motivos, porque não haveria compradores para os bens produzidos. Com o colapso, ocorreria a socialização dos bens de produção, com notável ganho de produtividade, o que pavimentaria o caminho para o paraíso comunista.

Os marxistas do final do século XIX e início do século XX tinham a convicção que a socialização dos meios de produção eclodiria como uma revolução liderada pelo proletariado urbano dos países em que o capitalismo fosse mais avançado: Inglaterra, França e Alemanha. Ninguém imaginava que poucos anos depois, devido ao efeito da Primeira Guerra Mundial, se tentaria na Rússia um atalho rumo ao comunismo. Logo a Rússia, um país onde o capitalismo pouco se desenvolvera, com a maior parte da população vivendo no campo e sujeita a relações de trabalho feudais.

Coube aos governos da Rússia e dos países satélites, amalgamados na União Soviética, supostamente sob a liderança do proletariado, organizar as forças produtivas - os recursos materiais e humanos - para melhor servir à sociedade. E isso numa sociedade atrasada culturalmente, com um escasso proletariado, acostumada e carente do poder absoluto do czar. Deu no que deu: o conceito da ditadura do proletariado, concebida por Lenin converteu-se na ditadura de Stalin e seus sucessores.

Com o passar das décadas o regime foi se tornando cada vez mais burocratizado e ineficiente, terminando melancolicamente no final da década de 80, quando Gorbachev e companheiros do Partido Comunista ousadamente resolveram reconhecer que "o rei estava nu". Tentaram a reestruturação do sistema de produção (*Perestroika*), juntamente com uma guinada em direção à democracia (*Glasnot*). Porém, a União Soviética não pousou suavemente no capitalismo da Europa Ocidental atual. Ao contrário, no geral espatifou-se no capitalismo selvagem do século XIX.

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

Na visão capitalista clássica de organização da sociedade, o Governo deve apenas atuar para manter a ordem pública, principalmente o respeito à propriedade privada. Este é o pilar central: as pessoas devem ser livres para atuar produzir e consumir, garantindo-se a propriedade privada dos bens de produção.

A partir de uma visão ética, seria razoável assumir que uma sociedade em que cada indivíduo olha apenas para si próprio e seus próximos, sem se importar com os outros, teria pouca chance de ser bem-sucedida. No entanto, é possível provar matematicamente que se cada indivíduo for simultaneamente um produtor e consumidor num mercado perfeito (concorrência perfeita tanto entre produtores quanto entre compradores), dá certo sim. Como por um passe de mágica, sem que haja qualquer coordenação centralizada, os produtores produzem exatamente os produtos que os consumidores querem comprar. É o que Adam Smith, o grande teórico do capitalismo chamava de mão invisível do mercado.

Embora não exista mercado perfeito, o capitalismo revelou-se historicamente como um sistema mais competente para a criação de riquezas do que o comunismo. Essencialmente porque no capitalismo o empreendedorismo resulta em premiação individual e no socialismo não. Ao longo das décadas, o capitalismo “selvagem” que Marx conheceu foi dando espaço a formas mais “domesticadas”.

Todos os países capitalistas, em maior ou menor grau, abrandaram a dureza inicial do capitalismo, criando estruturas de amparo social aos mais necessitados, o chamado *welfare state*. Criaram também entidades responsáveis por moderar o poder econômico e o uso de recursos naturais nas situações muito distantes do modelo ideal de “mercado perfeito”.

É o caso, por exemplo, das agências reguladoras de serviços públicos que determinam os preços e fiscalizam o serviço de empresas monopolistas. Ou das agências reguladoras do uso de bens naturais que impedem a ocorrência da chamada “tragédia dos comuns”, quando a soma das iniciativas individuais resulta numa tragédia coletiva.

Com o *débâcle* da União Soviética e o notório fracasso de Cuba para produzir uma qualidade de vida satisfatório para a sua população, aos países em desenvolvimento, inclusive o Brasil, só restou a rota do capitalismo. No

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

entanto, nos defrontamos com um sério problema para seguir resolutamente por esse caminho.

A Constituição de 1988 foi gestada pouco depois do fim da ditadura militar, numa época em que a sociedade ansiava por um Estado que lhe assegurasse uma série de direitos negados por mais de duas décadas. O debate se concentrou nos direitos dos cidadãos, com pouca atenção às suas obrigações. Imaginou-se um Estado provedor, como um grande pai. O muro de Berlim não havia ainda caído e se imaginava possível esse tipo de organização.

O resultado não foi um desastre. Mas está longe de ser um sucesso. Nossa Constituição restringe enormemente a iniciativa pessoal - o empreendedorismo - como se fôssemos uma sociedade comunista. Mas conseguimos manter a democracia, ainda que com notórias falhas. A China, ao contrário, eliminou completamente o comunismo aderindo despudoradamente à eficiência capitalista. Mas manteve a sociedade politicamente manietada. Ambos os países têm equilíbrio instável. Para atingir a estabilidade, é preciso aliar a democracia ao capitalismo, como demonstra o sucesso histórico dos Estados Unidos.

Como não aprendemos ainda essa receita, parte significativa da população tem demonstrado estar desiludida com os resultados de nossa democracia. Como escreveu André Lara Resende...

"... loteado e inadimplente em suas funções essenciais, enquanto absorvia parcela cada vez maior da renda nacional para sua própria operação, o Estado passou a ser visto como um ilegítimo expropriador de recursos. Não apenas incapaz de devolver à sociedade o mínimo que dele se espera, mas também um criador de dificuldades. A combinação de uma excessiva regulamentação de todas as esferas da vida, com a truculência e a arrogância de seus agentes, consolidou o estranhamento da sociedade. Em todas as suas esferas, o Estado deixou de ser percebido como um aliado, representativo e prestador de serviço. Passou a ser visto como um insaciável expropriador, cujo único objetivo é criar vantagens para os que dele fazem parte, enquanto impõe dificuldades e cria obrigações para o resto da população". (Valor Econômico, 05/07/2013).

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro Consequencialismo no Poder Judiciário, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

É aí que reside o perigo. Como dizia Churchill, “a democracia é a pior forma de governo imaginável, à exceção de todas as outras que foram experimentadas”. Ou, como ensina o Luís Fernando Veríssimo...

“...envelhecer é chato, mas consolemo-nos: a alternativa é pior. Ninguém que eu conheça morreu e voltou para contar como é estar morto, mas o consenso geral é que existir é muito melhor do que não existir”. (O Globo, 13/06/2013)

De igual maneira, os que viveram as arbitrariedades do regime militar, não precisam voltar da morte para saber que é preferível uma democracia capenga que uma ditadura atlética. Mas os mais jovens não sabem. E é preciso impedir que a serpente rompa a casca do ovo.

O principal desafio no Brasil de hoje é construir uma democracia eficaz. Uma democracia que, ao contrário da prática atual, contribua para o aumento da produtividade da economia, sem o qual o país não avançará no processo civilizatório. Com tantos escândalos de corrupção pipocando aqui e acolá, o cidadão tende a culpar “os políticos” pelo descontrole, ineficiência e indolência da máquina pública, que seria culpada por tudo de ruim que ocorre na sociedade.

Quando sucede um desses casos, é natural que o cidadão se enfureça ao constatar que recursos públicos escoam para os ralos da corrupção ou ficam represados nas muralhas da incompetência. E que exija a contratação de um exército ainda maior de fiscais para que os recursos sejam corretamente aplicados. Só que esses fiscais, para justificar a própria existência, passam a dificultar a atuação não apenas dos corruptos, mas também dos honestos.

Isto é, a ânsia por mais controle resulta no aumento da burocracia e, em última análise, do custo Brasil. Ao contrário do que ocorre nos processos industriais, onde é bem sabido que não existe controle 100% eficiente e que não faz sentido gastar com o controle mais do se ganha com ele.

A máquina pública não se move sozinha. Ela é acionada por despachos e decisões de servidores públicos. São pessoas que em sua maioria gostariam de estar prestando um bom serviço. Mas que recebem continuamente uma sinalização na direção contrária. Se um servidor público tomar de boa-fé uma decisão que depois se revele equivocada, provavelmente será punido. Para isso há um exército de controladores entrincheirados nas

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

corregedorias, tribunais de contas e ministérios públicos (federal e estadual).

Se não tomar decisão alguma, por exemplo, se pedir mais esclarecimentos ou engavetar o processo, provavelmente seguirá na carreira, sem grandes perturbações, a despeito da paralisia causada à máquina pública. Por outro lado, se tomar a decisão correta, é quase certo que não será premiado. Ao contrário, como a administração pública no Brasil é avessa à meritocracia, provavelmente será visto com desconfiança.

Como o administrador público tem medo de decidir, os empreendedores privados não conseguem investir para materializar as suas iniciativas. O lucro é visto como algo pecaminoso.

Para mudar essa situação é preciso diminuir a pressão "por mais fiscalização" a cada novo escândalo, exercer controle com foco nos resultados e não nos processos, punir exemplarmente os ilícitos constatados *ex-post* (sem excesso de filtros *ex-ante*) e divulgar os casos em que algum agente público fez mais do que o trivial para a produção de um bom resultado. Por alguma obscura razão, temos a tendência de cultuar os malandros e de ridicularizar os heróis. Temos que fazer o contrário, valorizando a meritocracia.

A Justiça também tem que fazer a sua parte. Só teremos um país democrático e próspero se os operadores do direito se esforçarem por adotar uma visão sistêmica, que considere as consequências de cada decisão. Não é simples, mas é possível. Vejamos um caso clássico.

O cidadão recorre ao Judiciário para que o SUS seja obrigado a pagar tratamento absurdamente caro. Alega, amparado por declaração de seu médico, que morrerá se o pleito não for atendido. O juiz, em respeito ao direito à vida (Art. 5º da CF), lhe dá ganho de causa. Como o orçamento do SUS é limitado, o dinheiro alocado para atender o reclamante, em cumprimento à decisão judicial, é retirado de algum outro lugar, por exemplo, de um ambulatório ou hospital. Resultado: dezenas de pessoas que se dirigem a esses estabelecimentos são prejudicadas pela mudança na destinação orçamentaria, com prejuízos para a distribuição regular de medicamentos ou de vacinas. Talvez algumas pessoas morram por falta de atendimento adequado.

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

Nesse hipotético caso, o juiz não considerou o efeito sistêmico de cada possível decisão. Ao contrário, teve o olhar focado no reclamante e não se sentiu obrigado a avaliar as múltiplas consequências, tanto da alternativa de acatar quanto a de não-acatar o pleito. Provavelmente foi influenciado pelo sentimento de solidariedade restrita com o reclamante. Solidariedade decorrente da percepção de que o drama exposto a seus olhos poderia estar ocorrendo com ele próprio ou com alguém que lhe fosse próximo. Porém, idealmente, as decisões judiciais deveriam se pautar pela solidariedade ampla.

Na elaboração do orçamento de grandes corporações prestadoras de serviço público também costuma prevalecer a solidariedade restrita. Cada diretor, superintendente e gerente tende a entrar na “disputa” pelos sempre limitados recursos focado nas necessidades da população sob sua guarda. Nessas condições, costuma levar vantagem quem melhor se articula politicamente, dentro e fora da corporação. Não necessariamente quem é responsável pelo segmento da sociedade mais carente de investimentos. A semelhança com o que ocorre no Congresso Nacional e nas Assembleias Legislativas não é mera coincidência.

Mas poderia ser diferente. Na Sabesp é. Decisões complexas e inspiradas na solidariedade ampla são tomadas com apoio de uma metodologia chamada *Analytic Hierarchy Process* (AHP)¹, que induz à hierarquização dos predicados que caracterizam qualquer investimento numa fase anterior à real aprovação do orçamento, quando ainda se discute conceitos e não os casos concretos. Tipicamente, diretores, superintendentes e gerentes respondem perguntas que permitam identificar o que é mais importante e/ou urgente.

Por exemplo, o que é mais importante, uma estação de tratamento de água – ETA, que contribui para a saúde das pessoas ou uma estação de tratamento de esgoto – ETE, que contribui para a despoluição dos rios? Se a

¹ Segundo a Wikipédia, “mais do que determinar qual a decisão correta, o AHP ajuda as pessoas a escolher e a justificar a sua escolha. O AHP fornece um procedimento abrangente e racional para estruturar um problema, para representar e quantificar seus elementos, para relacionar estes elementos com as metas globais e para avaliar soluções alternativas. Os usuários do AHP primeiramente devem decompor seu problema de decisão em uma hierarquia de subproblemas mais facilmente compreendidos, sendo que cada qual pode ser analisado independentemente. Os elementos da hierarquia podem relacionar-se com qualquer aspecto do problema de decisão – tangível ou intangível, ser medidos com precisão ou estimado grosseiramente, ser de boa ou de pobre compreensão – ou seja, qualquer coisa que se aplique à decisão”.

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

resposta for em favor da saúde das pessoas, os projetos de tratamento de água serão considerados mais prioritários do que os de tratamento de esgoto.

A AHP induz naturalmente à aceitação por todos de decisões inspiradas pela solidariedade ampla. O resultado prático da aplicação dessa metodologia é a hierarquização dos empreendimentos. Produz-se uma fila de projetos consistente com a percepção do conjunto de decisores sobre a importância relativa de um em relação a todos os demais. Uma vez formada a fila não há na Sabesp quem ouse furá-la. Ou seja, ninguém reivindica que o projeto colocado no octogésimo lugar, por exemplo, seja executado antes do projeto colocado no vigésimo lugar.

Não era assim no passado. Por exemplo, a estação de tratamento de esgoto de Campos de Jordão é uma joia tecnológica que maravilha os visitantes. Na entrada, o fétido esgoto. Na saída, uma água com aparência cristalina sendo despejada num córrego muito limpo. Porém, é forçoso reconhecer que uma ETE mais simples e barata daria conta do recado e que, quando se decidiu pela construção de alternativa sofisticada e cara, pesou mais a solidariedade restrita aos habitantes locais do que a solidariedade ampla às crianças que pisam no esgoto que corre a céu aberto em diversas outras localidades, com menor poder aquisitivo e sem a influência política de Campos de Jordão.

É forçoso reconhecer que atualmente há ainda alguns operadores de direito que, tocados pela solidariedade restrita, violam a fila, embora quase sempre sem o saber. Tipicamente, em qualquer companhia de saneamento, não apenas na Sabesp, o caso começa com o inconformismo de algum agente de entidade de controle com as deficiências do saneamento na cidade onde mora. Pode ser, por exemplo, o lançamento de esgoto *in natura* no rio local.

Naturalmente, o hipotético agente sabe que a Lei do Saneamento aceita a implantação de soluções graduais e progressivas, como ocorreu nos países desenvolvidos (Lei 11.445/2007, Art. 2º, VIII). Ou seja, ele sabe que não é possível dar solução para o problema do saneamento num estalar de dedos, inclusive porque o dinheiro para realizar as obras depende da capacidade de pagamento dos usuários.

Sabe também que a mesma lei determina que “a autoridade ambiental competente estabelecerá metas progressivas para que a qualidade dos efluentes de unidades de tratamento de esgotos sanitários atenda aos

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

padrões das classes dos corpos hídricos em que forem lançados, a partir dos níveis presentes de tratamento e considerando a capacidade de pagamento das populações e usuários envolvidos” (Art.44, § 2º).

Ou seja, o hipotético demandante sabe que não há solução mágica que permita evoluir da situação real, frequentemente de grande desordem urbana, para a situação ideal. As dificuldades para implantar o serviço de saneamento numa favela, por exemplo, podem ser de ordem legal (o terreno invadido tem dono...), de ordem física (não há arruamento que permita enterrar os dutos...), de ordem técnica (não existem suficientes técnicos para projetar, construir e operar as instalações...) ou de ordem econômica (a população não tem renda para pagar as tarifas).

Em adição à Lei de Saneamento, há uma profusão de outras leis que asseguram aos cidadãos uma infinidade de direitos que, em sua maioria, devem ser providos pelo Poder Público. Por exemplo, o direito a um ambiente saudável, conjugado ao direito de acesso ao serviço de água e saneamento. Embora seja impossível física e economicamente construir e operar a infraestrutura necessária para fazer valer esses direitos em prazos exíguos, a simples existência desses imperativos legais fragiliza os administradores das companhias de saneamento e enseja uma profusão de ações na Justiça, resultando numa injustiça sistêmica, como bem explicado pelo desembargador José Natalini, ex-presidente do Tribunal de Justiça de SP:

O sistema de Justiça foi o alvo da busca desenfreada por direitos e interesses. A era da abundância dos direitos não tem sua correspondente preocupação com deveres, obrigações e responsabilidades. Todos só têm direitos... e haja equipamento judicial para atender aos mais de 100 milhões de processos numa nação de pouco mais de 200 milhões de habitantes... A Justiça é equipamento estatal destinado a reduzir aflições, sofrimentos, pesares e angústias... Tem singular missão a cumprir num Estado-nação de tanta injustiça e desigualdade... Até que se assimile a nova consciência ética da magistratura, e de todas as demais carreiras jurídicas, ainda assistiremos a muita violência perpetrada sob os auspícios da lei”. (O Estado de S. Paulo, 07/04/2015).

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro Consequencialismo no Poder Judiciário, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

Uma razoável carga de trabalho do Judiciário decorre de ACPs motivadas por uma percepção do que é prioritário na administração pública que se contrapõe à visão de quem foi eleito para tomar decisões. Ações que quando derrotadas na Justiça, não acarretam qualquer custo a quem lhes deu origem e sim a toda a sociedade, que arca não apenas com o custo processual, mas também com o emperramento do Executivo.

Na Sabesp, costumava receber muitos prefeitos. Vários deles me garantiam que não pretendem se candidatar à reeleição porque o exercício da função pública se tornou uma atividade de alto risco. Meio brincando, meio a sério, diziam que em breve os cargos executivos só serão ocupados por mal-intencionados. A situação foi bem entendida pelo ministro Bruno Dantas do Tribunal de Contas da União – TCU. Em artigo com elogios à Constituição de 1988, ele adverte que deve haver...

... equilíbrio entre gestão e seu controle, sob pena de criarmos no país um apagão decisório, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores... O controle de legalidade possui contornos bem definidos, já o da eficiência é menos preciso e mais subjetivo. Exatamente por isso a hipertrofia e o voluntarismo devem ser repelidos nos órgãos de controle, pois não possuem legitimação democrática para formular políticas públicas... Justamente por navegar nos mares da eficiência, e não no controle estrito da legalidade, é preciso resistir à tentação de substituir o gestor público nas escolhas que cabem ao Poder Executivo, e é essa autocontenção que defendo. (O Globo, 06/01/2018).

Mesmo quando uma ACP não tenha possibilidade de prosperar na Justiça, a sua simples proposição em geral já intimida os administradores a aceitarem a realização de um TAC. É razoável supor que o hipotético demandante, ao aceitar o TAC, seja influenciado pela percepção de que a companhia de saneamento não realiza o necessário investimento por incúria ou insensibilidade social. A visível satisfação da população local, beneficiada com o cumprimento do TAC, parece comprovar a tese. Aparentemente faz-se Justiça.

Porém, pelo menos no caso da Sabesp, a presunção de incompetência ou insensibilidade da empresa não é verdadeira. Como os recursos são

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

limitados, a “furada de fila” deixa desassistida alguma outra comunidade, mais necessitada do que a que foi beneficiada pelo TAC. Isso não é justo.

Dito de outra maneira, como a Sabesp presta serviço em 368 municípios, colocar no primeiro lugar da fila o município amparado pelo TAC significa na prática preterir algum outro município que, por critério holístico fundado na solidariedade ampla, havia sido elencado como mais necessitado.

As ações que resultam em TACs ignoram um fato fundamental: a companhia de saneamento é parte da solução, não do problema. Não faz sentido tratar igualmente, por exemplo, uma empresa química que lança poluentes num córrego e uma companhia de saneamento que lança esgoto *in natura* no mesmo córrego. Primeiro porque os produtos químicos que poluem o córrego são produzidos pela própria empresa. Já o esgoto não é produzido pela companhia de saneamento. É, isto sim, decorrente da natureza humana. Ademais, o esgoto sempre flui para o córrego mais próximo, tanto por dentro de uma tubulação quanto a céu aberto. Segundo, porque se não fosse feita a coleta de esgoto – isto é, a condução dentro de uma tubulação - haveria ameaça à saúde das pessoas, particularmente das crianças.

Naturalmente, o ideal seria que a coleta e o tratamento de esgoto fossem implementados simultaneamente. Mas nem sempre isso é possível. Aliás, a implantação do saneamento na Europa e na América do Norte enfrentou as mesmas dificuldades porque não havia recursos, tanto financeiros quanto humanos, para fazer tudo ao mesmo tempo. Por isso, os rios que cortam as cidades dos países desenvolvidos eram poluídos até a década de 1960. Foram necessárias décadas para limpá-los.

Tanto os norte-americanos quanto os europeus optaram inicialmente por levar água potável para a população, o que fez cair drasticamente a mortalidade no século XX. Só depois de concluída essa etapa, procedeu-se ao afastamento do esgoto para longe das pessoas, por meio da coleta. O simultâneo tratamento do esgoto só era implementado quando o despejo ocorria em mananciais. Por último, depois de assegurada a saúde das pessoas, cuidou-se da saúde do ambiente por meio da construção de suficientes ETEs para tratar todo o esgoto.

No Brasil, as companhias de saneamento, com receio de processos judiciais, têm evitado implantar rede de coleta de esgoto caso não consigam

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

simultaneamente construir a correspondente ETE, mesmo quando o despejo não ocorra em manancial. Entre o ótimo (coleta e tratamento de esgoto), e o bom (apenas coleta), optamos pelo péssimo (sem coleta, sem tratamento).

Os TACs desconsideram que a tarifa - fator determinante para a qualidade e abrangência do serviço - é sempre limitada pela renda média da população (a tarifa média de água na Europa é de US\$2,30 por metro cúbico, enquanto a da Sabesp, por exemplo, é US\$1,10).

Além disso, os TACs são frequentemente dimensionados como se o dano causado ao ambiente por anos de lançamento de esgoto sem tratamento fosse irreversível. Mas, ao contrário, o dano é quase sempre reversível graças à autodepuração dos corpos hídricos, por meio de processos químicos e biológicos. Ou seja, não faz sentido calcular os valores de compensações ambientais extrapolando o limite da razoabilidade.

Tendo em vista a externalidade positiva do saneamento, é duvidoso que a subtração de recursos para aplicação em outros setores – por exemplo educação ambiental, reflorestamento ou Fundo Ambiental do Ministério Público – cause maior ganho social do que simplesmente deixar o dinheiro na companhia de saneamento, para melhoria e expansão dos serviços. Ou seja, a imposição de penalidades milionárias drena recursos que seriam melhor destinados à expansão da infraestrutura de saneamento, de enorme significado social e ambiental.

Vale a pena examinar alguns casos de mau funcionamento da máquina pública por efeito da hiperatividade de agentes de controle. Em 2012, foi instaurado Inquérito Civil para apurar denúncia sobre ausência de coleta e tratamento de esgotos no Distrito do Rancho Grande, município de Bananal (SP). O Ministério Público exerceu uma forte pressão sobre a SABESP para a assinatura de um TAC a fim de implementar medidas que sanassem o lançamento de esgoto “in natura” no curso d’água por 77 domicílios, sob pena de ajuizamento de uma Ação Civil Pública contra engenheiros e dirigentes da Companhia. Por incrível que pareça, as obras da ETE chegaram a ser paralisadas por embargo da Polícia Ambiental. Para demonstrar que “se correr o bicho pega, se ficar o bicho come”, três meses depois o Ministério Público ajuizou ação Civil Pública, em razão da demora. As obras (coleta e tratamento) custaram cerca de R\$800 mil. Ou seja, mais de R\$10 mil por domicílio. Porém, como até agora (maio de 2018) apenas 18 imóveis

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

fizeram a conexão à rede², o custo por domicílio atualmente alcança estratosféricos R\$42 mil!

Pior do que o dinheiro gasto na construção de caros e desnecessários sistemas de esgotamento sanitário de pequenas comunidades que não querem o serviço e estariam mais bem atendidas por soluções individuais, como ocorre nos países desenvolvidos, é o desgaste imposto às companhias de saneamento e o insano trabalho imposto ao Judiciário. Grande parte das disputas judiciais na área ambiental decorre da não familiaridade dos operadores de Justiça com temas técnicos, em geral ensinados nas escolas de engenharia.

Um caso típico é a obsessão com a suposta capacidade do reflorestamento como tecnologia para produzir água. Há casos em que a Sabesp foi obrigada a assinar TACs de reflorestamento em áreas pobres, porém ricas em recursos hídricos e densamente cobertas por vegetação. Áreas em que falta atividade econômica, educação, saúde e tudo o mais. Porém, onde não falta árvores. Nem água.

A crença de que o reflorestamento produz água resulta da correta observação de que as nascentes dos rios se tornam intermitentes quando a floresta nativa é substituída por vegetação rasteira. É por isso que quando uma dessas áreas é reflorestada, diversos processos naturais se modificam positivamente, contribuindo para a recuperação dos pequenos cursos de água. Essas consequências favoráveis levam muitos a supor que o massivo plantio de árvores em centenas de milhares de hectares seria a solução para a aparente morte de rios outrora caudalosos, como é o caso do São Francisco.

Com efeito, quase sempre a recuperação de cobertura florestal produz consequências positivas. Porém não há base científica na crença popular e de alguns operadores de direito de que o plantio de árvores cria água, o que justifica diversos TACs que obrigam as companhias de saneamento a gastar escassos recursos com o reflorestamento. Na realidade, quando um pasto é substituído por floresta, a frequência de enchentes diminui, devido à retenção da água na vegetação e no solo, e as nascentes se tornam perenes, devido à lenta liberação da água retida no solo. Porém, é preciso muito

² A Sabesp não tem poder para obrigar os municípios a conectar os seus imóveis à rede coletora de esgoto. Mas o Ministério Público e a Prefeitura têm.

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

cuidado na extrapolação de conhecimentos obtidos em situações particulares.

Por exemplo, na Idade Média, os médicos sangravam seus pacientes em quase todos os casos porque muitos efetivamente melhoravam, particularmente os que tinham pressão alta. Mas, outros permaneciam enfermos ou morriam. Particularmente os acometidos de pressão baixa.

No caso do desflorestamento, o que se sabe cientificamente é que a vazão média dos grandes rios tende a diminuir e não aumentar. Isso porque a evapotranspiração de áreas florestadas é maior do que a de pastos. Portanto, plantar árvores pode ser percebido localmente como um método para criar água, mas não na escala de uma grande bacia hidrográfica³.

Quando se fala em grandes bacias hidrográficas, logo vem à mente a maior de todas, a bacia Amazônica, onde se trava uma “guerra” contra a construção de usinas hidroelétricas e linhas de transmissão. Embora sejam diversificadas as razões alegadas, aparentemente quase todas decorrem da presunção de que a Amazônia deve ser conservada tão próxima de como era quando Cabral aqui aportou e os interesses dos habitantes locais devem prevalecer sobre os interesses da imensa maioria de brasileiros que não vivem na região. Mais uma vez, trata-se de um conflito entre solidariedade restrita, dirigida aos moradores impactados que se opõem à realização das obras, mesmo quando corretamente compensados, e a solidariedade ampla, dirigida a todos os brasileiros.

Em geral, a solidariedade restrita tem prevalecido com o suporte de diversas ONGs e também de alguns membros de entidades de controle. Mas, pode-se argumentar, esse posicionamento não é coincidente com os interesses difusos da sociedade porque a produção de hidroeletricidade aumenta a competitividade da economia e, portanto, ajuda na criação de empregos e no combate à pobreza que aflige a imensa maioria da população brasileira. Ademais, diminui a necessidade de se queimar combustíveis fósseis nas usinas termoelétricas, com evidentes benefícios para o clima.

Um outro caso interessante que também foi objeto de contestação judicial é o projeto para trazer água puríssima de um afluente do rio Itapanhaú,

³ O desflorestamento da bacia do rio Paraná, de 800 mil quilômetros quadrados em território brasileiro, resultou no aumento da vazão média afluente à usina hidroelétrica de Itaipu (Lee, E.; Livino, A.; Han, S.; Zhang, K.; Briscoe, J.; Kelman J.; Moorcroft, P, Land cover change explains the increasing discharge of the Paraná River. *Regional Environmental Change*, 09/03/2018).

Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019

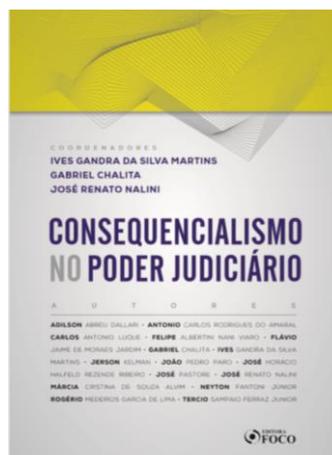
localizado na Serra do Mar, para abastecer 4,5 milhões de pessoas da zona leste da Região Metropolitana de São Paulo - RMSP. O impacto ambiental será insignificante: não há represamento do rio, a adutora será instalada ao longo de estradas existentes, a retirada de água para abastecimento da população será de apenas 10% da vazão média na foz e haverá monitoramento tanto da restinga quanto do mangue. Por isso mesmo a obra obteve a licença prévia da CETESB. Porém, como em todas as obras desse tipo, há sempre quem se oponha e procure capitalizar politicamente contra uma suposta agressão ao ambiente. Oxalá os operadores de direito não se deixem seduzir pelos apelos desses profetas do apocalipse, mais solidários com aos crustáceos do que com as pessoas, e não permitam que a judicialização do assunto ameace a segurança hídrica da RMSP.

Cabe tanto aos governos quanto às empresas estatais, como é o caso da Sabesp, explicitar mais claramente nas ações judiciais quais são as repercussões sistêmicas de eventuais decisões da Justiça que beneficiem uma particular localidade, corporação ou grupo e pessoas. Nesses casos, os potenciais vencedores são sempre conhecidos. É preciso identificar também os potenciais perdedores.

Em conclusão, é preciso desemperrar a máquina pública para que o Brasil prospere dentro do regime democrático. O Judiciário dará enorme contribuição ao processo se suas decisões forem sistêmicas, visão das consequências e amparadas na solidariedade ampla.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Lee, E.; Livino, A.; Han, S.; Zhang, K.; Briscoe, J.; Kelman J.; Moorcroft, P, Land cover change explains the increasing discharge of the Paraná River. *Regional Environmental Change*, 09/03/2018



Autor: Jerson Kelman

Capítulo do livro *Consequencialismo no Poder Judiciário*, organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini, Editora Foco, 2019