V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

31

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

v. 14 n. 3 SET-DEZ 2018

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL DA

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

APOIO:

CNPq
Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

Ministério da
Ciência, Tecnologia e Inovação

CAPES

Ministério da
Educação

BRASIL
GOVERNO FEDERAL

REVISTA DIREITO GV [RECURSO ELETRÔNICO] / FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. - VOL. 14, N. 3 (SET-DEZ 2018) - SÃO PAULO: FGV DIREITO SP, 2005-
V.

QUADRIMESTRAL
EDITORES: CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, 2014-[ATUAL]; JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, 2005/2014.
VERSÃO DIGITAL E PERIODICIDADE QUADRIMESTRAL A PARTIR DE 2016
DISPONÍVEL EM: HTTP://BIBLIOTECADIGITAL.FGV.BR/OJS/INDEX.PHP/REVDIREITOGV/INDEX

ISSN 2317-6172

1. BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA. 2. RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO. 3. DIREITO - PERIÓDICOS. I. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. II. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO.

CDU 34
CDD 340

A REVISTA DIREITO GV ADOTA A LICENÇA **CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO-NÃO COMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL**, EXCETO ONDE ESTIVER EXPRESSO DE OUTRO MODO, PERMITINDO-SE CÓPIAS E REPRODUÇÕES, NO TODO OU EM PARTE, DESDE QUE PARA FINS NÃO COMERCIAIS E COM IDENTIFICAÇÃO DE SUA FONTE.

CC BY-NC

CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR – BELA VISTA
CEP 01330-000 – SÃO PAULO – SP – BRASIL
TEL. (11) 3799-2172
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR
DIREITOSP.FGV.BR

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172 v. 14 n. 3 SET-DEZ 2018

EDITORA-CHEFE

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

CONSELHO EDITORIAL

ALBERTO DO AMARAL JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

ÁLVARO P. PIRES – *UNIVERSITY OF OTTAWA (CANADÁ)*

CHARLES FREDERICK SABEL – *COLUMBIA UNIVERSITY (EUA)*

DAMIAN CHALMERS – *THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (INGLATERRA)*

DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

DAVID TRUBEK – *UNIVERSITY OF WISCONSIN (EUA)*

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

GREGORY SHAFFER – *UNIVERSITY OF CALIFORNIA (EUA)*

HANS-JÖRG ALBRECHT – *MAX-PLANK INSTITUTE (ALEMANHA)*

JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO – *UNIVERSITAT DE BARCELONA (ESPANHA)*

JOSÉ EDUARDO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES – *UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA (PORTUGAL)*

JOSÉ MARÍA DE AREILZA CARVAJAL – *ESADE, UNIVERSIDAD RAMON LLULL (ESPANHA)*

JOSEP JOAN MORESO – *UNIVERSITAT POMPEU FABRA (ESPANHA)*

JUDITH HOFMEISTER MARTINS-COSTA – *UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (BRASIL)*

KEITH S. ROSENN – *UNIVERSITY OF MIAMI (EUA)*

MARCOS SEVERINO NOBRE – *UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (BRASIL)*

MARIA TEREZA SADEK – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

MARTÍN FEDERICO BÖHMER – *UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (ARGENTINA)*

MIGUEL POIARES MADURO – *EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE (ITÁLIA)*

MIGUEL REALE JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

RAFFAELE DE GIORGI – *UNIVERSITÀ DEL SALENTO (ITÁLIA)*

ROGELIO PÉREZ-PERDOMO – *UNIVERSIDAD METROPOLITANA (VENEZUELA)*

SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN – *UNIVERSIDAD CATÓLICA NUESTRA SEÑORA DE LA ASUNCIÓN (PARAGUAI)*

REDAÇÃO

ASSISTENTES EDITORIAIS

BRUNO BORTOLI BRIGATTO, JULIANA SILVA PASQUA, LEILA GIOVANA IZIDORO E LYVIA FELIX

PREPARAÇÃO E REVISÃO DE TEXTOS

CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS, DANIEL AURÉLIO RODRIGUES, DENISE KATCHUIAN DOGNINI, ELIANE SIMÕES PEREIRA, LYVIA FELIX E WILLIANS CALAZANS

TRADUÇÃO DO EDITORIAL

DENISE KATCHUIAN DOGNINI

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO

ULTRAVIOLETA DESIGN

BASES DE DADOS E INDEXADORES

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL | CITEFACTOR | DIADORIM | DOAJ – DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS | EZB ELECTRONIC JOURNALS LIBRARY | HEINONLINE | IBSS – INTERNATIONAL BIBLIOGRAPHY OF THE SOCIAL SCIENCES | LATINDEX – SISTEMA REGIONAL DE INFORMACIÓN EN LÍNEA PARA REVISTAS CIENTÍFICAS DE AMÉRICA LATINA, EL CARIBE, ESPAÑA Y PORTUGAL | PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES | REDIB - RED IBEROAMERICANA DE INNOVACIÓN Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO | REPOSITÓRIO FGV DE PERIÓDICOS E REVISTAS | SCIELO – SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE | SHERPA/ROMEO | ULRICHSWEB

SUMÁRIO

EDITORIAL

O QUE BUSCAMOS EM UM ARTIGO CIENTÍFICO?

WHAT DO WE LOOK FOR IN A RESEARCH ARTICLE?

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI E JULIANA SILVA PASQUA **: 810**

TENDÊNCIAS TEÓRICAS SOBRE O ENSINO JURÍDICO ENTRE 2004 E 2014: BUSCA PELA FORMAÇÃO CRÍTICA

THEORETICAL TRENDS ON THE LEGAL EDUCATION FROM 2004 UNTIL 2014: A QUEST FOR THE CRITICAL THINKING

SAMUEL MENDONÇA E FELIPE ALVES PEREIRA ADAID**: 818**

EXPLORANDO OS LAÇOS DO CAPITALISMO NO BRASIL: A FORMA E O CONTEÚDO DAS ESTRATÉGIAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA DA BNDESPAS

EXPLORING HOW BRAZILIAN CAPITALISM IS TIED: THE FORM AND THE CONTENT OF BNDESPAR'S CORPORATE GOVERNANCE STRATEGIES

SARAH M. MATOS MARINHO**: 847**

ÁGUA DOCE NOS FÓRUNS COMERCIAIS INTERNACIONAIS: GATT, GATS E INTERAÇÃO ENTRE OS REGIMES DA ÁGUA DOCE E DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

FRESH WATER WITHIN INTERNATIONAL TRADE FORA: GATT, GATS AND INTERACTION BETWEEN THE FRESHWATER AND THE INTERNATIONAL TRADE REGIMES

ANDRÉIA COSTA VIEIRA**: 886**

PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CRIAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO MARINHA: O CASO DA RESERVA EXTRATIVISTA DE CANAVIEIRAS

POPULAR PARTICIPATION IN THE CREATION OF MARINE PROTECTED AREA: THE CASE OF CANAVIEIRAS EXTRATIVIST RESERVE

MICHELINE DIAS, RAHÍSSA GOMES, SAMENE BATISTA, SOFIA CAMPIOLO E ALEXANDRE SCHIAVETTI**: 912**

TRABALHAR E NÃO SER TRABALHADOR: PERTENCIMENTO E RECONHECIMENTO DE CLASSE NA "VIDA DO CRIME"

TO WORK AND NOT TO BE A WORKER: CLASS BELONGING, CLASS RECOGNITION AND CRIMINALITY

AMÍLCAR CARDOSO VILAÇA DE FREITAS E ELIZARDO SCARPATI COSTA**: 937**

O CÁRCERE E A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA PROVINCIAL MINEIRA (1835-1889)

IMPRISONMENT AND THE PROVINTIAL LEGISLATIVE ASSEMBLY OF MINAS GERAIS (1835-1889)

YURI ALVARENGA MARINGUES DE AQUINO E LUCAS FREDERICO VIANA AZEVEDO **: 958**

ICMS: CRISE FEDERATIVA E OBSOLESCÊNCIA

ICMS: FEDERATIVE CRISIS AND OBSOLESCENCE

JOSÉ ROBERTO R. AFONSO, MELINA ROCHA LUKIC E KLEBER PACHECO DE CASTRO**: 986**

SEMIÁRIDO NORDESTINO: OS IMPACTOS DA EXTRAÇÃO DE PETRÓLEO NO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ (RN)
BRAZILIAN NORTHEAST SEMI-ARID REGION: THE IMPACTS OF PETROLEUM EXTRACTION IN THE MUNICIPALITY OF MOSSORÓ (RN)
JACKELINE CARMINDA CABRAL DE FREITAS E VALDEMAR SIQUEIRA FILHO**: 1019**

SAME-SEX MARRIAGE: A DEFENSE BASED ON FOUDANTIONS OF NATURAL LAW
CASAMENTO ENTRE PESSOAS DE MESMO SEXO: UMA DEFESA A PARTIR DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO NATURAL
PABLO ANTONIO LAGO**: 1044**

ANÁLISIS LEGISLATIVO DEL PARADIGMA DE LA ECONOMIA CIRCULAR
LEGISLATIVE ANALYSIS OF THE CIRCULAR PARADIGM ECONOMY
ADRIANA MARGARITA PORCELLI Y ADRIANA NORMA MARTÍNEZ**: 1067**

O DILEMA DA "PRODUÇÃO INDEPENDENTE" DE PARENTALIDADE: É LEGÍTIMO ESCOLHER TER UM FILHO SOZINHO?
THE DILEMMA OF THE "INDEPENDENT PRODUCTION" OF PARENTALITY: IS IT LEGITIMATE HAVING A CHILD ALONE BY CHOICE?
MANUEL CAMELO FERREIRA DA SILVA NETTO, CARLOS HENRIQUE FÉLIX DANTAS E CAROLINA VALENÇA FERRAZ**: 1106**

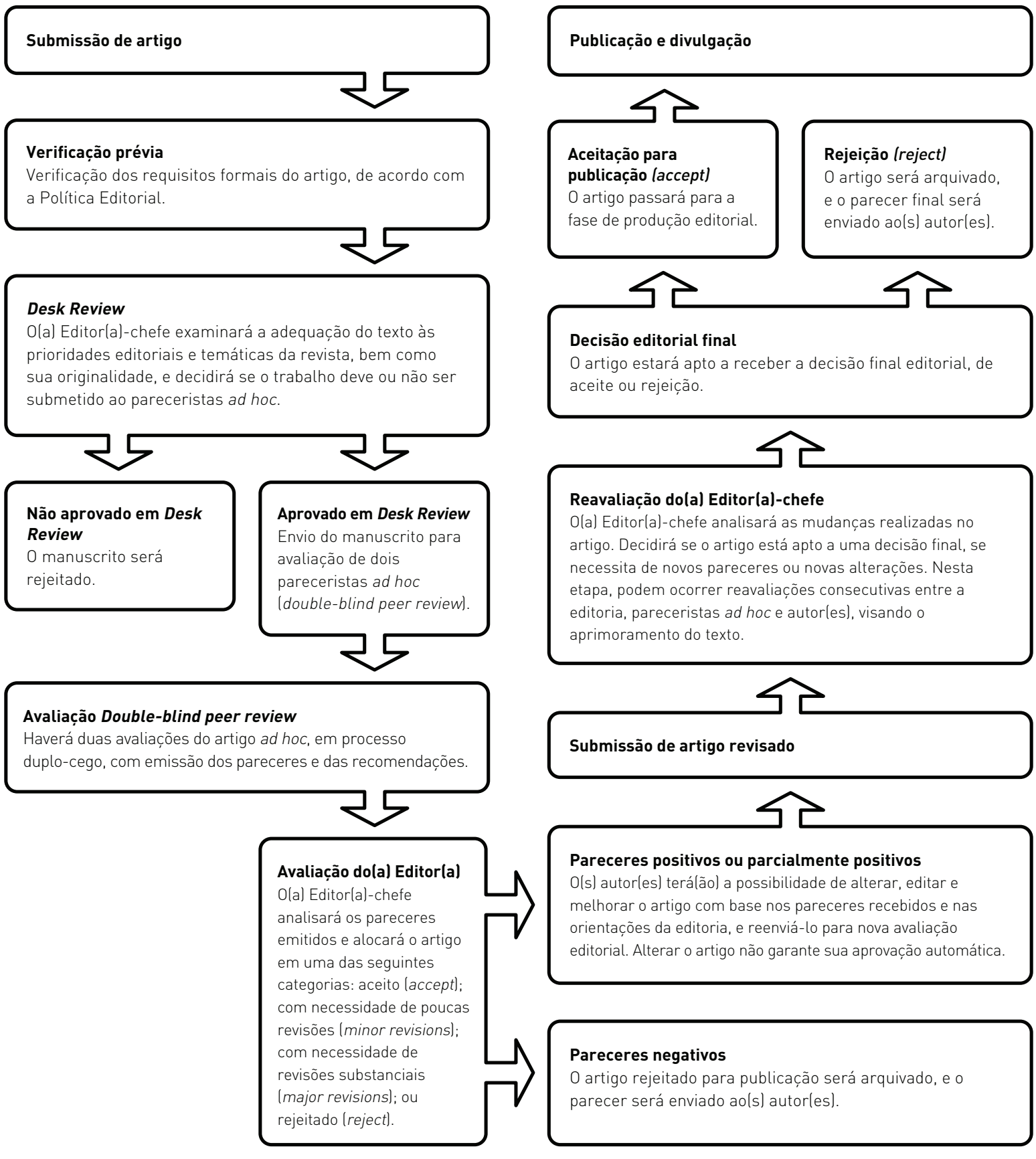
SER O NO SER UN SIMIO CON DERECHOS
TO BE OR NOT BE AN APE WITH RIGHTS
MARÍA CARMAN Y MARÍA VALERIA BERROS**: 1139**

REPENSAR O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL NA ERA DO PLURALISMO JURÍDICO E DO PLURALISMO IDEOLÓGICO
RETHINKING CONSTITUTIONAL ORDERING IN AN ERA OF LEGAL AND IDEOLOGICAL PLURALISM
MICHEL ROSENFELD**: 1173**

O QUE BUSCAMOS EM UM ARTIGO CIENTÍFICO?

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201830

É com satisfação que publicamos o último número da *Revista Direito GV* de 2018. Inicialmente, apresentamos o fluxograma de nosso processo editorial, que descreve as etapas da avaliação.



É importante que os autores conheçam como a avaliação será realizada e tenham clareza sobre cada etapa desse processo. Por isso, neste editorial, decidimos apresentar nossas expectativas quanto aos artigos, a fim de auxiliar o(s) autor(es) na preparação de suas submissões.

Nesse sentido, sugerimos também a leitura dos primeiros editoriais de 2017 e de 2018, pois neles fizemos uma retrospectiva dos artigos avaliados nos anos anteriores. Nesses textos, apresentamos algumas estatísticas, como números de submissão, tempo médio de avaliação e número de artigos publicados (BARBIERI, 2017, 2018).

Quem deseja submeter um artigo à *Revista* deve, primeiro, ler atentamente nossa Política Editorial[1] para conferir quais são nossas linhas de publicação e os requisitos gerais exigidos. Apesar de ser um passo básico para a submissão, recebemos muitos artigos que não seguem as diretrizes mencionadas.

Outro ponto importante é que os artigos enviados devem ser *inéditos* e *originais* e não estar em fase de avaliação ou publicação por outro periódico. Os conceitos de ineditismo e originalidade são debatidos na literatura, e seu entendimento varia de acordo com a área ou o periódico (MIGLIOLI, 2012; GUETZKOW; LAMONT; MALLARD, 2004; STIGLER, 1955).

Para a *Revista Direito GV*, artigos *inéditos* são aqueles que não foram publicados ou disponibilizados em qualquer outro meio. Desse modo, são excluídos da avaliação artigos já publicados em livros, outros periódicos, redes acadêmicas, como Researchgate ou SSRN, e anais de congressos. Isso porque, já estando o artigo disponibilizado em qualquer outro meio, nossos pareceristas poderão tomar conhecimento do texto e de sua autoria, quebrando a regra básica da avaliação cega.

Já *originalidade* tem relação com *inovação* e com a produção de um efetivo avanço do campo de conhecimento no qual se insere o texto. Por isso, meras revisões de literatura não são nosso foco de publicação. Embora empreguemos um conceito amplo de originalidade, é essencial que o texto veicule novos conceitos ou teorias, novas abordagens metodológicas ou novas interpretações sobre tópico já conhecido.

Vale também destacar as diretrizes de boas práticas em publicação adotadas pela *Revista Direito GV*, que devem ser conhecidas e seguidas pelos autores.[2] A preocupação com as normas éticas em

1 Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/revista_direito_gv_politica_editorial.pdf> Acesso em: 18 out. 2018.

2 *Código de boas práticas científicas* (FAPESP): <http://www.fapesp.br/boaspraticas/FAPESP-Codigo_de_Boas_Praticas_Cientificas_2014.pdf>; *Diretrizes* (CNPq): <http://www.cnpq.br/web/guest/diretrizes>; *Guidelines* (COPE): <https://publicationethics.org/resources/guidelines>. Acesso em: 18 out. 2018.

pesquisa e publicação é essencial na área do Direito, e cada autor(a) deve buscar conhecê-las e segui-las em suas produções intelectuais.

Se o artigo for aprovado em *desk review*, passa à fase de avaliação por pares no sistema duplo-cego. Essa fase destina-se não apenas à avaliação do texto, mas também ao seu aprimoramento. Embora os(as) autores(as) não sejam obrigados(as) a adotar tudo que foi sugerido pelos(as) pareceristas, é esperado que dialoguem com os pontos questionados, justifiquem suas escolhas no texto e tornem os argumentos apontados mais claros ou mais fortes. Aqui, cabe destacar que a alteração do texto não garante sua aprovação automática, pois posteriormente faz-se uma análise detalhada das modificações realizadas à luz dos pareceres. É importante enfatizar, ainda, que cada decisão da *Revista* considera seu panorama geral, levando em conta a totalidade dos artigos em processo de avaliação, as prioridades editoriais, além das regras do Qualis/Capes (por exemplo, exogenia, titulação dos autores) e as diretrizes de internacionalização do SciELO.

Após a aprovação do texto, segue-se a fase de produção, na qual o texto passa pelas etapas de revisão e diagramação. O trabalho prossegue após a publicação, com a divulgação do artigo, momento em que o(s) autor(es) tem(têm) o importante papel de disseminar o artigo publicado em sua comunidade e entre os pares de sua área. Para a *Revista,* a mera publicação não basta: nossa meta é garantir a efetiva disseminação do conhecimento *inédito* e *original* que veiculamos. Por essa razão, optou-se, desde a criação da *Revista*, pela disponibilização de seu conteúdo em acesso aberto.

Por fim, ressaltamos que todas as exigências do processo editorial buscam torná-lo mais transparente, justo e profissional, em respeito ao(s) autor(es) que depositam em nós sua confiança, e aos(às) pareceristas *ad hoc,* cujo trabalho é essencial para a manutenção do sucesso da *Revista Direito GV*.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Editorial. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 7-13, abr. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 out. 2018. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201701.

_____. *Revista Direito GV* em números: balanço de 2017 e perspectivas para 2018. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 7-16, abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=

S1808-24322018000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 out. 2018. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201801.

GUETZKOW, Joshua; LAMONT, Michèle; MALLARD Grégoire. What is originality in the humanities and the social sciences? *American Sociological Review*, v. 69 n. 2, p. 190-212, abr. 2004. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3593084>. Acesso em: 18 out. 2018. https://doi.org/10.1177/000312240406900203.

MIGLIOLI, Sara. Originalidade e ineditismo como requisitos de submissão aos periódicos científicos em Ciência da Informação, *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 378-388, set. 2012. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3372>. Acesso em: 18 out. 2018. https://doi.org/10.18617/liinc.v8i2.493.

STIGLER, George. The nature and role of originality in scientific progress. *Economica New Series*, v. 22, n. 88, nov. 1955, p. 293-302. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2551184>. Acesso em: 18 out. 2018. https://doi.org/10.2307/2551184.

Catarina Helena Cortada Barbieri

https://orcid.org/0000-0002-0332-7063

Fundação Getulio Vargas
São Paulo – SP – Brasil

Editora-chefe da Revista Direito GV. Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

catarina.barbieri@fgv.br

Juliana Silva Pasqua

https://orcid.org/0000-0002-0107-6344

Fundação Getulio Vargas
São Paulo – SP – Brasil

Assistente editorial da Revista Direito GV. LL.M. em direitos fundamentais pela Ludwig-Maximilians-Universität de Munique (LMU) e graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

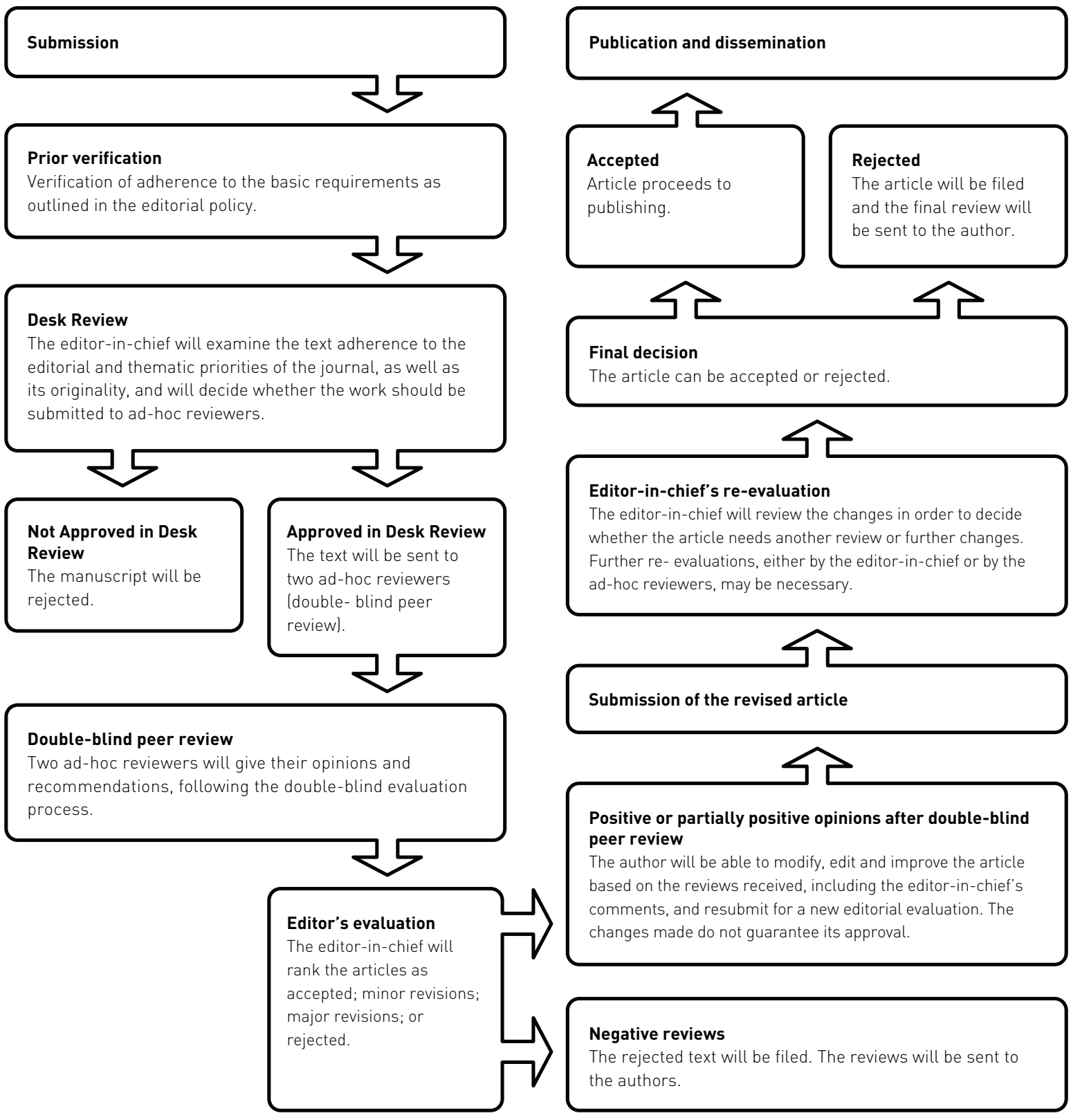
juliana.pasqua@fgv.br

CC BY-NC

WHAT DO WE LOOK FOR IN A RESEARCH ARTICLE?

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201830

We are pleased to announce the final issue of *Direito GV Law Review* for 2018. Firstly, we would like to present a flowchart of our editorial process, which summarizes our stages of evaluation.



It is important that authors know how the evaluation will be conducted and have a clear understanding of each step of the process. Thus, in this Editorial, we have decided to outline our expectations regarding research articles in order to assist authors in preparing their submissions.

In addition, we also suggest reading the first editorials of 2017 and 2018, where we presented retrospectives of the articles evaluated in the previous years. We also provided some statistics, such as submission numbers, average evaluation time, and the number of published articles (BARBIERI, 2017, 2018).

Those who wish to submit an article to the journal should first read our editorial policy carefully, in order to understand our publication guidelines and general requirements.[1] Although this is a basic step prior to submission, we receive many articles that do not adhere to these requirements.

Importantly, the articles submitted must be *unpublished* and *original*, in addition to not being under evaluation or accepted by another journal. What constitutes an unpublished and original work is discussed in the literature, and understanding varies according to the field (MIGLIOLI, 2012; GUETZKOW; LAMONT; MALLARD, 2004; STIGLER, 1955).

For *Direito GV Law Review*, *unpublished* articles are those that have not been published or made available elsewhere in any medium. Therefore, articles already published in books, other periodicals, academic networks like Researchgate or SSRN, as well as congress proceedings cannot be submitted. After all, if the article is already available, our reviewers can find the text and discover its authorship, breaking the basic rule of the double-blind peer review system.

Originality refers to the article's level of innovation and its potential to advance a specific field of knowledge. For this reason, we generally do not publish literature reviews. Despite the broadness of the notion of originality, it is essential that the article develop a new concept or theory, a new methodological approach, or a new interpretation of an existing topic.

It is also worth mentioning the good-practice guidelines adopted by the journal, which should be understood and followed by authors.[2] Research ethics are essential in legal academia, and every author should seek to understand and abide by them in his/her own work.

1 Available at: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/revista_direito_gv_politica_editorial.pdf> Accessed 18 Oct. 2018.

2 *Código de boas práticas científicas* (FAPESP): <http://www.fapesp.br/boaspraticas/FAPESP-Codigo_de_ Boas_Praticas_Cientificas_2014.pdf>; *Diretrizes* (CNPq): <http://www.cnpq.br/web/guest/diretrizes>; *Guidelines* (COPE): <https://publicationethics.org/resources/guidelines>. Accessed 18 Oct. 2018.

If the article passes desk review, it then goes to the peer-review stage, which follows the double-blind system. This phase not only serves the purpose of evaluating the text, but also making improvements. Although authors are not obliged to follow all the reviewers' suggestions, it is expected that they engage with the points made, justify their choices, and clarify and strengthen their arguments in light of the reviewers' comments. It is important to emphasize that changes to the text are no guarantee of approval. The editorial team will undertake a detailed analysis of the modifications made, bearing in mind the reviewers' remarks. It is also important to emphasize that the journal's decisions take into account its broader place within the field, the totality of articles currently under evaluation, editorial priorities, and Qualis/Capes rules (regarding, for example, exogeny and authorship), as well as SciELO guidelines.

After acceptance, the article proceeds to copyediting, proofreading, and layout. Work then continues with dissemination of the article. Authors play an important role in raising awareness of their research within their community and among their peers. Simply publishing work is not our final goal: our aim is to ensure the effective dissemination of *original* and *unpublished* knowledge. For this reason, the journal has always been available via open access.

Finally, we stress that all of these rules are in place to ensure the fairness and professionalism of the editorial process, to respect the authors who put their trust in us, as well as the reviewers whose work is essential for ensuring the success of *Direito GV Law Review*.

REFERENCES

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Editorial. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 7-13, April 2017. Available at: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100007&lng=en&nrm=iso>. Acessed 18 Oct. 2018. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201701.

_____. *Revista Direito GV* em números: balanço de 2017 e perspectivas para 2018. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 7-16, April 2018. Available at: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acessed 18 Oct. 2018. http://dx.doi.org/10.1590/ 2317-6172201801.

GUETZKOW, Joshua; LAMONT, Michèle; MALLARD Grégoire. What is originality in the humanities and the social sciences? *American Sociological Review*, v. 69, n. 2, p. 190-212, April 2004. Available at: <https://www.jstor.org/stable/3593084>. Acessed 18 Oct. 2018. https://doi.org/10.1177/ 000312240406900203.

MIGLIOLI, Sara. Originalidade e ineditismo como requisitos de submissão aos periódicos científicos em Ciência da Informação, *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 378-388, Sept. 2012. Available at: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3372>. Acessed 18 Oct. 2018. https://doi.org/10.18617/liinc.v8i2.493.

STIGLER, George. The nature and role of originality in scientific progress. *Economica New Series*, v. 22, n. 88, Nov. 1955, p. 293-302. Available at: <www.jstor.org/stable/2551184>. Accessed 18 Oct. 2018. https://doi.org/10.2307/2551184.

Catarina Helena Cortada Barbieri

https://orcid.org/0000-0002-0332-7063

Fundação Getulio Vargas
São Paulo – SP – Brasil

Editor-in-chief of Direito GV Law Review.

Professor at São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas. Master's and Doctor degrees in Law at Universidade de São Paulo.

catarina.barbieri@fgv.br

Juliana Silva Pasqua

https://orcid.org/0000-0002-0107-6344

Fundação Getulio Vargas
São Paulo – SP – Brasil

Assistant-editor of Direito GV Law Review. LL.M. in Fundamental Rights from the Ludwig-Maximilians-Universität of München and graduated in Law at Universidade de São Paulo.

juliana.pasqua@fgv.br

CC BY-NC

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 21.07.2016
Aprovado: 02.07.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201831

Tendências teóricas sobre o Ensino Jurídico entre 2004 e 2014: busca pela formação crítica

THEORETICAL TRENDS ON THE LEGAL EDUCATION FROM 2004 UNTIL 2014: A QUEST FOR THE CRITICAL THINKING

Samuel Mendonça[1] *e Felipe Alves Pereira Adaid*[2]

Resumo

A presente pesquisa teve como objeto de estudo o Ensino Jurídico e apresentou uma análise comparativa entre autores relevantes deste campo do conhecimento. O problema que motivou a investigação consistiu na pergunta: com base na pesquisa do tipo estado da arte, que autores prevalecem no Brasil quando o assunto é Ensino Jurídico, no período de 2004 a 2014, a partir da análise de teses de doutorado e de dissertações de mestrado? O método consistiu no exame de 5.114 fontes por meio das quais a pesquisa se desenvolveu e destacou cinco autores, Horácio Wanderlei Rodrigues, Luis Alberto Warat, José Eduardo Faria, Eduardo Carlos Bianca Bittar e Roberto Lyra Filho, que enfatizaram a ausência de crítica nos cursos de graduação em Direito. Como resultados da investigação, a busca pela formação crítica se apresenta como ponto de convergência central entre os autores elencados, que evidenciam a fragilidade do aspecto crítico em relação ao campo do Direito como um todo em relação à formação de futuros operadores do Direito. Portanto, existe a necessidade de superação desse estado por meio de investigações rigorosas que destaquem outros campos do saber dentro da área de Direito, como a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia e a História.

Palavras-chave

Análise Comparativa; Ensino Jurídico; estado da arte; formação crítica; tendências teóricas.

Abstract

This work presents a study of the legal education, as well as a comparative analysis between relevant Brazilian authors in this field of knowledge. The question that prompted this investigation was: based on state-of-the-art type of research, how to think through the comparative analysis of the theoretical trends of legal education in Brazil from 2004 to 2014? The method consisted on the analysis of 5,114 sources through which the research developed and highlighted five authors: Horácio Wanderlei Rodrigues, Luis Alberto Warat, José Eduardo Faria, Eduardo Carlos Bianca Bittar and Roberto Lyra Filho. These authors emphasized the lack of critical reasoning in undergraduate programs in Law. As a result, the quest for a critical reasoning based on education emerges as a central point of convergence amongst the enumerated authors, who evince the fragility of the critical reasoning aspect in the education of future Law professionals. As a consequence, there is the need to overcome this state through rigorous investigations remarking other realms of knowledge in the field of Law, such as Philosophy, Sociology, Psychology and History.

Keywords

Comparative Analysis; Legal Teaching; state-of-art; critical training; theoretical trends.

1 Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Campinas – SP - Brasil
https://orcid.org/0000-0002-2918-0952

2 Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Campinas – SP - Brasil
https://orcid.org/0000-0001-5026-4061

CC BY-NC

Introdução

A presente pesquisa teve como objeto estudar o Ensino Jurídico, em outras palavras, o ensino formal das instituições que oferecem a graduação em Direito, sejam faculdades, centros universitários ou universidades, públicas ou privadas (BITTAR, 2006) e apresentou uma análise comparativa entre autores brasileiros relevantes desse campo do conhecimento. Embora se pudesse focalizar também a pós-graduação em Direito que trata do Ensino Jurídico, ressalta-se que a discussão foi feita a partir de cursos de graduação, justamente pelo fato de que os cinco autores estudados, quais sejam, Horácio Wanderlei Rodrigues, Luis Alberto Warat, José Eduardo Faria, Eduardo Carlos Bianca Bittar e Roberto Lyra Filho enfatizaram este *locus* de problema em relação à ausência de formação crítica.

Do ponto de vista do método, que partiu do estado da arte, o que pode ser entendido por pesquisas bibliográficas que buscam mapear e discutir uma determinada produção do conhecimento na busca de identificação de problemas circunscritos a um determinado tempo (FERREIRA, 2002), analisaram-se 60 teses e dissertações publicadas na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD), entre 2004 e 2014, com os seguintes descritores: Ensino Jurídico, Educação Jurídica, Curso de Direito, Ensino de Direito e Ensino do Direito. Por meio dessas pesquisas, foram listadas suas referências, com o propósito de examinar que autores foram as principais referências dentro deste universo pesquisado. O total de referências foi de 5.114, fontes por meio das quais a pesquisa se desenvolveu e destacou os cinco autores que enfatizaram a ausência de crítica dos cursos de graduação em Direito.

O problema que motivou a investigação consistiu na pergunta: com base na pesquisa do tipo estado da arte, que autores prevalecem no Brasil quando o assunto é Ensino Jurídico, no período de 2004 a 2014, a partir da análise de teses de doutorado e de dissertações de mestrado? O objetivo contemplou em apresentar que autores são reconhecidos como bases teóricas e quais as possíveis relações entre suas produções em se tratando do Ensino Jurídico. Como resultados da investigação, a busca pela formação crítica se apresentou como ponto de convergência central entre os autores elencados, que evidenciaram a fragilidade do aspecto crítico em relação ao campo do Direito como um todo em relação à formação de futuros operadores do Direito. Portanto, existe a necessidade de superação desse estado por meio de investigações rigorosas que destaquem outros campos do saber dentro da área de Direito, como a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia e a História.

De acordo com Bittar (2006), a palavra Educação é mais ampla que a palavra ensino, apesar de muito corriqueiramente elas serem utilizadas como sinônimos. A Educação envolve todos os processos sociais, éticos, familiares, religiosos, ideológicos e políticos que definem a condição que o indivíduo passar a ser, a partir de ampla inserção, em todos os trâmites da vida social. A Educação tem a ver com um amplo processo de aculturamento. Por outro lado, ainda na perspectiva de Bittar (2006), ensino é um termo que se utiliza em sentido mais preciso, menos amplo e mais técnico. A expressão ensino representa uma relação mais pontual, que se destaca de um processo de aprendizado direcionado e direto, em que se podem detectar dois

polos relacionais, a saber, o educador e o educando. O ensino tem mais a ver com o engajamento da atividade educacional em relações privadas ou públicas de prestação de serviços educacionais, tendentes à formação elementar do indivíduo (BITTAR, 2006).

Sendo assim, com base no referido conceito, o termo Ensino Jurídico se relaciona com o próprio desenvolvimento das atividades nos cursos de Direito, as quais visam, ao seu término, formar o bacharel em Direito. São diversas as instituições que oferecem o curso de Direito no Brasil, desde faculdades, centros universitários e universidades, públicas e privadas. No entanto, todas as instituições são reguladas por avaliações do Ministério da Educação (MEC), da mesma forma que suas estruturações devem se basear nas diretrizes curriculares do referido ministério.[1] Tais diretrizes devem ser entendidas como parâmetros para a construção de um projeto pedagógico em um curso, para o seu devido reconhecimento e funcionamento. Fala-se, então, de qualidade de ensino. Em outras palavras, as diretrizes curriculares e as legislações educacionais servem como meio coercitivo para que as instituições mantenham padrões mínimos de qualidade, de modo que os bacharéis se formem com base necessária para exercer suas futuras atividades no mundo jurídico.

Contudo, será que a mera disposição legal, bem como a autorização ministerial, seriam suficientes para garantir uma boa formação acadêmica? Ainda nesta baia, o que poderia ser entendido pela expressão boa formação acadêmica? Será que a formação em Direito, em qualquer curso credenciado pelo MEC, é suficiente para as demandas de uma sociedade plural e complexa? Sendo assim, o presente artigo, a partir da ótica dos principais expoentes no assunto, de acordo com a investigação realizada, pretende discorrer sobre as possibilidades de se pensar a formação crítica para uma área de conhecimento de relevância como o Direito.

Especificamente sobre a questão do método de pesquisa, importa ressaltar, de forma propedêutica, que a delimitação do universo de teses e dissertações foi possível pelo uso da ferramenta de busca do sítio eletrônico da BDTD. Por meio do dispositivo virtual da "Busca Avançada", utilizou-se também da opção de busca do título de pesquisa, com o uso dos seguintes descritores, considerados como aqueles que melhor refletiam o propósito da pesquisa de estado da arte (FERREIRA, 2002), sendo eles: Educação Jurídica, Ensino Jurídico, Curso de

1 "O ensino jurídico é livre no Brasil, de acordo com as atuais disposições constitucionais. Essa afirmação significa que a oferta de cursos superiores de ensino do Direito faz-se tanto pelo Estado como pela iniciativa privada [...]. No entanto, essa mesma afirmativa deve ser recebida com cautelas, uma vez que, se ela significa que o Estado não pode impedir o particular de oferecer cursos de ensino superior, isto não significa que não haja normas e parâmetros para atuação. Assim, se o monopólio estatal do ensino não existe, o controle do setor é feito pelo Estado, com o fito de coordenar as políticas educacionais nacionais, garantir o cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o setor, sobretudo aquelas ministeriais, e garantir a lisura e a qualidade dos serviços oferecidos no setor da educação superior" (BITTAR, 2001, p. 123).

Direito, Ensino do Direito e, por fim, Ensino de Direito. Ademais, como forma de refinar ainda mais a pesquisa, na tentativa de tornar a amostra mais facilmente passível de análise, optou-se também pela delimitação temporal, a qual se determinou pelo período de 2004 a 2014. A explicação para tal delimitação se encontra no fato de que, precisamente no dia 29 de setembro de 2004, quando o Conselho Nacional de Educação (CNE), por meio da Câmara de Educação Superior, promulgou a Resolução n. 9, a qual instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito (BRASIL, 2004). Inequivocamente, 2014 foi proposto como termo à delimitação temporal pelo fato de corresponder ao ano final de realização da pesquisa que contou com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Importa ainda acrescentar que o método apontou para a busca de um referencial teórico sobre o Ensino Jurídico. Em outras palavras, pretendeu-se investigar melhor as obras e, mormente, os autores mais citados nas teses e dissertações delimitados pela pesquisa de estado da arte, a objetivar um padrão teórico. Este resultado foi estabelecido pela estruturação de todas as referências bibliográficas apontadas pelas pesquisas, a somar um montante de 5.114 referências, citadas nos 60 trabalhos delimitados.[2] Deste total foram excluídas as referências consideradas menos relevantes para a análise teórica, tais como: regimentos, leis, decretos, ou quaisquer citações de natureza puramente normativa; estatísticas e índices, uma vez que se resumem a uma demonstração quantitativa da realidade; manuais e apostilas, sem qualquer conteúdo ou construção teórica substancial; quaisquer conglomerados de vocabulários ou glossário enciclopedista – exceção das obras de referências filosóficas, psicológicas, sociológicas etc., a exemplo do *Dicionário de Filosofia* de Abbagnano (2007), inclusive, utilizado no presente artigo. Desse modo, como o objetivo foi investigar os autores de maior incidência, de imediato também foram excluídos aqueles que tiveram apenas uma obra citada, pois não seria possível empreender uma análise de tantos autores e sua validade como referência

2 As pesquisas analisadas foram um total de 60, das quais 46 eram dissertações de mestrado e 14 eram teses de doutorado. No que se refere ao número de referências, as dissertações somaram 2.108, enquanto as teses somaram 3.306, a totalizar 5.114 referências. A maioria das pesquisas se originou de cursos de Direito e de Educação, respectivamente, 44 e 19, porém, houve três pesquisas adicionais que se desenvolveram em cursos de Filosofia. Ainda de acordo com autor, sobre o número total de instituições públicas e privadas, entre teses e dissertações, somaram-se, respectivamente, 41 e 26, apontando que a maioria das pesquisas que versa sobre Ensino Jurídico estava sendo realizada nas instituições privadas. Já em relação à localização geográfica, conforme apontou a investigação, a maior quantidade de trabalhos estava localizada no estado de São Paulo, totalizando 29 pesquisas, entre teses e dissertações. Os estados do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais também se destacaram, porém, em patamares menores. Interessante apontar que em relação à região Nordeste, três estados contaram com pesquisas sobre o tema: Ceará, Piauí e Maranhão. O Centro-Oeste, todavia, foi representado apenas pelo Distrito Federal e por Goiás. Não foi, contudo, encontrado qualquer pesquisa na região Norte, enquanto que, em relação à quantidade de pesquisas, a região Sudeste foi, indubitavelmente, a que apresentou a maior quantidade de trabalhos em relação às demais regiões.

teórica para o campo estaria, de início, comprometida. De tal feita, a lista geral de referências foi reduzida ao montante de 1.890 obras, relativas a 397 autores. Os autores foram divididos em duas categorias distintas. Conforme a pertinência temática de suas obras ficaram estabelecidas, pois, as seguintes categorias: Categoria Temática Não Ensino Jurídico e Categoria Temática Ensino Jurídico. A primeira constituiu daqueles autores que, embora tivessem sido referenciados nas teses e dissertações do estado da arte, não faziam relação direta com o tema do Ensino Jurídico; por sua vez, a segunda categoria representou aqueles autores que possuíam obras diretamente relacionadas com o tema e, consequentemente, interessavam mais à pesquisa.

Dessa forma, com base no total de 1.890 obras, de 397 autores diferentes, e uma vez estabelecida a média entre a quantidade de referências apresentada dos mesmos autores, se entendeu que os autores mais citados, ou seja, aqueles acima da média, seriam os que obtivessem número de referências maior ou igual a 10. Em suma, como a investigação teve por objetivo identificar as tendências teóricas nas pesquisas sobre Ensino Jurídico, atentou-se aos resultados da segunda categoria temática, sendo assim, os autores mais referenciados na pesquisa de estado da arte, foram apenas cinco, quais sejam: Horácio Wanderlei Rodrigues, Luis Alberto Warat, José Eduardo Faria, Eduardo Carlos Bianca Bittar e Roberto Lyra Filho, sendo que a quantidade de referências dos autores foi, respectivamente, 31, 30, 19 13 e 10. Assim, de todas as teses e dissertações analisadas, é possível afirmar que tanto Luis Alberto Warat quanto Horácio Wanderlei Rodrigues constituem-se base para qualquer discussão sobre o Ensino Jurídico, dado que são os dois acadêmicos brasileiros que mais exaustivamente trataram o assunto em publicações de livros, artigos científicos e anuários. A discordar ou a concordar com seus pensamentos, críticas e teorias, retomá-los se torna não apenas necessário como deles depende a própria elaboração de uma pesquisa séria sobre o tema. De sorte que, tamanha é a importância de seus trabalhos, raramente não foi encontrado uma tese ou dissertação que deixasse de lhes fizer citação.

De outra banda, sobre a pouca quantidade de autores incluídos neste seleto grupo, talvez seja possível afirmar – ou cogitar – que tal fato esteja relacionado à escassa bibliografia relacionada ao tema do Ensino Jurídico, uma vez que poucos autores trabalham de forma específica sobre a temática, tornando mais difícil a pesquisa sobre o assunto. Ademais, diante da ausência de pedagogos, filósofos ou juristas que se dediquem ao tema, os pesquisadores da temática acabam por buscar fontes indiretas para auxiliá-los nesta trincheira. Tal adversidade, contudo, pode ser positiva, pois forçam os pesquisadores a construir novas concepções de ensino baseadas em autores e teorias que, em princípio, não dizem respeito ao Direito.

1 Análise comparativa das tendências teóricas do Ensino Jurídico

Com base na delimitação dos cinco autores, foi possível circunscrever quais os principais referenciais teóricos utilizados nas pesquisas. Entretanto, não obsta ressaltar que tal delimitação

não deve ser entendida de forma finalista. Ela apenas se baseia na análise do estado da arte determinada na pesquisa. Inclusive, de certa forma, na mesma linha, Rodrigues (1988), na obra *Ensino Jurídico: saber e poder*, apresenta os sete maiores pesquisadores sobre o tema do Ensino Jurídico na opinião do autor. São eles: João Baptista Villela, Álvaro Melo Filho, Aurélio Wander Bastos, Joaquim de Arruda Falcão Neto, José Eduardo Faria, Roberto Lyra Filho e Luis Alberto Warat.[3] Dessa forma, é possível demonstrar, de forma reiterada, que o resultado do artigo também ecoa em outros discursos. No entanto, cabe ressaltar, por outro lado, que reduzir a discussão do Ensino Jurídico a uma lista é arriscado, justamente na medida que se deixa de fora outros tantos colaboradores, igualmente ou, talvez, até mais capacitados para discorrer sobre o tema. Assim, deve-se deixar claro que o resultado do artigo aponta uma tendência sobre o Ensino Jurídico circunscrita a um tempo determinado, sendo que os mesmos autores igualmente devem ser entendidos como uma perspectiva ou tentativa de análise na complexa tarefa de entender os fenômenos envolvidos nos cursos de Direito no Brasil.

Sobre os resultados encontrados durante a elaboração da investigação, apresenta-se o Quadro 1 com o intuito de resumir o pensamento de cada um dos autores conforme as categorias "Problemas" e "Soluções". Inicialmente, cabe destacar que o método de sua construção se baseia em uma análise interpretativa das obras de cada autor, em que se pode observar,

3 *Data venia*, em que pese a máxima opinião do autor, importante ressaltar que, especificamente sobre a citação de João Baptista Villela, enquanto pesquisador e intelectual, não há qualquer publicação sobre a temática do Ensino Jurídico em seu Currículo Lattes, nem artigos científicos, nem publicações em eventos, muito menos capítulos ou livros publicados, sendo que suas áreas de atuação, enquanto pesquisador, estão mais vinculadas com o Direito Civil (VILLELA, 2015). Álvaro Melo Filho, por outro lado, embora seja grande referência do Direito Desportivo, dedicou-se parcialmente ao Ensino Jurídico, tendo 13 artigos científicos e cinco livros publicados sobre o tema – *170 anos de cursos jurídicos no Brasil*, *Ensino Jurídico – Novas diretrizes curriculares*, *Inovações no Ensino Jurídico e no Exame de Ordem*, *Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectiva e propostas*, *Reflexões sobre Ensino Jurídico* e *Metodologia do Ensino Jurídico* –, sendo assim, não há como negar que Melo Filho seja uma referência importante na construção de uma crítica sobre o Ensino Jurídico (MELO FILHO, 2015). Por seu turno, Aurélio Wander Bastos, embora tenha se dedicado bastante a pesquisas no campo do Direito Constitucional e Econômico, tem seu trabalho de livre-docência envolvido ao tema do Ensino Jurídico, defendido na Universidade Gama Filho, em 1995. Ademais, além de artigos sobre o tema, Bastos também tem três obras publicadas sobre a questão – *Evolução do Ensino Jurídico no Brasil*, *Os cursos jurídicos* e *As elites políticas brasileiras e criação dos cursos jurídicos no Brasil* (BASTOS, 2015). Por conseguinte, Joaquim de Arruda Falcão Neto, outro pesquisador que vem se dedicando ao Direito Constitucional, embora sem qualquer artigo sobre Ensino Jurídico, publicou os livros *Os advogados, ensino jurídico e mercado de trabalho* e *O ensino jurídico e as associações de classe dos advogados*, além de outras publicações em capítulos de livros sobre o mesmo tema (FALCÃO NETO, 2015). Por fim, José Eduardo Faria, Roberto Lyra Filho e Luis Alberto Warat, também apontados como grandes pensadores do tema, como será alhures explorado, já se ancoram nos resultados do estado da arte realizado, dado que os três autores se encontram entre as cinco principais referências na Categoria Temática do Ensino Jurídico.

a priori, que quando se tratou da discussão do Ensino Jurídico, os próprios autores apresentam seus argumentos em uma lógica de demonstração dos problemas e das possíveis soluções. Em outras palavras, o método que delimitou seu desenvolvimento foi a observação reiterada dos termos nas obras de cada um dos cinco autores, fato que possibilitou uma síntese de suas ideias. Sendo assim, apresenta-se, pois, a seguir, para um entendimento adequado, um quadro sintético que explicita os problemas e as soluções de acordo com a perspectiva de cada um deles.

QUADRO 1 – **SÍNTESE SOBRE O PENSAMENTO DOS AUTORES RELATIVO AO ENSINO JURÍDICO**

AUTOR	PROBLEMAS	SOLUÇÕES
HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES	- DOGMATISMO - TECNICISTA - TRADICIONALISMO - PROFISSIONALIZANTE - BACHARELESCO - ELITISTA - FALTA DE PESQUISA - FALTA INTERDISCIPLINARIDADE - VAIDADE DOCENTE - DESVALORIZAÇÃO PROFESSOR **- FALTA FORMAÇÃO CRÍTICA**	- REFORMA CURRICULAR - NOVAS DINÂMICAS DE AULA - VALORIZAÇÃO DO PROFESSOR - PESQUISA - INTERDISCIPLINARIDADE - QUALIFICAÇÃO DOCENTE - DISCIPLINAS TRANSVERSAIS **- FORMAÇÃO CRÍTICA**
LUIS ALBERTO WARAT	- TRADICIONALISMO - JARGÕES - VAIDADE DOCENTE - TRANSMISSÃO DE IDEOLOGIA **- FALTA FORMAÇÃO CRÍTICA**	- NOVAS DINÂMICAS DE AULA - CONSCIENTIZAÇÃO POLÍTICA **- FORMAÇÃO CRÍTICA**
JOSÉ EDUARDO FARIA	- DOGMATISMO - TECNICISMO - TRADICIONALISMO - FORMALISTA - ELITISMO - PROFISSIONALIZANTE - TRANSMISSÃO DE PODER - FALTA FORMAÇÃO HUMANÍSTICA **- FALTA FORMAÇÃO CRÍTICA**	- REFORMA CURRICULAR - COSMOVISÃO JURÍDICA - FORMAÇÃO HUMANÍSTICA **- FORMAÇÃO CRÍTICA**
EDUARDO CARLOS BIANCA BITTAR	- ELITISTA - PROFISSIONALIZANTE - FALTA DE PESQUISA - FALTA DE INTERDISCIPLINARIDADE - DESVALORIZAÇÃO DO PROFESSOR **- FALTA FORMAÇÃO CRÍTICA**	- REFORMA PEDAGÓGICA - REFORMA CURRICULAR - PESQUISA - INTERDISCIPLINARIDADE - VALORIZAÇÃO DO PROFESSOR **- FORMAÇÃO CRÍTICA**

ROBERTO LYRA FILHO	- ELITISTA - DOGMÁTICO - REACIONÁRIO - TRANSMISSÃO DE IDEOLOGIA - TRANSMISSÃO DO PODER - REDUCIONISMO **- FALTA FORMAÇÃO CRÍTICA**	- REFORMA JURÍDICA - REFORMA EPISTEMOLÓGICA **- FORMAÇÃO CRÍTICA**

Fonte: quadro elaborado pelos autores a partir de Adaid (2015).

Com base no quadro, é possível observar que a tríade dogmatismo, tecnicismo e tradicionalismo se expressa de forma integral para dois autores, quais sejam, Horácio Wanderlei Rodrigues e José Eduardo Faria e de forma parcial para Luis Alberto Warat, Eduardo Carlos Bianca Bittar e Roberto Lyra Filho. Contudo, em que pese a necessidade de uma conceituação acurada a respeito desses três conceitos, o que, de forma clara, deveria ser entendido por dogmatismo, tecnicismo e tradicionalismo? É possível afirmar que, embora haja semelhança entre as características do dogmatismo e do tecnicismo, à medida que ambas orbitam sob a influência do positivismo e o fato de que o Direito esteja ligado em demasia à norma, há que se ressaltar, do ponto de vista educacional, que a conotação dada pelos autores aos termos pode ser diversa. Sendo assim, é possível argumentar que, para o Ensino Jurídico, o dogmatismo está relacionado com a característica de uma didática educativa pouco preocupada com a formação crítica e com a importância de construir um ser realmente pensante. O professor dogmático, então, é aquele que expõe seu conhecimento como verdades derradeiras, inquestionavelmente baseadas na lei, na jurisprudência ou na doutrina.

Por outro lado, o tecnicismo está vinculado, em absoluto, ao ensino baseado na prática, conforme crítica bastante desenvolvida por Rodrigues (2005). De acordo com o próprio autor, foi graças ao modelo de Currículo Mínimo, implementado em 1962, que os cursos de Direito passaram a ter um ensino com viés muito mais voltado à carreira forense, visto que, com o advento da Nova República, a partir da década de 1980, novas classes sociais passaram a fazer parte do ambiente universitário. Os antigos alunos, filhos da elite, que ingressavam nos cursos de Direito, em meados do século XIX, não tinham o propósito de exercer necessariamente uma carreira jurídica – pois, em breve, herdariam a fortuna de seus pais e, talvez, futuramente, também se dedicariam à política, ao jornalismo ou à literatura.

Com a inauguração e a expansão dos cursos de Direito no Brasil, até então circunscritos aos herdeiros da elite brasileira da época – que tinha a possibilidade de financiar os estudos nas faculdades europeias –, tal carreira passou a ser economicamente viável para os filhos dos pequenos comerciantes – e da classe média, de uma forma geral. Estes estavam interessados na carreira jurídica, seja como advogados, juízes, delegados de polícia ou promotores de justiça. A partir desta perspectiva, os cursos passaram a adotar uma nova proposta

curricular que atendesse a esta nova demanda mercadológica, por meio de um ensino que se baseasse especificamente na formação de um jurista, e não mais em uma formação meramente erudita.

Nesse sentido, embora muitos autores se utilizem da terminologia tecnicismo, também seria possível falar em ensino profissionalizante, pois este tem como principal fim a formação de um profissional apto para atuar no mercado forense. O tradicionalismo, por seu turno, representa uma característica do Ensino Jurídico que pouco mudou desde a sua inauguração no século XIX, qual seja, das aulas em estilo conferencista, com pouca abertura para o diálogo, em que o professor se coloca como único expositor do conhecimento. Os alunos são avaliados por meio de exames – que, de modo genérico, refletem o mesmo pensamento do docente que o aplica. Sendo assim, é possível dizer que o tradicionalismo jurídico, no contexto universitário, está ligado ao próprio dogmatismo.[4]

1.1 Busca por um conceito de dogmatismo, de tecnicismo e de tradicionalismo

Especificamente a questão do dogmatismo, que tem origem no verbo grego *δόγμα*, o qual se lê *dókeo*, de acordo com Antonio Geraldo da Cunha (2010), em seu *Dicionário etimológico da língua portuguesa*, está ligada ao ensino ou à doutrina. Para Abbagnano (2007), o significado desse termo foi fixado pela contraposição que os céticos estabeleceram entre os filósofos dogmáticos, que definem sua opinião sobre todos os assuntos, e os filósofos céticos, que não o definem. A partir dessa perspectiva filosófica, seriam dogmáticos todos os filósofos que não são céticos. Por outro lado, considerando ainda a perspectiva de Abbagnano (2007), o desenvolvimento do conceito gerou novo sentido em Kant, justamente por ligar o dogmatismo à metafísica tradicional, entendendo por ele o preconceito de poder progredir na metafísica sem uma crítica da razão. Esse dogmatismo filosófico, que consiste em aventurar a razão em pesquisas que estão fora de sua alçada, por estarem além da esfera da experiência possível, é incentivado pelo dogmatismo comum, que consiste, na concepção kantiana, em raciocinar levianamente sobre coisas das quais não se compreende nada e das quais nunca ninguém no mundo entenderá.

4 Ainda a respeito da tríade na característica do Ensino Jurídico, é importante ressaltar que Bittar (2001; 2006) pouco afirma a respeito do dogmatismo e do tradicionalismo, atendo-se mais em suas críticas à característica profissionalizante que retornou às faculdades de Direito. Lyra Filho (1980; 1981), por sua vez, também pouco afirma a respeito do tecnicismo e do tradicionalismo, sendo eles apresentados como características do próprio dogmatismo – dessa forma, talvez com razão, afirme que o ensino dogmático acaba por ser a base tanto para o tecnicismo quanto para o tradicionalismo. Sua crítica, fundamentada em um discurso de ordem bastante político, coloca o aluno, principalmente no caso dos cursos jurídicos, como portador da grande responsabilidade em possuir uma consciência crítica, levando-se em conta seu futuro papel enquanto operador do Direito. Contudo, paralelamente à tríade do Ensino Jurídico (dogmático, técnico e tradicional), os autores se dividem quanto às possíveis soluções para estas características.

Todavia, talvez mais próximo ao sentido do Ensino Jurídico seja o conceito de dogmática desenvolvido por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994),[5] na obra *Introdução ao estudo do Direito*. Para ele, em oposição à zetética, que pelo radical grego tem o sentido de procurar ou inquirir, a dogmática cumpre uma função informativa combinada com uma função diretiva, ao acentuar o aspecto resposta de uma investigação.[6]

> O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada se configura como um dever-ser (como deve-ser algo?). Por isso o enfoque zetético visa a saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático se preocupa em possibilitar uma decisão e orientar a ação (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 41).

É preciso deixar claro que o dogmatismo, conforme definição conceitual anterior, se diferencia do que Ferraz Júnior (2015) desenvolve sobre o mesmo tema. Neste sentido, justamente por haver preocupação em possibilitar uma decisão e orientar uma ação, o enfoque dogmático tem caráter propositivo na aplicação do Direito.[7] Sendo assim, pode-se dizer que

5 Há um material precioso em que o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior explica o contexto de construção de sua obra *Função social da dogmática jurídica*, justamente instado a participar do concurso para Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo. "Honestamente, quando escrevi minha tese de professor titular sobre dogmática jurídica, nunca me passou pela cabeça que um dia estaríamos aqui refletindo sobre esse tema" (FERRAZ JÚNIOR, 2010, p. 13).

6 Sobre a distinção entre zetética e dogmática vale citar o artigo "Sobre um Ensino Jurídico mais zetético no Brasil" no qual, de acordo com Adaid e Mendonça (2010), a dicotomia entre a teoria zetética e dogmática do Direito foi proposta originalmente por Theodor Viehweg, jurista alemão que, além de Direito, estudou Filosofia e exerceu a atividade da magistratura. Entretanto, com advento da Segunda Guerra, ficou desempregado. Nesse período escreveu a obra *Tópica e jurisprudência* que lhe rendeu o título de livre-docente em 1953 na Universidade de Munique. A terminologia ganhou grande notoriedade, sendo difundida no Brasil apenas no final da década de 1970 pelo jusfilósofo brasileiro Tércio Sampaio Ferraz Júnior, aluno de Viehweg na Universidade de Mainz (ADAID; MENDONÇA, 2010).

7 É importante diferenciar e aprofundar a distinção entre o dogmatismo, o qual se critica no âmbito educacional, principalmente no contexto dos cursos jurídicos, do conceito de Dogmática Jurídica, o qual, inclusive, é desenvolvido por Theodor Viehweg e trazido para o Brasil por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, como se mencionou na nota anterior. De forma simples, Plácido e Silva (2010) afirma que ela se refere ao ramo da ciência jurídica que estuda os princípios gerais do direito. De forma adicional, Adeodato (2002, p. 31) esclarece que "[...] a dogmática jurídica tem como dogma prefixado a norma jurídica. Tal dogma constitui-se de determinadas interpretações da realidade que não devem ser questionadas e, caso o sejam, devem ater-se aos parâmetros fixados pelas próprias normas jurídicas, como, por exemplo, no caso da

a dogmática jurídica exerce papel fundamental no contexto jurídico. Principalmente em razão de conflitos sociais e para que haja uma solução prática, ou seja, a saída do mundo teórico para o mundo real, dos fatos sociais. Rodriguez, Püschel e Machado (2012) argumentam, na obra *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*, que a necessidade de busca por resolução de conflitos, de forma permanente, com base em material jurídico, gera um estado contínuo de crise ao aparelho dogmático. Assim, tem-se uma atividade que leva em consideração o princípio da igualdade perante a lei com o horizonte do presente, do passado e do futuro.

Mesmo considerando tal vertente, o dogmatismo do Ensino Jurídico estaria relacionado com um Direito fechado ao questionamento, em que se aceita aquilo que está previamente determinado, oposto do enfoque zetético, que nomeia a dúvida como principal elemento da discussão. Dessa maneira, é possível fazer um paralelo entre o Ensino Jurídico com viés mais zetético e a influência do pensamento filosófico. Como citam Adaid e Mendonça (2010), um exemplo clássico da zetética no Direito vem da mitologia grega na história de *Antígona*, contada por Sófocles (2000). De acordo com o mito, Creonte, rei de Tebas, ordenou que Polinice, irmão de Antígona, fosse enterrado sem os ritos funerários necessários, a pena mais grave para os povos antigos. Sua irmã, achando injusta a ordem imperada pelo tio, descumpriu-a e enterrou o irmão. Ferraz Júnior (1994), por sua vez, cita outro exemplo: Sócrates, sentado à porta de sua casa, observa passar um homem correndo e atrás dele um grupo de soldados. Então, um dos soldados grita: agarre esse sujeito, ele é um ladrão! Ao que responde Sócrates: o que você entende por ladrão? (FERRAZ JÚNIOR, 1994). O que há de comum nos dois exemplos é a presença de uma resistência em aceitar uma questão previamente estabelecida. Antígona, seguindo seu instinto de justiça, reage a uma norma derradeira imposta pelo tio. Enquanto Sócrates questiona o significado do termo ladrão, que na perspectiva dos soldados era algo óbvio e impossível de ser questionado. Ao problematizar o que, em princípio, está definido, abre-se o precedente de um debate em que nada está previamente determinado, nem existem verdades absolutas. Eis a dimensão filosófica e sua necessidade nos cursos de Direito.

Por conseguinte, ainda em relação à conceituação da tríade, do ponto de vista etimológico, técnica vem do grego *τέχνη*, que se lê *téchne*, e está ligada à ideia de arte ou ofício (CUNHA,

• • •

arguição de inconstitucionalidade material de lei ordinária ou incompetência do órgão legiferante, sem prejuízo para a coerência interna do sistema normativo como um todo. A inquestionabilidade dos pontos de partida, contudo, não significa que os dogmas jurídicos sejam interpretações estáticas da conduta social, uma vez que eles precisam ser constantemente revistos a fim de acompanhar a mutabilidade inerente àquela conduta. A dogmática jurídica consiste exatamente no manejo das regras que garantem que esses processos de revisão e atualização permanecerão dentro dos limites fixados pelas próprias normas jurídicas, estabelecendo modos interpretativos e integradores para adaptação da norma ao fato".

2010). Ainda na perspectiva de Abbagnano (2007), tecnicismo, de acordo com o sentido kantiano tem o mesmo sentido que técnica, uma vez que o filósofo usa o termo para indicar a técnica da natureza, ou seja, seu mecanismo. O sentido geral desse termo coincide com o sentido geral de arte: "[...] compreende qualquer conjunto de regras aptas a dirigir eficazmente uma atividade qualquer" (ABBAGNANO, 2007, p. 939). Desta forma, técnica não se distingue de arte, de ciência, nem de qualquer processo ou operação capazes de produzir um efeito qualquer: seu campo se estende tanto quanto o de todas as atividades humanas. Ainda para Abbagnano (2007), é preciso, porém, chamar a atenção para o fato de que nesse significado do termo, que é bastante antigo e geral, não se inclui o significado atribuído por Kant (apud ABBAGNANO, 2007), que falou de técnica da natureza para indicar a causalidade dela, mas negou que a filosofia – especialmente a filosofia prática – pudesse ter uma técnica, porque não pode contar com uma causalidade necessária. Completa, no conceito dado por Abbagnano (2007), Plácido e Silva, da obra *Vocabulário jurídico*, segundo o qual técnica forense "[...] é a que se constitui pelo conjunto de regras que estabelecem os processos forenses, indispensáveis à administração da Justiça" (2010, p. 711). Bem por isso, prossegue o autor, em certas circunstâncias, a técnica forense é completada pela prática jurídica, de que se origina a própria perícia judiciária, ou de onde se pode derivar a própria técnica. Contudo, o sentido de tecnicismo apontado pelos autores demonstra não o cumprimento de regras, mas uma desvinculação da teoria, de forma que se priorize a prática.

Do ponto de vista do Ensino Jurídico, Rodrigues (2005), como já mencionado, deixa muito claro o processo histórico no qual se passaram os currículos, inicialmente com um modelo que valorizava a formação erudita, uma vez que, até aquele contexto, os cursos de Direito estavam relacionados com a aristocracia. Logo, o processo tecnicista se apresenta como um subterfúgio político, com objetivo de tornar o Ensino Jurídico mais atrativo e útil ao novo público – diferente daquela velha elite. O conceito de tecnicismo, assim, aponta para um retrocesso, em que a formação jurídica passa a ganhar caráter cada vez mais prático, o que indiretamente se relaciona com o dogmatismo, à medida de sua falta de crítica.

Por derradeiro, ainda na tentativa de conceituar a tríade apresentada pelos autores, tradicionalismo, de acordo com a raiz etimológica latina, refere-se à palavra *traditio*, a qual aponta para o sentido de entregar algo ou passar adiante determinado objeto (CUNHA, 2010). Na perspectiva de Abbagnano (2007, p. 978), o tradicionalismo está relacionado com a "[...] defesa explícita da tradição". Por sua vez, tradição, ainda na concepção do autor, remeteria à ideia de herança cultural, transmissão de crenças ou técnicas de uma geração para outra. No domínio da filosofia, o recurso à tradição implica o reconhecimento da verdade na tradição, que, desse ponto de vista, se torna garantia de verdade e, às vezes, a única garantia possível.

Para Aristóteles, sua própria filosofia consistia em libertar a tradição de seus elementos míticos – portanto, em descobrir a tradição autêntica ao mesmo tempo em que se funda na garantia oferecida por ela. Esse foi o ponto de vista que predominou no último período da filosofia grega, especialmente na corrente neoplatônica. Desde então, o conceito de tradição

não mudou, conservando a aparência ou a promessa dessa garantia, sendo que o seu grande retorno ocorre no Romantismo (ABBAGNANO, 2007). Por outro lado, Plácido e Silva (2010) revela que, em sentido amplo, tradição demonstra tudo o que se passa ou se transmite por meio do tempo e no espaço.

Ora, uma vez que seu sentido demonstra a manutenção de determinados valores no tempo ou a ideia de mantê-lo, para o Ensino Jurídico, então, o sentido de tradicionalismo só poderia remontar a suas origens europeias, sobretudo no que se refere ao modelo da Universidade de Coimbra. É nesse mesmo sentido que Rodrigues (2005) relaciona reiteradamente a ideia de tradição e tradicionalismo com o modelo conferencista de ensino, de forma a criticar a herança deixada por Coimbra. Inclusive, nesse sentido, Cerqueira et al. (2008) demonstram que o modelo coimbrense, que já era considerado obsoleto para a época, foi copiado *ipsis litteris* na inauguração da Faculdade de Olinda e de São Paulo no século XIX.

1.2 Pensadores do Ensino Jurídico

Em relação aos autores, Horácio Wanderlei Rodrigues retoma a tríade do Ensino Jurídico, porém, parece apresentar a questão da profissionalização como um quarto problema, apartado do tecnicismo. Para ele, os cursos de Direito sempre foram voltados para um conhecimento técnico, por mais que antes este aspecto não fosse tão ressaltado e houvesse maior preocupação com uma formação erudita, principalmente com a vigência do Currículo Pleno, que predominou de 1827 a 1961 (RODRIGUES, 2005). Desse modo, ao lado do ensino profissionalizante, ao qual a segunda reforma deu origem, o autor também atribui a característica bacharelesca dos cursos que representa o vínculo da graduação com a carreira jurídica. Após a década de 1960, nasce a figura do bacharel em Direito, que representa uma postura ainda mais técnica e profissionalizante aos cursos. A solução para isso, então, está na reforma das diretrizes curriculares e dos projetos pedagógicos – de forma crítica, porém. Não basta que seja meramente formalista, a reforma deve propor mudanças drásticas que afetem os cursos estruturalmente. Sendo assim, de acordo com autor, ao mesmo tempo em que o Ensino Jurídico é elitista e a ele poucos têm acesso, o processo de democratização da Educação foi uma das principais causas da influência tecnicista e profissionalizante.

Para Rodrigues (2005), em sua obra mais madura, *Pensando o ensino do Direito no século XXI*, a solução para esses três problemas está inicialmente na reforma das diretrizes curriculares e em um novo projeto pedagógico, em que pese o fato de que o autor critique este caminho para o aprimoramento do Ensino Jurídico. Para ele, um dos aspectos mais marcantes do tradicionalismo nas aulas jurídicas se dá por seu estilo conferencista, o qual possibilita pouco espaço para o debate e coloca o professor como único difusor do conhecimento. Ademais, as aulas tendem a ser pouco interdisciplinares, uma vez que os professores se focam em suas áreas de atuação, o que reforça o argumento de que os professores deveriam proporcionar aos alunos uma visão global do Direito. Para ele, a solução estaria em novas dinâmicas de aulas, por meio de mais diálogo e maior participação do aluno, de forma a contribuir para uma

formação mais crítica. Neste sentido, ele defende a valorização e introdução de disciplinas com temas transversais,[8] de cunho zetético. A falta de pesquisa no campo jurídico também é outro aspecto marcante nas obras de Rodrigues (1993; 2000; 2005). De acordo com ele, é normal que muitos alunos se formem sem ter uma noção mínima do que é e de como realizar uma pesquisa. Ademais, ao mesmo tempo em que critica a vaidade de determinados seguimentos do corpo docente, também afirma que a profissão é desvalorizada (RODRIGUES, 2000). A solução seria a qualificação do docente, que, embora pareça frutífera para o prestígio e a qualidade das aulas, pouco influenciaria na questão da vaidade.

Luis Alberto Warat, por sua vez, não enfatiza a tríade como fez o autor anterior; ao contrário, direciona sua crítica ao tradicionalismo das instituições e dos professores. Para o autor, o aspecto tradicional, na figura docente, se contrapõe ao dinamismo, à acessibilidade, à flexibilidade e, principalmente, à simpatia, por meio de seu método carnavalizado. Sua concepção de educador, metaforicamente personificada por Vadinho[9] de Amado (2000), representa um sedutor, que tem como objetivo principal atrair a atenção do educando para o conhecimento de forma prazerosa (WARAT, 1985). A linguagem demasiadamente técnica, por meio de seus jargões, seus conceitos e brocardos ainda em latim, também é alvo de críticas e, de acordo com o mesmo autor, caracteriza o professor tradicional e vaidoso – ele critica em específico a linguagem técnica utilizada pelos professores e não propriamente o movimento tecnicista do Ensino Jurídico.

Nesse sentido, uma possível solução seria novas dinâmicas de aulas, porém, diferente da proposta de Rodrigues (2000; 2005), seu foco está no papel do professor enquanto protagonista deste novo modelo de ensino. É possível afirmar que a reforma proposta por Warat tem caráter muito mais individual, pois depende da atuação particularizada de cada educador, na dinâmica de suas aulas. Outra característica bastante debatida na obra de Warat se refere à utilização do espaço de sala de aula como propagador de ideologias políticas, sociais, econômicas e pela imposição do poder, por meio da reafirmação da superioridade intelectual do professor frente aos alunos. Outrossim, como característica unânime, a falta de crítica também é bastante recorrente em sua análise sobre os cursos de Direito, sendo que se torna imprescindível que

8 O Ministério da Educação, por meio do documento *PCN – Temas Transversais* (BRASIL, 1998), incentivou o desenvolvimento de alguns temas, para a Educação Básica, que pudessem ser tratados por todos os docentes de um determinado segmento. Em que pese o fato de que este documento não focalizou o Ensino Superior, por inspiração dele, talvez se pudesse pensar a formação crítica como um tema transversal por meio do qual todos os professores de um curso de Direito fossem instados a desenvolvê-lo.

9 Valdomiro Santos Guimarães, vulgo Vadinho, possível jogo de palavras com vadio e vadiagem, é um personagem fictício, criado por Jorge Amado (AMADO, 2000), no clássico romance da língua portuguesa do século XX, *Dona Flor e seus dois maridos*. Warat (1985) faz uma comparação jocosa entre as características do personagem e o estereótipo do professor ideal.

o ensino se renove nesse sentido. Em suma, a reforma waratiana aponta para uma conscientização política, principalmente pelo fato de que os estudantes de Direito, muito em breve, serão juristas e estarão diretamente ligados ao Poder Judiciário.

José Eduardo Faria, por outro lado, parece construir uma crítica semelhante à de Horácio Wanderlei Rodrigues: ambos assumem a tríade característica dogmática, tecnicista e tradicional do Ensino Jurídico, inclusive reafirmando que o processo de democratização do ensino trouxe como consequência o tecnicismo – posição semelhante à de Rodrigues (2005). Ainda nesse diapasão, Faria (1987) também ressalta a questão do ensino profissionalizante, fato que culminou com a adoção do modelo de Currículo Mínimo. Inova, contudo, ao estabelecer que os cursos de Direito são formalistas, possivelmente por conta da influência positivista, ao passo que se limitam muito à burocracia. Assim como Warat (1972), também retoma a seara da transmissão de ideologias e, sobretudo, o poder no contexto de sala de aula, por meio da submissão dos alunos à superioridade intelectual do professor. Por fim, assim como os demais autores, também retoma a ausência de direcionamento para uma formação crítica e acrescenta que os cursos possuem pouca formação humanística. Para ele, seria necessária uma mudança imediata no currículo, por meio da introdução de mais disciplinas de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito, bem como História e Metodologia, de modo que os alunos pudessem constituir uma visão mais global do mundo jurídico, embora, atualmente, vários cursos no Brasil já ofereçam tais disciplinas, inclusive em cumprimento à Resolução n. 9 (BRASIL, 2006).

Cabe ponderar, por outro lado, que a inclusão de disciplinas de fundamentos do Direito como as citadas não necessariamente propicia a formação crítica desejada. Assim, talvez Warat (1972) tenha razão em direcionar a atenção à figura do professor, dado que, independentemente da disciplina, o caráter crítico pode estar presente. Então, mesmo que analise a importância de alteração no currículo, coloca-se em dúvida a eficácia deste caminho para o aprimoramento dos cursos de Direito. Será que a inserção de disciplinas como as defendidas por Warat (1972), por si, conseguiria mesmo gerar uma formação necessariamente crítica? É o conteúdo o responsável pela formação crítica? E a figura do professor? Qual a importância deste protagonista em sala de aula? Talvez as disciplinas jurídicas e dogmáticas pudessem ser ensinadas de forma crítica, de modo que não parece razoável supor que apenas conhecimentos possam transformar a formação jurídica tal como concebida desde a formação dos primeiros cursos de Direito no Brasil.

Bittar (2001; 2006) reconhece o elitismo nos cursos de Direito, mas no sentido da falta de acesso ao ingresso e nas frágeis políticas públicas de inclusão social, bolsas de estudo e financiamento. Outrossim, assim como Faria (1987), também reconhece o caráter profissionalizante do Ensino Jurídico, contudo, não estabelece uma causa para o problema, nem mesmo cogita uma solução, limitando-se apenas à defesa de uma formação mais crítica. Importante ressaltar que, diferentemente dos demais autores, Bittar (2001; 2006) observa o baixo investimento em pesquisa, sendo este um dos aspectos que mereceria maior destaque em sua reforma educacional. Ademais, assim como Rodrigues (2000; 2005), identifica a falta

de interdisciplinaridade, principalmente nas disciplinas mais técnicas, como, por exemplo, em Direito Penal, Civil e Empresarial, nas quais se nota que há muito pouco diálogo entre as disciplinas, crítica que se aproxima daquela empreendida por Faria (1987), dado que se torna necessária uma visão mais global ao aluno. Em resumo, suas propostas baseiam-se na valorização do professor, no investimento à pesquisa e na reforma pedagógica e curricular de modo a criar um ambiente mais propenso à formação crítica.

Roberto Lyra Filho (1980; 1981) também não concebe a ideia da tríade do Ensino Jurídico como os demais autores. Sua crítica, contudo, se resume na afirmação de que o Direito é dogmático e elitista. Dogmático, pois se reduz a duas principais escolas epistemológicas, sendo que, na prática, o Direito permanece como sinônimo de norma; e elitista, pois representa, em primeiro lugar, a construção de um modelo legislativo pensado por um grupo minoritário e que, não necessariamente, reflete as demandas de todos os grupos sociais. Em segundo lugar, o Ensino Jurídico, mesmo diante do processo de democratização, sofrido a partir da segunda metade do século XX, continua com as mesmas ideologias tradicionais que remontam à sua fundação (LYRA FILHO, 1981).

A crítica do autor, muito semelhante ao pensamento waratiano, baseia-se na conscientização política e social do aluno, sendo assim, uma das características que inovam em seu discurso é a afirmação de que os cursos de Direito, assim como o Direito de modo geral, são reacionários. Na mesma trincheira de Faria (1987), também retoma que as salas de aula são palco de uma transmissão de ideologias e de uma total submissão dos alunos à figura do professor, encarada como grande detentor do conhecimento técnico e da experiência. A falta de crítica na formação jurídica, um elemento absolutamente unânime, repete-se em Lyra Filho (1980; 1981), bem como a falta de consciência política. É preciso ponderar que, entre os diversos cursos de Direito, muitos enfatizam a formação crítica e política, paradoxalmente. Nesse sentido, a participação de estudantes em centros acadêmicos evidencia a tomada de consciência em alguma direção, não necessariamente crítica ao Estado, tampouco ao Direito ou mesmo consciência que remeta a partidos políticos, então, como afirmar que falta consciência política sendo que justamente não se pode mensurar a consciência alheia? Destarte, é possível afirmar que o autor defende uma reforma do ensino, mas antes dela, torna-se necessária uma reforma do próprio Direito. A maior inovação de seu pensamento, então, ocorre pelo fato de o autor defender a superação do paradigma reducionista do Direito em juspositivismo e jusnaturalismo, afirmando, inclusive, que enquanto este *status quo* não for superado, pouco se poderia pensar em uma possível e efetiva transformação do Ensino Jurídico.

2 Importância da formação crítica para o Ensino Jurídico

Especificamente sobre a questão da pesquisa – aliás, de sua falta –, a qual foi criticada de forma contundente por Horácio Wanderlei Rodrigues (1993; 2000; 2005), bem como por Bittar (2001; 2006), é possível afirmar que os autores defendem o fomento à pesquisa nos cursos

de Direito e apontam como sendo um dos fatores mais críticos à falta de interlocução por parte dos docentes e discentes. Ora, que tipo de pesquisa está ausente nos cursos de Direito? É evidente que há formas de pesquisa na graduação, seja em relação à orientação que recebem os estudantes sobre métodos de pesquisa, sobre procedimentos de coleta de dados, no mínimo em disciplinas que tratam de Metodologia da Pesquisa Jurídica, seja em relação às orientações ligadas à construção de monografias ou o conhecido trabalho de curso (MENDONÇA, 2009). No entanto, o investimento em pesquisa no Brasil ocorre no contexto do Sistema Nacional de Pós-Graduação, por meio de agências federais como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), a agência do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), que tem como principais atribuições "[...] fomentar a pesquisa científica e tecnológica e incentivar a formação de pesquisadores brasileiros" (BRASIL, 2018a), e a CAPES, fundação do MEC que "desempenha papel fundamental na expansão e consolidação da pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) em todos os estados da Federação" (BRASIL, 2018b).

Isso significa que há diferença significativa sobre o sentido da pesquisa na graduação e na pós-graduação, dado que a segunda passa por processo de avaliação, regulação e os critérios para se definir a pesquisa são claros e determinam, por exemplo, o doutorado como condição mínima de titulação para que um docente possa ser credenciado em um programa de pós-graduação. O pressuposto desta exigência é o fato de que um doutor em Direito ou em outras áreas do conhecimento passou pelo processo de formação que culminou na defesa de uma tese de doutorado, logo, é um pesquisador na acepção das agências. Um professor de cursos de graduação em Direito não necessariamente passou pela experiência de construção de uma tese de doutoramento e, portanto, não exercitou, necessariamente, a autoria reivindicada neste processo, de modo que a pesquisa realizada na graduação se diferencia daquela realizada em programas de pós-graduação.

Assim, só desenvolve pesquisa, na acepção das agências CNPq e CAPES, o titulado doutor ou seus orientandos de mestrado e de doutorado. A lacuna se apresenta nesse raciocínio porque este mesmo profissional com o título de doutor orienta atividades de iniciação científica e, embora o número seja modesto de estudantes de iniciação científica nos cursos de Direito, este é um espaço privilegiado de pesquisas de alto nível. Por outro lado, é possível reconhecer que possa haver referência aos cursos de Direito aqueles realizados como sinônimo de instituição de ensino superior, o que incluiria graduação e pós-graduação.[10]

Em que pese a importância de cada contribuição que alicerça a discussão sobre o Ensino Jurídico, importa ressaltar que, com base na análise do quadro, tanto no que se refere aos

10 Neste sentido, importa destacar a nota publicada no Portal do Ministério da Educação, baseada no Decreto n. 5.773 de 2006 (BRASIL, 2006), o qual dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema

problemas quanto às soluções apontadas, o único denominador comum entre os autores diz respeito à falta de formação crítica e sua importância enquanto possível solução ao contexto educacional. Desse modo, todos os autores, cada um a seu modo, ressaltaram que os cursos de Direito pouco contribuem para esta formação. Como já mencionado, a formação crítica, ou reflexiva, que tanto defendem os autores se relaciona com a possibilidade de tornar os alunos autônomos intelectualmente, ou seja, emancipados, capazes de pensar por si. Em uma comparação com a *Alegoria da Caverna* de Platão, o ensino massificador e alienante é aquele que mantém os seres acorrentados, de costas para a entrada da caverna, com suas convicções baseadas apenas nas imagens das sombras projetadas à sua frente na parede (PLATÃO, 2000). O ensino crítico, então, pode ser metaforicamente apontado como aquele que quebra tais correntes e possibilita a liberdade para a conquista do conhecimento, no sentido de viabilizar uma nova visão do mundo, mais ampla, mais viva, mais verdadeira porquanto superada das sombras. Assim, o mito representa a constituição da realidade, em que as falsas imagens e sombras se sobrepõem às ideias e conceitos reais. Essa incorreta noção da realidade faz com o que os homens criem pré-conceitos que acabam por nortear sua fantasia e, consequentemente, sua vida. Assim, mesmo sem um aprofundamento em relação à interpretação da Alegoria de Platão - afinal, é um dos acorrentados que consegue, por esforço próprio se desamarrar –, é possível defender a importância da superação das sombras para a possibilidade da busca da verdade em se tratando do Ensino Jurídico.

• • •

federal de ensino e afirma que as instituições de educação superior, de acordo com sua organização e respectivas prerrogativas acadêmicas, são credenciadas como: faculdades, centros universitários e universidades. As instituições são credenciadas originalmente como faculdades (BRASIL, 2015). O credenciamento como universidade ou centro universitário, com as consequentes prerrogativas de autonomia, depende do credenciamento específico de instituição já credenciada, em funcionamento regular e com padrão satisfatório de qualidade. Ainda de acordo com a nota, as universidades se caracterizam pela indissociabilidade das atividades de ensino, pesquisa e extensão. São instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam pela produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural quanto regional e nacional; por um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado; e, por fim, um terço do corpo docente em regime de tempo integral. De outra banda, ainda com base na nota, são centros universitários as instituições de ensino superior pluricurriculares, abrangendo uma ou mais áreas do conhecimento, que se caracterizam pela excelência do ensino oferecido, comprovada pela qualificação do seu corpo docente e pelas condições de trabalho acadêmico oferecidas à comunidade escolar. Os centros universitários credenciados têm autonomia para criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior. Sendo assim, em que pesem atividades como os trabalhos de conclusão de curso e os programas de iniciação científica, os quais podem estar ligados à graduação, importa estabelecer que, em um sentido estrito do termo, a produção de conhecimento científico está necessariamente ligada a linhas de pesquisas e a programas de pós-graduação (BRASIL, 2015).

De forma contundente, faz-se urgente a necessidade de aprimoramento dos cursos de Direito e, por certo, cada professor é responsável pelo o que ensina em sala de aula, pela forma como interage com os estudantes, pelas oportunidades que oferece no espaço de sala de aula e fora dela, propiciando mais conhecimento aos seus alunos. Analisando os outros elementos míticos, conforme a própria concepção platônica, as correntes simbolizam a força de resistência que os homens têm ao comodismo das ideias e preceitos culturalmente impostos. A quebra das correntes e o caminhar para fora da caverna representam a tomada de consciência no mundo, de forma crítica, mediante a concepção de um mundo dado como verdadeiro até então. Entretanto, até que ponto e com qual parâmetro se apresenta a formação crítica? Em outras palavras, o que almeja esta formação, pois, ao tomar por base a *Alegoria da caverna*, então um ensino verdadeiramente crítico seria aquele capaz de quebrar os grilhões de cada aluno e levá-los à luz?

É claro que, ainda na metáfora platônica, o exercício da reflexão e do pensamento crítico representaria certa dificuldade no início, pois a luz do sol ofuscaria a visão do mundo real, sendo necessário que os prisioneiros libertados se acostumassem com a forte luminosidade, para, então, contemplar o mundo a seu redor. A saída da caverna, a observação de todos os detalhes e cores do mundo, e, por fim, seu desfruto seriam um último estágio de evolução, em que o homem já não estaria mais ofuscado pela luz solar, e poderia contemplar o mundo de forma plena. Quiçá seja esta a função do professor de Direito: tornar a dor e a dificuldade causada pelo ofuscamento da luminosidade o menor possível, de forma que os educandos não se desencorajem de continuar a descobrir este mundo novo.

Para além da metáfora, em princípio parece lógico e intuitivo que ao filósofo moderno ou ao estudante dos dias atuais sua situação no mundo já seja aquela dos prisioneiros libertos, com suas plenas capacidades para observar e provar o mundo. No entanto, em que pese todo o conhecimento agregado pela humanidade desde os tempos primitivos, será que de fato o homem está hoje liberto dos grilhões da ignorância? Será que o simples fato de estar em uma sociedade complexa e desenvolvida, estudar e exercer alguma atividade profissional ou intelectual já o torna capaz de entender e conhecer o mundo verdadeiro, livre de preconceitos e ilusões? Em que medida o homem tem acesso ao conhecimento e à verdade em uma sociedade da manipulação de informações, em uma sociedade de redes sociais que apresentam muitas informações, mas pouco conhecimento? Embora não seja objeto do artigo, a tecnologia está na sala de aula nos cursos de Direito e, de certo modo, o acesso à informação é muito mais fácil que há 30 anos, por exemplo, mesmo assim, isso garante uma formação mais aberta, de construção de conhecimento permeada pela crítica? Formular perguntas assim parece um passo importante para o que os autores estudados reivindicam, afinal, o caminho da formação crítica é justamente aquele que propicia a formulação de perguntas para que se possa pensar um novo contexto para o Ensino Jurídico.

É interessante notar que nos cursos de Direito há espaço para a reflexão filosófica, no entanto, de que forma esta área do conhecimento se apresenta? Se a Filosofia pode ser definida

como busca da verdade e o filósofo é aquele que, incessantemente, por meio do espanto e da admiração, procura conhecer, talvez a Filosofia possa ser aprimorada no sentido de pautar, para além e antes da crítica, a autocrítica. Foi assim que Mendonça (2010; 2011; 2018) definiu a educação aristocrática, aquela segundo a qual se pauta na busca da individualidade, não do individualismo, na busca da autocrítica como condição para a crítica e, em última instância, a busca da autossuperação.[11] Tal perspectiva se aproxima da reivindicação dos cinco autores, afinal, quando se fala de busca por formação crítica não se define qualquer formação ou qualquer crítica, mas, justamente, aquela capaz de transformar o Ensino Jurídico.

Considerações finais

Sobre a importância dos cinco autores apresentados como base para a discussão do Ensino Jurídico (quais sejam, Horácio Wanderlei Rodrigues, Luis Alberto Warat, José Eduardo Faria, Eduardo Carlos Bianca Bittar e Roberto Lyra Filho), em resposta à pergunta do artigo, isto é, com base na pesquisa do tipo estado da arte, que autores prevalecem no Brasil quando o assunto é Ensino Jurídico, no período entre 2004 e 2014, a partir da análise de teses de doutorado e de dissertações de mestrado? A resposta foi encontrada a contento e é muito provável que todos concordem com a necessidade de superação do Ensino Jurídico na busca da formação crítica. Paradoxalmente, nenhum deles estabelece de forma precisa o que vem a ser formação crítica. Em outras palavras, em nenhum momento se define o que significa possuir ou receber uma formação crítica. Ironicamente, a única característica em comum entre os autores é, talvez, a menos debatida entre eles – como se, na prática, a concepção de crítica ou formação crítica fosse algo tão óbvio que desmerecesse qualquer tentativa de conceituação ou discussão.

Fazendo algum esforço em tentar delimitar o que vem a ser crítica ou quais os requisitos necessários para tal formação, a análise dos autores, quiçá, aponta para o fato de que a formação crítica representa a base para qualquer ensino, ainda mais em se tratando de um curso de Direito, uma vez que tais educandos minimamente representam os futuros operadores do Direito, a saber, advogados, juízes de Direito, promotores de justiça, delegados de polícia e demais servidores públicos do Poder Judiciário. Serão eles a elite intelectual que estará

11 Autossuperação no sentido nietzschiano, termo desenvolvido por Mendonça (2011), no que se refere à busca por uma vida aristocrática, indica a educação individual, educação da solidão e do destaque, que requer a autocrítica como elemento para a autossuperação da grande individualidade. Portanto, não se trata de uma educação para todos, mas para os que têm reverência por si mesmo. De acordo com o autor, "como resultado da educação aristocrática, o homem deixará de ser pequeno e mesquinho, e isso partirá de sua vontade. Trata-se, assim, da vida solitária, que proporciona ao indivíduo, por meio da solidão, o contato dele consigo e a experiência de superação de seu estado de massificação e adormecimento. A educação aristocrática aponta para a grande individualidade, em contraposição à maioria das pessoas" (MENDONÇA, 2011, p. 24).

ligada ao processo legislativo, seja por meio da assessoria dos legisladores durante a elaboração dos projetos normativos, seja por sua própria realização, já que, como mencionado anteriormente, os juristas representam uma classe presente e tecnicamente inseparável da política. Ademais, enquanto operadores, estão ligados também ao Poder Executivo e ao próprio Judiciário, de modo que o Direito propagado nos cursos ecoa na prática forense e na própria dinâmica política, econômica e social, de sorte que o conhecimento ensinado nas salas de aulas e a formação que tais bacharéis recebem representam uma influência direta na sociedade. Dessa forma, uma formação crítica, como apontada pelos autores, representa o mínimo que os Cursos de Direito devem oferecer a seus alunos. Sem embargo, a questão ainda persiste: qual a perspectiva de formação crítica para os autores, ou seja, o que significa formação crítica e como alcançá-la?

Para Horácio Wanderlei Rodrigues, a falta de formação crítica reside na concepção bacharelesca oriunda da proposta de Currículo Mínimo de 1962, que enfatizou a formação mais voltada à prática forense que a formação humanística, com ausência de pesquisa e do vetor da interdisciplinaridade (RODRIGUES, 2002).

De acordo com ele, a qualidade do ensino e sua implementação está ligada com a necessidade da valorização e a introdução de mais disciplinas com temas transversais, de cunho zetético, por meio da influência do conhecimento histórico, econômico, sociológico, filosófico, antropológico e psicológico (RODRIGUES, 1993; 2000; 2005). Nesse sentido, a falta de formação crítica parece apontar, então, para o dogmatismo, o tecnicismo e o tradicionalismo, uma vez que a questão da falta de pesquisa não parece, *a priori*, uma condição para tal formação, mas um meio para a construção do conhecimento. A interdisciplinaridade, por outro lado, talvez indique um aspecto importante ligado à formação crítica, na medida em que, por meio da ligação entre as diversas disciplinas, seja possível a elaboração de um conhecimento construído por meio do diálogo entre os professores. Está aí, por certo, um aspecto que pode fomentar a crítica entre os professores quando instados a preparar seus conteúdos em reuniões colegiadas, crítica esta que poderá se apresentar aos estudantes nas salas de aula. Ademais, a necessidade de um fomento a temas transversais também pode ter forte relação com a formação crítica, uma vez que é por meio das disciplinas de cunho zetético que se torna possível ao educando fugir da formação demasiadamente dogmática de determinados ramos diretamente ligados à prática, a fim de construir um pensamento mais arrojado e reflexivo. Mais do que isso, a perspectiva crítica pode ser, justamente, um tema transversal a ser desenvolvido por cada professor, nas diversas disciplinas de um curso de Direito.

Na mesma linha, José Eduardo Faria também retoma a questão da tríade dogmatismo, tecnicismo e tradicionalismo, porém, ainda acrescenta o problema do formalismo. Como afirma o autor, o jurista não pode ser formalista, dogmático, nem apegado às fórmulas legais, pois o Direito transcende o texto da norma, que é estático, e está ligado à realidade social, que é dinâmica (FARIA, 1987). Dessa forma, assim como Rodrigues (2002) apresenta os motivos que levaram os currículos dos cursos de Direito a uma formação mais voltada à prática

durante a década de 1960, graças ao processo de democratização da Educação – o qual acabou por apresentar um aspecto negativo ao Ensino Jurídico –, o autor também aponta a falta de formação humanística como um dos principais problemas enfrentados nos cursos. A formação crítica, assim como apontada pela perspectiva de Horácio Wanderlei Rodrigues, muito provavelmente também esteja ligada aos mencionados problemas, principalmente no que se refere à falta de formação humanística. Embora Faria (1987) não mencione o termo *zetética*, não resta dúvida de que a formação humanista afirmada por ele esteja ligada a este sentido. Logo, uma vez que seus principais apontamentos se relacionam à importância de uma cosmovisão jurídica e ao humanismo, é bem provável que sua concepção de formação crítica também esteja relacionada a elas. Assim, para se alcançar tal formação, seria necessária também uma formação que transcendesse o dogmatismo e a falta de interdisciplinaridade do Direito.

Eduardo Carlos Bianca Bittar, também considerado como base na discussão do Ensino Jurídico, foge à tríade característica trazida pelos autores anteriores, tendo, porém, em comum com José Eduardo Faria o problema do formalismo e do elitismo – sendo que esta característica também se encontra nas obras de Horácio Wanderlei Rodrigues, juntamente com a questão da falta de pesquisa. Todavia, em relação à falta de formação crítica, com base na síntese trazida pelo quadro, a única característica que talvez faça relação a ela se relaciona à falta de interdisciplinaridade – a qual também encontra relação com Rodrigues (1993; 2000; 2005) e Faria (1987), pois ambos mencionam a necessidade de uma cosmovisão jurídica. Sendo assim, na concepção deste autor, a formação crítica aponta para o aspecto específico da necessidade de um curso que possa trabalhar de forma mais efetiva a interdisciplinaridade com os educandos, de forma que os diversos ramos do Direito não sejam transmitidos de forma dicotômica e conflitante, mas como parte um mesmo conhecimento.

Roberto Lyra Filho, por outro lado, ao contrário de propor uma reforma curricular e pedagógica, como fazem os autores anteriores, mesmo com a crítica à reforma empreendida por Rodrigues (1993), direciona a discussão para uma proposta de reforma epistemológica e ideológica do Ensino Jurídico e do Direito como todo. Embora argumente sobre o elitismo e o dogmatismo (LYRA FILHO, 1980 e 1981), em aderência ao mesmo elitismo tratado por Bittar (2001; 2006) e Faria (1987), também caracteriza os cursos de Direito como dogmáticos, assim como afirmam Faria (1987) e Rodrigues (1993; 2000; 2005). Todavia, o que mais inova seu discurso se refere à característica reacionária do Direito e, consequentemente, perigosa propagação ideológica, que acabam sendo introjetadas nos estudantes e a transmissão da falta de ideia de poder intelectual e profissional, tanto em relação aos alunos frente a seus professores, os quais deixam claro sua superioridade na figura de sua atividade acadêmica, ou ainda na relação entre os juristas e os demais profissionais, em que fica evidente a construção simbólica de uma hierarquia entre aqueles que se escondem por detrás de um diploma de Direito dos demais, como se a formação jurídica os tornassem mais honrados que os outros – ora, mas não seria esta também uma ideologia? Nesse sentido, o autor

ainda constrói uma discussão com base na conscientização política e social do educando. Por outro lado, o reducionismo apresentado como característica no quadro aponta, ainda de acordo com o autor, como a equivocada visão de que o Direito se reduz a apenas duas teorias ou perspectivas, quais sejam, o Direito Natural e o Direito Positivo. Desta forma, é possível afirmar que a concepção de formação crítica para Roberto Lyra Filho direciona para a negação do *status quo* reacionário e a concepção epistemológica reducionista do Direito.

Por fim, Luis Alberto Warat talvez seja o autor que torne a concepção de formação crítica menos obtusa. Em relação às características elaboradas pelo autor como problemas, sintetizadas anteriormente, é possível notar uma tênue relação com Rodrigues (1993; 2000; 2005) no que se refere ao tradicionalismo das instituições de ensino. Ademais, também é possível observar uma relação com a obra de Lyra Filho (1980; 1981) no que se refere à transmissão de ideologia. Sendo assim, sua solução para o Ensino Jurídico é pautada por uma conscientização política. Dessa forma, é possível que sua concepção de crítica esteja ligada à referida conscientização e, nesta perspectiva, sua obra se aproxima da obra de Lyra Filho (1980; 1981). Entretanto, embora não seja uma obra específica sobre Ensino Jurídico e, por tal motivo, em *A epistemologia jurídica da modernidade*, o segundo volume da trilogia *Introdução geral ao Direito*, o autor defende que ao Direito é necessária uma ruptura epistemológica – que novamente faz eco à crítica lyriana. De acordo com Warat (1996), por meio de uma ruptura epistemológica torna-se possível a criação de uma teoria crítica do Direito. Dessa forma, torna-se necessário um nível epistemológico que transcenda, incorporando aquilo que for importante da teoria kelseniana, além de reformular e negar alguns de seus pressupostos, assim como a filosofia analítica. Todavia, é precisamente nesta discussão que se alcançará a conscientização crítica almejada. É na tentativa da reconstrução crítica dos processos de constituição das teorias prontas que se poderá pretender construir a teoria crítica do Direito.

Ainda sobre a formação crítica, em seu texto *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*, importa destacar que Warat (1982) afirma que o conhecimento crítico do Direito vai tomando forma, em grande parte, devido à sua necessidade de emergir, como uma proposta revisionista dos valores epistemológicos que regulam o processo de constituição das verdades jurídicas consagradas, ou seja, a dogmática jurídica. Poder-se-ia presumir, assim, ainda de acordo com o autor, que a proposta do pensamento crítico pode se apresentar como uma tentativa epistemológica diferente. Dessa perspectiva, o saber crítico tenta estabelecer uma nova formulação epistemológica sobre o saber jurídico institucionalmente estabelecido. Tentativa esta que se assenta em um tipo de controle epistêmico, claramente diferenciado das questões e posicionamentos feitos pela tradição epistemológica das ciências sociais. Esta tradição, de acordo com autor, é difusa e parcialmente apropriada pelo costume teórico do Direito.

A concepção waratiana de crítica ou formação crítica parece apontar, então, para uma relação direta com um redirecionamento epistemológico do Direito. Fato que muito se aproxima com a crítica de Lyra Filho (1981) sobre o reducionismo epistemológico jurídico ora no Direito Natural, ora no Direito Positivo. Por tal motivo, tanto a obra *Introdução geral ao Direito*,

quanto o artigo *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas* – o qual, infelizmente, não se apresenta entre as referências elencadas na pesquisa de estado da arte –, têm em comum a característica de apresentar como solução ao Direito uma reforma epistemológica. Contudo, quando comparada as características de Luis Alberto Warat com Roberto Lyra Filho nota-se que a questão revolucionária da epistemologia só se demonstra nestes autores. Tal fato é explicado porque a discussão epistemológica trazida por Warat (1982; 1996) encontra-se em obras que não tratam especificamente do tema do Ensino Jurídico.

Entretanto, não há como ignorar que a discussão waratiana sobre o Direito possa deixar de ecoar também no Ensino Jurídico e, por consequência, também tentar explicar sua concepção de formação crítica. Em suma, acompanhando o pensamento de Warat (1982), o passo decisivo para a elaboração de um discurso crítico será dado, primeiro pela substituição do controle conceitual pela compreensão do sistema de significações; e segundo, pela introdução da temática do poder como forma de explicação do poder social das significações, proclamadas científicas. Em outras palavras, a trajetória epistemológica tradicional concebe o mundo social como sendo um sistema de regularidades objetivas e independentes. Esta proposta sugere a coisificação das relações sociais, o que permite concebê-las em seu estado ingênuo. É precisamente a perda dessa ingenuidade que vai permitir a formação de uma história das verdades, que mostre os efeitos políticos das significações na Sociedade.

A concepção de formação crítica, então, de acordo com Warat (1982; 1996), aponta para uma ressignificação epistemológica, por meio de duas vertentes diferentes. Em primeiro lugar, pela ressignificação do próprio Direito, por meio de uma concepção que transcenda o reducionismo epistemológico bipartido entre Direito Natural e Direito Positivo, em consonância com a crítica de Lyra Filho (1981). Em segundo lugar, pela consciência da transmissão ideológica de poder, como já mencionado, tanto por parte dos professores frente aos alunos, no contexto de ensino, quanto por parte dos juristas frente aos demais profissionais, na falsa premissa de que os – assim chamados – operadores do Direito estão superiores aos demais pelo conhecimento teórico e pela possibilidade de operar o Direito, seja por meio da investigação policial, da denúncia promotorial, da defesa causal ou da sentença magisterial. Dessa forma, é possível afirmar que uma formação crítica na concepção waratiana está relacionada à tomada de consciência política e ideológica, a qual, em uma comparação com outros autores, com base no quadro, poderia ser obtida por meio de estudos interdisciplinares, pela introdução de disciplinas com temas transversais – em especial a crítica como tema – e pela formação humanística como propõe Horácio Wanderlei Rodrigues, José Eduardo Faria e Eduardo Carlos Bianca Bittar. Porém, também seria necessária uma profunda mudança de ordem epistemológica, como defendida por Roberto Lyra Filho. Logo, a tentativa de precisar o conceito de formação crítica em Warat consegue algum avanço, mesmo assim, insuficiente para o Ensino Jurídico.

Ao mesmo tempo em que há dúvida sobre o que se refere ou o que pode ser definido por formação crítica, e ao mesmo tempo em que tais autores não definem de forma precisa,

torna-se necessária a busca por novas fontes que tentem suprir determinada lacuna. Sendo assim, aproveitando o desfecho deixado por Horácio Wanderlei Rodrigues a respeito da adesão de disciplinas de temas transversais, conforme se apresenta no quadro, dentre elas a importância da Filosofia ao curso de Direito, juntamente com a defesa de José Eduardo Faria sobre a necessidade de uma formação humanística, quiçá esteja no conhecimento filosófico a discussão necessária para a construção do que seja ou o que possa ser entendido por crítica e, por consequente, também por sua formação crítica.

Enfim, com base na pesquisa de estado da arte aqui realizada, foi possível concluir que as tendências teóricas desenvolvidas sobre a temática do Ensino Jurídico baseiam-se sobretudo nos cinco autores citados, e, embora não esgotem a discussão, muito menos representam respostas derradeiras a respeito dos dilemas do Direito, apresentam-se como base para sua discussão do tema. De acordo com o método adotado, pela análise de parte da produção dos autores, foi possível constatar que o elemento convergente entre eles aponta para a necessidade de uma formação crítica aos cursos jurídicos, de forma a superar o dogmatismo, o tecnicismo e o tradicionalismo.

No entanto, seja qual for a concepção de formação crítica, conforme se afirmou anteriormente, tal formação não deve ser entendida de forma derradeira, final, em que a discussão tenha o seu término, muito ao contrário, será a formação crítica dos e nos cursos de Direito o embrião para um conhecimento ousado, novo e condizente com uma formação que possa transformar e aprimorar a vida social. Afinal, a Resolução n. 9, a qual foi promulgada em 2004, estabelecendo as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, o que significou a necessidade de considerar outros campos do conhecimento como fundamentais à formação do bacharel em Direito evidencia a necessidade de interlocução com outros campos do conhecimento, com outros sujeitos, com outras formas de construção do conhecimento que possam aprimorar o Ensino Jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADAID, Felipe. *Das tendências teóricas sobre o Ensino Jurídico no Brasil:* análise comparativa de 2004 a 2014. (Dissertação de Mestrado). Mestrado em Educação. Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2015.

ADAID, Felipe; MENDONÇA, Samuel. Sobre um Ensino Jurídico mais zetético no Brasil. *Revista Jurídica Faculdades COC*, Ribeirão Preto, ano VII, n. 7, out. 2010.

ADEODATO, José Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMADO, Jorge. *Dona Flor e seus dois maridos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ANDRADE, Carlos Drummond de. *Obra poética*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1989. Volume 4.

BASTOS, Aurélio Wander. *Currículo Lattes*. Disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualiza343908783859H0>. Acesso em: 20 maio 2015.

BITTAR, Eduardo. *Direito e Ensino Jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Estudos sobre ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). *Institucional*. Disponível em: <http://www.cnpq.br/web/guest/apresentacao_institucional/>. Acesso em: 20 fev. 2018a.

_____. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Institucional*. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/acessoainformacao/80-conteudo-estatico/acesso-a-informacao/5418-competencias>. Acesso em: 20 fev. 2018b.

_____. *Decreto n. 5.773*, de 9 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

_____. Ministério da Educação (MEC). Secretaria de Educação Fundamental (SEF). *Parâmetros Curriculares Nacionais - terceiro e quarto ciclos*: apresentação dos temas transversais. Brasília, DF: MEC/SEF, 1998.

_____. Portal do Ministério da Educação. *Qual a diferença entre faculdades, centros universitários e universidades?* Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=116:qual-e-a-diferenca-entre-faculdades- centros-universitarios-e-universidades>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Resolução n. 9*, de 29 de setembro de 2004. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Superior, 2004.

CERQUEIRA, Daniel Torres de; CARLINI, Angélica; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; MAIA, Alexandre da (org.). *180 anos do Ensino Jurídico no Brasil*. Campinas: Millennium, 2008.

CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. São Paulo: Lexikon, 2010.

FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 1987.

FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. *Currículo Lattes*. Disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv9389098759H0>. Acesso em: 20 maio 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. Abertura. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva; BARBOSA, Samuel Rodrigues (coord.). Formalismo, dogmática jurídica e Estado de Direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Cadernos Direito GV,* v. 7, n. 3, maio 2010.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Norma Sandra de Almeida. As pesquisas denominadas "Estado da Arte". *Educação & Sociedade,* ano XXIII, n. 79, p. 257-272, 2002.

LYRA FILHO, Roberto. *O direito que se ensina errado*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980.

_____. *Problemas atuais do ensino jurídico*. Brasília: Obreira, 1981.

MENDONÇA, Samuel. *Projeto e monografia jurídica*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2009.

_____. Objeções à igualdade e à democracia: a diferença como base da educação aristocrática. *ETD – Educação Temática Digital,* Campinas, v. 14, n. 1, p. 332-350, nov. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.20396/etd.v14i1.1256>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Massificação humana e a educação aristocrática em Nietzsche. *ETD – Educação Temática Digital*, Campinas, v. 13, n. 1, p. 17-26, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.20396/etd.v13i1.1163>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. *Aristocratic education in Nietzsche*: individual achievement. Maryland: GlobalSouth Press, 2018.

MELLO FILHO, Álvaro. *Currículo Lattes*. Disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv938908783859H0>. Acesso em: 20 maio 2015.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2010.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico:* saber e poder. São Paulo: Autêntica, 1988.

_____. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Autêntica, 1993.

_____. *Ensino do Direito no Brasil:* diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

_____. *Ensino do Direito no Brasil:* novas diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino. São Paulo: Fundação Boiteux, 2002.

_____. *Pensando o ensino do Direito no século XIX*: diretrizes curriculares, projetos pedagógicos e outras questões pertinentes. Florianópolis: Boiteux, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Dogmática é conflito*: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÓFOCLES. *Antígona*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VILLELA, João Baptista. *Currículo Lattes*. Disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4783859H0>. Acesso em: 20 maio 2015.

WARAT, Luis Alberto. *Ensino e saber jurídico*. Santa Cruz do Sul: FISC, 1972.

_____. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequência*, Florianópolis, v. 3, n. 5, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985.

_____. *Filosofia do Direito:* uma interdição crítica. São Paulo: Moderna, 1996.

_____. *Introdução geral ao Direito*: A epistemologia jurídica da modernidade. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. Volume II.

Samuel Mendonça

Bolsista Produtividade em Pesquisa do CNPq. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, do Programa de Pós-Graduação em Educação e das Faculdades de Direito e de Educação. Pós-doutorando em Economia da Educação na Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo (USP).

samuelms@gmail.com

Felipe Alves Pereira Adaid

Advogado e mestre em Educação, na linha de pesquisa Políticas Públicas em Educação. Especializando em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal, todos pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

felipeadaid@gmail.com

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 05.08.2016
Aprovado: 18.07.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201832

Explorando os laços do capitalismo no Brasil: a forma e o conteúdo das estratégias de governança corporativa da BNDESPAR

EXPLORING HOW BRAZILIAN CAPITALISM IS TIED: THE FORM AND THE CONTENT OF BNDESPAR'S CORPORATE GOVERNANCE STRATEGIES

Sarah M. Matos Marinho[1]

Resumo

O artigo investiga as estratégias societárias utilizadas pela BNDESPAR para atuar como acionista nas companhias abertas brasileiras. A literatura de Direito e Desenvolvimento divide suas análises em três momentos: aquele em que o protagonismo estatal no processo de desenvolvimento econômico era consenso; o período subsequente, em que as transações de mercado foram priorizadas na formulação de política; e o atual momento, que comporta um ambiente de coordenação entre ferramentas públicas e privadas para o desenvolvimento e questiona a instrumentalidade do Direito. Embora a regulação voltada ao mercado de capitais no Brasil seja constante objeto de crítica, inúmeras reformas pró-acionista minoritário foram verificadas. A análise das participações realizadas pela BNDESPAR em período recente mostra que a subsidiária consegue fazer uso de ferramentas societárias típicas das transações de mercado para manter nas mãos do Estado potencial decisório em companhias abertas. Além de contribuir para a literatura crítica da regulação do mercado de capitais, sugerindo que a regulação societária no Brasil tem um viés pró-acionista minoritário, este artigo contribui para a literatura de Direito e Desenvolvimento. A descrição empírica minuciosa de um mecanismo de intervenção do Estado na economia para viabilizar projetos de desenvolvimento é oferecida, mecanismo anteriormente estudado de modo parcial.

Palavras-chave

Direito e Desenvolvimento; governança corporativa; mercado de capitais; BNDESPAR; intervenção estatal.

Abstract

This paper examines the corporate governance mechanisms used by BNDESPAR to perform equity investments in public companies in Brazil. Law and Development literature is divided into three moments: the period of consensus over the role of the state as the leading promoter of economic development; the subsequent moment, in which private actors should assume the leading position in development projects, demanding from policy-makers a better environment for free market transactions; and the current moment, that includes coordinating public and private legal tools in development projects, and where the role of the law as an instrument for development is constantly questioned. Although corporate law literature is usually critical to securities regulation in Brazil, there were several legal reforms to improve the protection of minority investors over the years. The equity investments recently made by BNDESPAR show how such state-owned corporation is able to use legal tools typically used in market transactions to preserve State's discretionary power to interfere in the management of public companies in Brazil. The paper contributes to critical corporate law literature on Brazilian securities regulation, by suggesting that Brazilian regulation is more protective to minority shareholders. It also contributes to Law and Development studies. The

1 Universidade de São Paulo
São Paulo – SP – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-6762-2731

BY-NC

mechanism for State intervention in the economy via minority shareholding is carefully described, having previous literature ignored such feature or examined it very superficially.

Keywords
Law and Development; Corporate Governance; Securities Markets; BNDESPAR; State Intervention.

Introdução

O presente artigo examina como a BNDES Participações S.A. (BNDESPAR) utiliza mecanismos de governança corporativa para interferir na estratégia empresarial e nas decisões societárias de companhias abertas no Brasil.

Evidências da literatura apontam que as privatizações da década de 1990 diminuíram a parcela de propriedade do Estado, mas não o seu potencial de influência sobre as maiores empresas do Brasil. Isso foi afirmado em 2011, por aparecerem atores ligados ao Estado como os proprietários mais centrais em uma amostra de 804 grandes empresas nacionais, sendo tais atores normalmente a BNDES Participações S.A. (BNDESPAR) e os fundos de pensão de funcionários públicos, ou até mesmo a própria União.[1] O autor desses achados lançou a tese de que, com maior capilaridade, a intervenção do Estado na economia poderia, na verdade, ter aumentado, ficando a rede de parcerias público-privadas na estrutura acionária das maiores empresas brasileiras conhecida como "capitalismo de laços". Contudo, ainda não está claro nem como nem para qual finalidade o Estado usa tais laços no setor privado via BNDESPAR, se de fato o utiliza ostensivamente.

Os fundos de pensão de funcionários públicos são entidades privadas de previdência que buscam complementar a aposentadoria dos seus beneficiários. Apesar de ser recorrente a discussão acerca da vulnerabilidade dessas instituições frente aos interesses de investimento e intervenção no setor privado do governo, elas não são entes públicos que têm a missão

1 Ver Lazzarini (2011, p. 17-56) para as redes de proprietários das 804 maiores empresas brasileiras e o grau de centralidade dos atores ligados ao Estado e Musacchio e Lazzarini (2014, p. 197-232) para algumas relações de efetiva influência estatal sobre as empresas encontradas. Ver Brookfield et al. (2012) para análise comparada das redes de proprietários encontradas após reformas institucionais de liberalização econômica no Brasil, Chile, Israel, México, Coreia do Sul e Taiwan.

institucional de financiar o desenvolvimento do país.[2] Por sua vez, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) é uma empresa pública, cujo objetivo legalmente estabelecido consiste na execução da política de investimento do Governo Federal.[3]

Como a missão concebida para esses atores é muito diferente, este artigo tem por objetivo investigar como a BNDESPAR utiliza sua posição de acionista para interferir em decisões empresariais. Para isso, o artigo revisa estatutos sociais e acordos de acionistas para descrever as estratégias de governança corporativa utilizadas pela subsidiária para exercer influência societária e proteger os interesses do seu controlador. Ao final, é oferecida uma visão crítica de como essa influência societária é exercida, com inspiração na literatura de Direito e Desenvolvimento.

Dados coletados em fontes bibliográficas, documentos oficiais e entrevistas com funcionários de carreira do BNDES permitiram uma primeira descrição das estratégias de governança corporativa que se serviram para os investimentos do banco via participação societária. Classificaram-se as participações societárias da BNDESPAR como ativas ou passivas, a depender da possibilidade ou não de monitoramento ativo das decisões e da condução dos negócios das companhias investidas. No modelo ideal dos investimentos por aquisição de ações (BNDESPAR *in books*), que ficou claro nas entrevistas e em outras fontes secundárias sobre o BNDES, participações societárias passivas decorreriam das participações ativas, transformando-se em função do desinvestimento ou diluição do percentual de ações da subsidiária. Participações originariamente passivas (investimentos de portfólio) também podem ocorrer, mas apenas para compor o índice interno de retorno da carteira. As ferramentas societárias que a BNDESPAR impõe para proteger seus interesses são as mesmas que a regulação brasileira para o mercado de capitais prevê para a proteção de acionistas minoritários, normalmente de origem privada. A análise empírica da estrutura de governança corporativa de empresas que receberam investimentos da BNDESPAR (BNDESPAR *in action*) mostrou as nuances desse modelo em uma fotografia recente da sua carteira de participações.

O próximo tópico apresenta alguns consensos importantes no atual estado da literatura em Direito e Desenvolvimento, assim como as ferramentas que a regulação brasileira apresenta com foco na proteção dos acionistas minoritários, com o objetivo de privilegiar as transações de mercado. O segundo tópico revisa fontes secundárias sobre os investimentos do BNDES via participação societária, para construir um modelo ideal (*in books*) que guiará o exame empírico das ferramentas societárias da carteira atual. O terceiro tópico realiza uma análise empírica das estratégias societárias empregadas pela BNDESPAR em 103 companhias abertas – resultado da consolidação da sua carteira de participações de 2011 a 2014.

2 Sobre a vulnerabilidade dos fundos de pensão à interferência governamental, ver Lazzarini (2011, p. 35-38), Musacchio e Lazzarini (2014, p. 218-232) e Almeida (2009, p. 46).

3 Art. 3º do Decreto n. 4.418/2002, seu Estatuto.

As operações *in action* mostram que utilizando o mesmo tipo de ferramenta societária a BNDESPAR pode fazer mais do que incentivar a negociação pública das companhias da sua carteira no mercado de capitais. Isso sugere que as melhores práticas de governança corporativa determinam mais a forma das estratégias societárias do que os interesses que elas podem instrumentalizar em seu conteúdo. Se existe mesmo algo como um estado desenvolvimentista no Brasil, os mecanismos de governança corporativa podem definitivamente ser uma ferramenta para o ativismo estatal.

1 Dois consensos em Direito e Desenvolvimento e o fim da história do direito societário

Existem dois consensos importantes na literatura recente de Direito e Desenvolvimento. Um deles é que tanto os estudos quanto a formulação de política internacional passaram por ao menos duas fases, podendo-se visualizar um terceiro momento na literatura e na formulação de política doméstica na América Latina. O segundo consenso é que o Direito assumiu um papel instrumental em relação ao desenvolvimento até o segundo momento, ficando sua real função em aberto na fase atual.[4]

Na primeira fase, concentrada entre as décadas de 1960 e 1970, concepções universalistas de desenvolvimento inspiradas nas teorias da modernização influenciaram principalmente a prática de agências multilaterais de ajuda financeira dos Estados Unidos e tiveram um reflexo importante na literatura, o que levou a uma profunda autocrítica ainda em meados da década de 1970.[5] Por mais que o ideal de desenvolvimento fosse o padrão social e de produtividade observado no norte, a teoria da dependência também influenciou a literatura. Nesse primeiro momento, o protagonismo do Estado por meio de políticas amplamente conhecidas como de substituição de importações, para romper a situação de dependência dos países periféricos e levá-los ao padrão de desenvolvimento do centro, era um consenso na literatura de desenvolvimento local e um aspecto aceitável para iniciar a transformação estrutural na periferia diante do seu atraso, mesmo na produção em Direito e Desenvolvimento.[6]

• • •

4 Para os três momentos do Direito e Desenvolvimento, ver Trubek e Santos (2006), Schapiro e Trubek (2012), Trubek et al. (2014), Trubek (2016) e Trebilcock (2016). Para a visão instrumental do Direito no processo de desenvolvimento nos dois primeiros momentos, ver Prado (2010).

5 Especificamente na área de Direito e Desenvolvimento, ver Trubek e Galanter (1974), Tamanaha (1995, 2011) e Trubek (2016).

6 Sobre as atividades da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), que desenvolvia estudos e prescrevia medidas de substituição de importações, a influência da Teoria da Dependência e o consenso do protagonismo do Estado na literatura local, ver Bielschowsky (2000), Prebisch (1964), Cardoso e Faletto (1970) e Furtado (1973).

Entretanto, na década de 1980, os países latino-americanos se viram afetados por severa crise fiscal, o que levou à diminuição da participação do Estado na economia para reduzir seu grau de endividamento e abriu espaço para um consenso em torno de reformas legais que privilegiassem as transações de mercado.[7] A influência da teoria da dependência e o protagonismo estatal já vinham perdendo força na literatura desde meados da década de 1970.[8] No Brasil, a transição do governo militar para a democracia ocorria concomitantemente, desembocando na promulgação de uma nova Constituição Federal (1988) e em uma série de medidas de liberalização econômica, entre as quais, a promoção de um processo de privatização iniciado em 1987 e estendido até 2002. A importação de bens e o investimento estrangeiro também foram liberalizados, assim como o monopólio estatal de diversos setores foi relativizado para comportar maior grau de investimento privado.[9]

Após o ano 2000, especialmente no Brasil e na América Latina, aponta-se para um terceiro momento do Direito e Desenvolvimento, em que a instrumentalidade do direito vem sendo reconhecida como inconclusiva e em que ter um sistema legal que garanta liberdades individuais, bem-estar social e segurança para as transações de mercado em si vem se tornando sinônimo de desenvolvimento. A noção de desenvolvimento passa a ser dinâmica: deve ser localmente construída apesar de ser, por excelência, uma concepção universal. Como o contexto local toma o centro da discussão na formulação e análise de impacto das reformas legais, fica aberto espaço para que as tradicionais ferramentas de intervenção estatal na economia sejam coordenadas junto com as reformas jurídicas pró-mercado.[10]

Ao lado das discussões em Direito e Desenvolvimento, a academia norte-americana sediava na década de 1990 um debate entre dois modelos de governança corporativa: a orientada para o investidor minoritário (*shareholder-oriented*) e a orientada para a diversidade de partes interessadas na atividade empresarial (*stakeholder-oriented*). No início dos anos 2000, chegou a ser declarado o "fim da história do direito societário". Tratava-se da tese da convergência, segundo a qual havia cinco características básicas de convergência global na governança corporativa ao final do século XX. Uma delas era a adoção amplamente difundida de personalidade jurídica para as empresas. Outra era a responsabilidade limitada para sócios e administradores.

7 O Consenso de Washington e uma concepção universal de *rule of law* passaram a marcar a formulação de política de agências internacionais como o Banco Mundial (CAROTHERS, 2006; TRUBEK, 2016; TREBILCOCK, 2016).

8 Ver Lall (1975), Palma (1978), Caporaso (1980), Hamilton (1981), Evans (1985) e Evans e Stephens (1988).

9 Para análises do Brasil em cada momento, ver especialmente Schapiro e Trubek (2012) e Trubek et al. (2014).

10 Ver Trubek (2016) sobre a relação entre Direito e Desenvolvimento e as noções relacionadas no terceiro momento e Trebilcock (2016) para os limites que o caráter universal da noção de desenvolvimento impõe à contextualização local.

Também era considerado um indício de convergência mundial a propriedade acionária cada vez mais difusa em outros países além dos Estados Unidos, o que implicaria também a difusão do modelo de administração delegada a não controladores, único possível no contexto de dispersão acionária. Por fim, a ausência de restrição à transferência de ações, facilitando-se a livre saída dos investidores, era mais uma característica de convergência.[11]

Trabalhos da Economia, na tradição da Nova Economia Institucional, levaram à conclusão de que as instituições têm impacto no desenvolvimento econômico.[12] Outros trabalhos, dessa vez na tradição de Direito e Finanças, pesquisaram as ferramentas jurídicas mais adequadas para incentivar o investimento privado.[13] As duas correntes da Economia desembocam em argumento com forte teor normativo: existe um rol de instituições mais adequado para o desenvolvimento, por serem efetivas para privilegiar as transações de mercado. A literatura econômica influenciou a produção jurídica e a formulação de política sobre governança corporativa, a qual, na sua essência, endereça problemas de incentivos. A governança corporativa surgiu na literatura como uma solução para o problema de agência: no contexto de dispersão acionária do mercado de capitais norte-americano, os administradores possuem o controle societário, mas não a propriedade e, por isso, seus interesses podem estar desalinhados com os dos proprietários da companhia. Daí surge a relação agente-principal e também o conflito de agência, que não passa de um potencial desalinhamento de interesses. No âmbito econômico, o problema de agência resolve-se equacionando os custos dos principais para monitorar os agentes, os custos dos agentes para se mostrarem monitoráveis e as perdas residuais que surgem quando a decisão do agente não atinge os resultados esperados. No Direito, a governança corporativa elabora uma estrutura de incentivos para que o agente atue de acordo com o interesse do principal.[14]

Na literatura de Direito e Finanças, os trabalhos de La Porta, Lopes-de-Silanes, Shleifer e Vishny (LLSV) (1998; 2000) elaboraram índice de governança corporativa com as ferramentas

• • •

11 Trata-se do trabalho de Hansmann e Kraakman (2004a) intitulado *The end of history for corporate law*. O trabalho só foi publicado em 2004, mas versões preliminares circularam no meio acadêmico desde 2000. Em 2004, o trabalho foi publicado em coletânea que reuniu capítulos sobre a tese da convergência, ancorada em Henry e Hansmann, e a tese da persistência, sintetizada por Bebchuk e Roe (2004).

12 Douglass North (1984, 1990 e 1995) e Oliver Williamson (1985, 1988, 1994) são os principais expoentes da Nova Economia Institucional e da sua influência sobre o direito.

13 Os trabalhos de La Porta, Lopes-de-Silanes, Shleifer e Vishny (1998, 2000) e Pistor, Raiser e Gelfer (2000) são exemplos.

14 Jensen e Meckling (1976) elaboraram a teoria da agência. Hansmann e Kraakaman (2004b), nos Estados Unidos, e Pargendler (2015) e Macedo (2004), no Brasil, elaboram as implicações importantes que a teoria da agência teve para a literatura sobre governança corporativa. Pargendler (2015) também faz um resgate histórico inédito de como a noção de governança corporativa influenciou a política pública nos Estados Unidos e nos órgãos multilaterais desde a década de 1970.

jurídicas que são as mais protetivas para os investidores privados no mercado de capitais – com a métrica da dispersão acionária como pressuposto. Pistor, Raiser e Gelfer (2000) buscam relativizar o quadro apresentado por LLSV, apontando que economias em transição apresentam conflitos de agência específicos diferentes dos típicos do contexto de dispersão acionária. Nas economias em transição, o desafio da governança corporativa é mitigar a capacidade do Estado de utilizar companhias privatizadas como veículo para execução de política pública. Isso ocorre porque os gestores estatais normalmente permaneceram após as privatizações e participações minoritárias ou *golden shares* foram mantidas – o que inibe a atração de investimento privado, que prioriza o desempenho financeiro em função da política pública.[15] Os conflitos de agência apontados são diferentes, mas a implicação de reforma jurídica é a mesma: a *boa* governança corporativa é aquela que incentiva o comportamento dos gestores para maximizar a riqueza dos investidores privados – e existe uma receita para isso.[16]

Schapiro (2010) faz revisão bibliográfica extensiva que mostra as diversas evidências de como essa literatura econômica influenciou o direito, mostrando também uma crítica pela qual restam explicadas as alternativas de financiamento industrial que foram preferidas em diferentes países. Os trabalhos de Roe (1993; 1994) e Bebchuk e Roe (2004) são influentes no âmbito da visão *stakeholder-oriented*. Trata-se da tese da persistência, pela qual elementos de dependência da trajetória mostram-se relevantes não apenas para explicar como os padrões institucionais se desenvolveram, mas também para condicionar as reformas institucionais que são adaptáveis a cada contexto. Conforme essa tese, os padrões de financiamento empresarial dependem das escolhas políticas empreendidas nos estágios mais iniciais de industrialização.

Nos Estados Unidos, a dispersão acionária seria fruto da rejeição ao controle das empresas por grandes instituições financeiras. Tratava-se de opinião pública difundida na década de 1930 e implantada no meio político por grupos de interesse – bancos menores e fazendeiros do sul do país, que realizaram pressão no congresso por uma regulação que dificultasse a concentração no setor financeiro. Essa regulação financeira também desestimulou a formação de investidores institucionais com grande capacidade de concentrar propriedade acionária. Este é um argumento de dependência da trajetória para explicar o surgimento da grande companhia aberta moderna, com propriedade acionária dispersa, nos Estados Unidos. Longe desse cenário político, ela não seria inevitável, uma vez que as grandes

15 *Golden shares* são ações especiais atribuídas ao Estado em companhias privatizadas, conferindo-lhe poder de veto sobre decisões societárias que levem à mudança no propósito da empresa. A Lei das S.A. passou a prever as *golden shares* no Brasil após reforma ocorrida em 2001 (art. 17, §7º).

16 No âmbito da literatura de Direito e Desenvolvimento, Khan (2008) e Carothers (2006) promovem crítica relevante à agenda da boa governança para as transações de mercado, que é também genericamente conhecida como o *rule of law* associado ao consenso de Washington.

instituições financeiras e os fundos de pensão são entidades propensas à concentração de capital poupado.[17]

Em países como a Alemanha e o Japão, outras alternativas de financiamento empresarial foram preferidas. Em ambos os países, as instituições financeiras adquiriram grande porte. Ao lado de famílias controladoras, essas instituições acabaram concentrando o capital das grandes empresas, mesmo daquelas que chegaram à negociação no mercado de capitais. Esse padrão de propriedade acionária abriu espaço para que a governança endereçasse mais os conflitos potenciais dos administradores com os controladores e outras partes interessadas, como os trabalhadores, do que com os investidores minoritários, e também para que restrições à circulação da propriedade acionária se impusessem, em função da manutenção do controle (ROE, 1993).

No Brasil, apesar das críticas que a literatura apresenta, a regulação societária vem se consolidando para privilegiar as transações de mercado – notadamente no mercado de capitais – desde a década de 1970. A Lei n. 6.404/1976 (Lei das S.A.) impõe uma série de regras de governança corporativa que visam reduzir os custos de monitoramento dos acionistas minoritários sobre os administradores e os controladores.[18]

Uma participação minoritária pode ser adquirida em uma sociedade anônima por meio de ações ordinárias ou ações preferenciais. A participação com ações ordinárias não envolve muitas complexidades. Especificamente às companhias que têm suas ações negociadas no mercado de capitais, a Lei das S.A. sempre exigiu que fosse realizada oferta pública de aquisição das ações ordinárias dos minoritários, hoje ao menos pelo valor equivalente a 80% daquele pago pelas ações de controle, em caso de alienação de participação que integre o bloco de controle (*tag along*).[19] Há ainda, tanto em companhias abertas como em fechadas, o direito de retirada

• • •

17 O fenômeno da dispersão acionária e suas implicações econômicas e jurídicas foram apontados em trabalho seminal de Berle e Means (1932). Ver também Roe (1994, p. 26-49) e Black (1990, p. 564-566).

18 A Lei das S.A. foi editada tendo-se em mente o ingresso das grandes empresas brasileiras no mercado de capitais e a máxima segurança possível à figura do acionista minoritário. É o que diz a exposição de motivos da lei, logo no início do seu texto: "O Projeto visa basicamente a criar a estrutura necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira. A mobilização da poupança popular e o seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, o estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade" (BRASIL, 1976). Para uma crítica à efetividade da regulação societária no Brasil em reduzir os custos de agência dos investidores minoritários, ver Nenova (2005), Gilson, Hansmann e Pardendler (2011) e Pargendler (2013).

19 Trata-se do direito dos acionistas minoritários amplamente conhecido na literatura como *tag along*, previsto no artigo 254-A da Lei das S.A. Originalmente, a oferta pública de aquisição das ações dos minoritários em caso de alienação de controle deveria ocorrer pelo mesmo valor oferecido pelas ações dos controladores.

dos acionistas minoritários dissidentes caso tenham manifestado voto contrário à deliberação aprovada em alguma das matérias mais sensíveis à estrutura de governança da empresa.[20]

Além disso, para preservar a proporção das suas participações societárias, os acionistas têm direito de preferência na subscrição de aumento de capital, o que é facultativo para companhias abertas de capital autorizado.[21] Detentores de ao menos 10% das ações ordinárias também sempre puderam requerer a eleição dos membros do conselho de administração por voto múltiplo e indicar um membro e respectivo suplente ao conselho fiscal.[22] Pelo voto múltiplo, cada ação tem quantos votos quantas forem as vagas para o conselho, podendo o acionista concentrar todos os seus votos em um único candidato ou distribuí-los entre vários, o que facilita a eleição de conselheiros pelos minoritários.[23] Com 15% das ações ordinárias, é possível eleger diretamente um conselheiro de administração, sem a necessidade do voto múltiplo.[24]

As ações preferenciais são controversas na literatura como uma boa forma de maximizar o retorno do acionista minoritário, mas a regulação brasileira não deixa de garantir aos preferencialistas amplas possibilidades de monitoramento.[25] A princípio, as ações preferenciais

• • •

Durante o período das privatizações brasileiras, a Lei n. 9.457/1997 suprimiu esse direito dos minoritários para facilitar o processo de venda dos blocos de controle pertencentes ao Estado. Posteriormente, a Lei n. 10.303/2001 reestabeleceu o direito de *tag along* legal dos minoritários, mas por oferta de ao menos 80% do valor oferecido pelas ações de controle. Ver Nenova (2005).

20 Após modificações pontuais e pouco substantivas, o artigo 136 da Lei das S.A. dispõe que: "é necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito de voto, se maior quorum não for exigido pelo estatuto da companhia fechada, para deliberação sobre: I - criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto; II - alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida; III - criação de partes beneficiárias; IV - alteração do dividendo obrigatório; V - mudança do objeto da companhia; VI - incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão; VII - dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação; e VIII - participação em grupo de sociedades".

21 Artigos 171 e 172 da Lei das S.A.

22 Art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei das S.A.

23 Art. 141 da Lei das S.A.

24 Art. 141, §4º, I, da Lei das S.A.

25 De acordo com o artigo 17, incisos e parágrafos, da Lei das S.A., as ações preferenciais não têm direito a voto, mas têm, cumulativamente ou não, preferência na distribuição de dividendos e no reembolso do capital social, se for o caso. No sentido de não serem uma boa maneira de proteger a propriedade acionária de seus titulares, ver Nenova (2005, p. 1-37) sobre o aumento no valor das ações de controle diante da existência de ações preferencias em uma companhia, a partir da expropriação dos titulares destas pelos controladores. Gilson, Hansmann e Pardendler (2011, p. 475-537) também são críticos a essa prática societária no Brasil, que permite ao controlador deter amplos poderes sobre as decisões societárias sem possuir

têm preferência na distribuição de dividendos, mas não atribuem aos seus titulares direito de voto e nem de *tag along*. Para compensar, os preferencialistas podem indicar um representante ao conselho fiscal e um conselheiro de administração se forem detentores de ao menos 10% de ações preferenciais,[26] e participam das deliberações sobre a criação de ações preferenciais novas ou sobre a modificação dos direitos daquelas de que são titulares, tendo direito de retirada aqui também em caso de voto dissidente.[27] Para sanar a falta de direitos políticos, a Lei das S.A. estabeleceu que o estatuto social das companhias emissoras de ações preferenciais poderia "assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração"[28] e "subordinar as alterações estatutárias que especificar à aprovação, em assembleia especial, dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais".[29] Também não é proibido aos detentores de ações preferenciais firmar acordos de acionistas com o grupo controlador para garantir, consensualmente, o direito de *tag along* do qual a regulação oficial os exclui, ou mesmo prerrogativas de veto em decisões estratégicas da companhia.[30]

Pode acontecer de um só acionista – ou grupo de acionistas ligado por acordo – conseguir indicar membros ao conselho de administração ou fiscal, ou mesmo interferir nas decisões societárias por conta da concentração da sua participação no capital social, por meio de ações ordinárias ou preferenciais. A Lei das S.A. define que tal acionista exerce "influência significativa" sobre a companhia nessas situações.[31]

O Quadro 1 ilustra os direitos garantidos ao acionista minoritário pela Lei das S.A. brasileira.

• • •

uma parcela significativa da propriedade acionária em contrapartida, o que faz com que tenha maior facilidade para obter benefícios privados às custas dos acionistas minoritários. No mesmo sentido, ver Pargendler (2013, p. 201-214).

26 Arts. 141, §4º, II, e 161, §4º, da Lei das S.A.

27 Nos termos do art. 136, §1º, da Lei das S.A.

28 Artigo 18, *caput*, da Lei das S.A.

29 Artigo 19, parágrafo único, da Lei das S.A. Nos termos da exposição de motivos da Lei das S.A. (BRASIL, 1976): "o artigo 18, sancionando práticas usuais, inclusive nas participações do BNDE, autoriza a atribuição, a determinada classe de ações preferenciais, do direito de eleger representante nos órgãos de administração e do poder de veto em modificações estatutárias".

30 Inclusive aquelas que o artigo 136 considera especiais. Ver nota 20, *supra*.

31 Artigo 243, §§ 4º e 5º, da Lei das S.A.

QUADRO 1 – **DIREITOS DOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS NA LEI DAS S.A.**

	ALTERNATIVAS DE VOZ			ESTRATÉGIAS DE SAÍDA
	DIREITO DE RETIRADA	NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADORES	ASSEMBLEIA ESPECIAL	*TAG ALONG*
AÇÕES ORDINÁRIAS	PARA QUALQUER DELIBERAÇÃO ENUMERADA NO ARTIGO 136	10% DA PARTICIPAÇÃO – VOTO MÚLTIPLO; 15% DA PARTICIPAÇÃO – INDICAÇÃO DIRETA	NÃO	POR 80% DO VALOR DAS AÇÕES DE CONTROLE
AÇÕES PREFERENCIAIS	APENAS PARA DELIBERAÇÕES QUE IMPACTEM OS DIREITOS DAS AÇÕES PREFERENCIAIS	10% DA PARTICIPAÇÃO – INDICAÇÃO DIRETA	SIM	CONTRATUAL

Fonte: Lei das S.A. Elaboração própria.

Ao final da década de 1990, grupos de investidores privados interessados no mercado de capitais brasileiro queriam ver mais garantias, o que levou a uma reforma autorregulatória ocorrida na então Bovespa – única bolsa de valores hoje em operação no Brasil.[32] Paralelamente à manutenção do seu segmento de listagem tradicional, submetido à regulação comum, a bolsa de valores lançou em 2000 três segmentos especiais, o Novo Mercado, o Nível 2 e o Nível 1, aos quais as companhias já abertas ou aquelas que pretendessem realizar ofertas iniciais poderiam aderir voluntariamente. Participaram das negociações para esses novos segmentos o próprio BNDES, a Secretaria de Previdência Complementar (que regula os fundos de pensão) e associações de investidores nacionais e estrangeiros. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) do Brasil também acompanhou as negociações.[33]

O Novo Mercado é o nível mais rigoroso nos novos segmentos. Para aderir a ele, a companhia deve ter apenas ações ordinárias, com direito a voto, além de obrigatoriamente conceder *tag along* de 100% na alienação de controle, realizar oferta pública de aquisição no

32 A antiga Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), que negociava ações, fundiu-se com a BM&F, bolsa de derivativos, em 2008, dando origem à BM&FBovespa S.A. A Bovespa já era a única bolsa de valores, mercadorias e futuros em operação no Brasil antes da fusão. Disponível em: <http://ri.bmfbovespa.com.br/static/ptb/perfil-historico.asp?idioma=ptb>. Acesso em: 8 jul. 2016.

33 Uma descrição em detalhes da emergência dessa autorregulação da Bovespa pode ser encontrada em Santana (2008).

mínimo pelo valor econômico em caso de fechamento de capital ou saída do segmento [34] e manter ao menos 25% do seu capital social em circulação no mercado, entre outras exigências menores.[35]

O Nível 1 é o segmento de listagem menos rigoroso. As únicas diferenças que tem em relação à regulação tradicional são a exigência de um percentual mínimo de ações que deve estar em circulação no mercado – também 25% do capital social – e regras de divulgação adicionais.[36] Já o Nível 2 só permite a existência de ações preferenciais com direitos adicionais[37] e exige um *tag along* de 100% na alienação de controle, assim como oferta pública de aquisição de ações no mínimo pelo valor econômico em caso de fechamento de capital ou saída do segmento, tanto para ordinárias quanto para preferenciais, sendo suas demais regras idênticas às do Novo Mercado.[38]

Posteriormente, em 2005, foi criado o Bovespa Mais, desdobrado em 2015 para oferecer também o Bovespa Mais Nível 2. Ambos são voltados para pequenas e médias empresas que desejem ingressar no mercado de capitais de modo gradual. O Bovespa Mais Nível 2 permite a emissão de ações ordinárias e preferenciais, enquanto o Bovespa Mais admite apenas ordinárias. Além disso, neste último, é necessária a realização de oferta pública de aquisição ao menos pelo valor econômico de cada ação em caso de cancelamento de registro ou migração para outro nível, a não ser que o destino seja o Novo Mercado, enquanto a exceção se aplica tanto em caso de migração para o Novo Mercado quanto para o Nível 2 no que diz

34 Incorporado pela Lei das S.A. em 2001, pela Lei n. 10.303/2001 (art. 4º, §4º).

35 Nos termos do regulamento de listagem do Novo Mercado. O estatuto social das companhias desse segmento não pode prever "disposições que limitem o número de votos de acionista ou Grupo de Acionistas em percentuais inferiores a 5% (cinco por cento) do capital social" (item 3.1.1) nem estabelecer quórum qualificado para deliberações na assembleia de acionistas ou cláusulas pétreas (item 3.1.2). Além disso, o conselho de administração dessas sociedades deve ter no mínimo 5 membros, dos quais pelo menos 20% necessitam ser independentes, devendo este órgão se manifestar previamente sobre qualquer oferta pública de aquisição de ações. O cargo de presidente do conselho de administração não pode ser exercido por pessoa que acumule a função de principal executivo da empresa. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado/>. Acesso em: 8 jul. 2016.

36 Nos termos do regulamento de listagem do Nível 1. Nas companhias desse segmento, o cargo de presidente do conselho de administração também não pode ser exercido por pessoa que acumule a função de principal executivo. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/nivel-1/>. Acesso em: 8 jul. 2016.

37 Trata-se do direito de voto na deliberação de fusão, incorporação e celebração de contratos entre o acionista controlador e a companhia, sempre que essas matérias estiverem sujeitas à aprovação na assembleia geral de acionistas.

38 Nos termos do regulamento de listagem do Nível 2. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/nivel-2/>. Acesso em: 8 jul. 2016.

respeito às companhias do Bovespa Mais Nível 2. Existe um período de carência de sete anos para atingir o percentual mínimo de ações em circulação no mercado. Há, ainda, direito de *tag along* de 100% para as ações ordinárias e preferenciais na alienação de controle.[39] A não ser pelo desconto nas taxas de adesão e a possibilidade de atingimento gradual dos níveis mínimos de dispersão, o Bovespa Mais adota as mesmas regras do Novo Mercado.

Não houve uma tendência de migração das companhias já listadas no segmento tradicional para os especiais, mas, em contrapartida, diante de um cenário macroeconômico favorável, ocorreu um *boom* de novas ofertas públicas iniciais a partir do ano de 2004 até 2007, preponderantemente no Novo Mercado. Além disso, o volume das captações aumentou consideravelmente em relação ao desempenho observado na década anterior, não obstante o mercado de capitais do Brasil ainda ser considerado pouco desenvolvido, se comparado a outros países.[40] Considerados todos os segmentos de listagem disponíveis, existem atualmente 428 companhias com registro ativo na CVM para negociar ações.[41]

No Quadro 2, a seguir, são apresentados os direitos dos acionistas minoritários na autorregulação.

• • •

39 Nos termos dos regulamentos de listagem do Bovespa Mais (Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/bovespa-mais/>. Acesso em: 8 jul. 2016) e do Bovespa Mais Nível 2 (Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/bovespa-mais-nivel-2/>. Acesso em: 8 jul. 2016). Este último ainda não obteve nenhuma adesão.

40 Gorga (2009, p. 439-554) aponta que 85% das companhias que fizeram ofertas públicas no Novo Mercado até 2007 eram iniciantes na bolsa, enquanto as integrantes dos outros 15% migraram do mercado tradicional para esse segmento especial. Sobre a visão do mercado de capitais no Brasil como pouco desenvolvido, ver também Gilson, Hansmann e Pargendler (2011, p. 475-537) e Schapiro (2010, p. 257-305).

41 Disponível em: <http://sistemas.cvm.gov.br/?CadGeral>. Acesso em: 8 jul. 2016. Para chegar a esse número, foram excluídas as companhias com cadastro cancelado e as que, mesmo com cadastro ativo, constam como "falida" ou "em liquidação".

QUADRO 2 – **DIREITOS DOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS NA AUTORREGULAÇÃO**

	ALTERNATIVAS DE VOZ			ESTRATÉGIAS DE SAÍDA		
	DIREITO DE RETIRADA	NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADORES	ASSEMBLEIA ESPECIAL	*TAG ALONG*	OPA (FECHAMENTO)*	*FREE FLOAT* MÍNIMO**
NOVO MERCADO	SIM (LEI DAS S.A.)	REGRA DAS AÇÕES ORDINÁRIAS (LEI DAS S.A.)	NÃO	100%	VALOR ECONÔMICO	25%
NÍVEL 1	SIM (LEI DAS S.A.)	LEI DAS S.A. PARA ORDINÁRIAS E PREFERENCIAIS	POR OPÇÃO DA COMPANHIA	80% PARA ORDINÁRIAS (LEI DAS S.A.)	VALOR ECONÔMICO	25%
NÍVEL 2	SIM (LEI DAS S.A.)	LEI DAS S.A. PARA ORDINÁRIAS E PREFERENCIAIS	DIREITOS ADICIONAIS PARA AÇÕES PREFERENCIAIS	100% PARA ORDINÁRIAS E PREFERENCIAIS	VALOR ECONÔMICO	25%
BOVESPA MAIS (2)	SIM (LEI DAS S.A.)	LEI DAS S.A. PARA ORDINÁRIAS E PREFERENCIAIS	POR OPÇÃO DA COMPANHIA	100% PARA ORDINÁRIAS E PREFERENCIAIS	VALOR ECONÔMICO	25% (7 ANOS DE CARÊNCIA)

Fonte: BM&FBovespa. Elaboração própria.

* A OPA de fechamento foi incorporada pela Lei das S.A. em 2001 (vide nota n. 34 *supra*).

** O *free float* mínimo é uma ferramenta relevante como auxiliar das estratégias de saída para os minoritários, pois garante a negociação efetiva da companhia, exigindo que os próprios controladores mantenham 25% do capital social em livre circulação.

Schapiro (2010) mostra como a alternativa de financiamento industrial do Brasil (o BNDES) se adaptou à liberalização econômica e continuou ativa, embora dividindo com o setor privado o protagonismo que teve no passado. Seus achados dialogam com a tese da persistência e o terceiro momento do Direito e Desenvolvimento, que indica como inconclusivo o papel instrumental do Direito e aponta para uma observação mais dinâmica das reformas legais.[42]

• • •

42 Sobre ser inconclusivo o papel instrumental das reformas jurídicas, ver Davis e Trebilcock (2008) e Carothers (2006).

Neste artigo, argumenta-se que as ferramentas típicas das transações de mercado podem ser instrumentalizadas pelo Estado para perpetuar padrões não esperados de intervenção econômica no mercado de capitais.

2 Notas metodológicas: que critérios utilizar para examinar a finalidade de participações societárias de um banco de desenvolvimento?

Revisar algumas fontes secundárias sobre as atividades via participação acionária oferece *insights* metodológicos relevantes para examinar o uso de ferramentas societárias na carteira atual do BNDES. Desde a sua criação, o BNDES realiza financiamentos por meio de dois tipos básicos de operação. As operações de renda fixa consistem em empréstimos, concedidos normalmente a taxas subsidiadas, mediante a apresentação de contrapartidas como garantia. Já as operações de renda variável são realizadas mediante a subscrição de valores mobiliários de emissão das empresas financiadas, dispensando a apresentação de garantias. As atividades de renda fixa e renda variável eram geridas pela mesma estrutura burocrática, o que mudou em 1974. Nesse ano, o BNDE constituiu três subsidiárias: a Mecânica Brasileira S.A. (Embramec), a Insumos Básicos S.A. (Fibase) e a Investimentos Brasileiros S.A. (Ibrasa). No âmbito do II PND, a cada subsidiária foi atribuída uma vocação setorial. A Embramec era voltada para a indústria de bens de capital, a Fibase para a de insumos básicos e a Ibrasa para a indústria de bens de consumo.[43]

A Fibase realizava investimentos de acordo com a lógica do Sistema do Terço. Os projetos de implantação da indústria de base na década de 1970 tinham como modelo a presença de um parceiro estrangeiro para a transferência de tecnologia, uma empresa privada nacional para absorver o aprendizado e um ou mais atores estatais para conceder financiamento ou participar do processo de transferência de tecnologia.[44] Para facilitar a fiscalização dos projetos, a Fibase condicionava o financiamento à assinatura de um acordo de acionistas, que exigia unanimidade para as decisões listadas no Quadro 3 e determinava o número de representantes ao conselho de administração e ao conselho fiscal que cada controlador, inclusive a Fibase, poderia indicar. Além disso, como os projetos financiados pela Fibase eram prioridade absoluta do governo, a subsidiária e o outro parceiro nacional tinham direito de preferência caso o sócio estrangeiro decidisse vender sua participação.[45]

43 Ver Paiva (2012, p. 29-60) e entrevista concedidas por Luiz Souto (informação verbal, 2014).

44 Sobre os desdobramentos da relação entre capital nacional, estrangeiro e estatal no Brasil no período militar, ver Evans (1979).

45 Ver Borges (2007) e informações concedidas por Luiz Souto em entrevista (informação verbal, 2014).

QUADRO 3 – DIREITOS DA FIBASE, DA EMBRAMEC E DA IBRASA

	FIBASE	EMBRAMEC E IBRASA
ALTERNATIVAS DE VOZ	UNANIMIDADE PARA: • REFORMAS ESTATUTÁRIAS. • REALIZAÇÃO DE FUSÕES, INCORPORAÇÕES, CISÕES, DISSOLUÇÕES E LIQUIDAÇÕES; RESGATE OU CONVERSÃO DE AÇÕES, DEBÊNTURES OU QUAISQUER OBRIGAÇÕES. • PARTICIPAÇÃO EM OUTRAS SOCIEDADES. • ALIENAÇÃO E ONERAÇÃO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE ACIMA DE VALORES E CONDIÇÕES PREDETERMINADOS. • APROVAÇÃO E MODIFICAÇÕES EM CONTRATOS ENTRE A EMPRESA E SEUS ACIONISTAS. • APROVAÇÃO DE PROJETOS NOVOS. • TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA A CONCORRENTES.	VETO NA MODIFICAÇÃO: • DAS REGRAS DE GOVERNANÇA. • DOS DIREITOS CONCEDIDOS ÀS AÇÕES DA COMPANHIA. • DOS NÍVEIS DE ENDIVIDAMENTO QUE PODERIAM SER ASSUMIDOS PELA COMPANHIA.
ESTRATÉGIAS DE SAÍDA	• DIREITO DE PREFERÊNCIA PARA ADQUIRIR A PARTICIPAÇÃO DOS DEMAIS CONTROLADORES.	• IMPOSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DAS AÇÕES DOS CONTROLADORES SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA. • DIREITO DE PREFERÊNCIA PARA ADQUIRIR A PARTICIPAÇÃO DOS CONTROLADORES. • *TAG ALONG* PELO MESMO VALOR A SER PAGO PELAS AÇÕES DE CONTROLE.
	• INDICAÇÃO DE REPRESENTANTES AO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO.	• INDICAÇÃO DE REPRESENTANTES AO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO.
		• PREFERÊNCIA NA DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS.

Fontes: Borges (2007), Luiz Souto (informação verbal, 2014). Elaboração própria.

* Quando a subscrição se dava mediante ações preferenciais.

Os investimentos da Ibrasa e da Embramec permitiam estrutura jurídica mais simples, pois a participação não deveria levar tais subsidiárias a participar do grupo de controle. A Ibrasa exigia mais cuidado, pois financiava companhias de bens de consumo, cujo porte era modesto. Como seu aporte normalmente ultrapassava o capital social, suas participações passaram a ocorrer mediante a subscrição de ações preferenciais. Essas ações permitiam à Ibrasa receber seus dividendos antes dos demais acionistas, mas impediam que a subsidiária votasse nas assembleias, deixando o controle societário nas mãos dos acionistas originais. Em contrapartida da ausência de voto, as ações preferenciais garantiam à Ibrasa o direito de indicar um

representante seu ao conselho de administração e algumas prerrogativas de veto sobre as deliberações dos acionistas, também listadas no Quadro 2. O estatuto social regulava as características das ações preferenciais e um acordo de acionistas assinado em separado garantia seus direitos.[46] A Embramec também condicionava seus financiamentos à assinatura de acordos de acionistas, que lhes garantiam as mesmas prerrogativas caras à Ibrasa. Para ela, o uso das ações preferenciais não precisava ser a regra, pois o volume do investimento não necessariamente ultrapassava o capital social. Para a Embramec e a Ibrasa era mais importante impor direito de venda conjunta em caso de alienação de controle (*tag along*) do que conservar direito de preferência, pois o governo brasileiro não tinha interesse estratégico em se manter no controle das companhias da sua carteira.[47]

Por conta da crise fiscal que o Brasil enfrentou na década de 1980, a Embramec, a Fibase e a Ibrasa foram unificadas para a criação da BNDESPAR em 1984, que passou a ser a única subsidiária de participações do BNDES.[48] A BNDESPAR acabou no controle de boa parte das empresas da sua carteira, pois havia convertido dívidas de empresas públicas e privadas inadimplentes com o BNDES em participação. Uma medida da nova política operacional do BNDES na década de 1980 era desinvestir. De 1987 a 1989, ainda no Governo Sarney, 17 empresas estatais das quais a subsidiária participava foram privatizadas.[49]

Para privatizar, a BNDESPAR reestruturava a dívida da empresa – ou convertendo-se parte da dívida em capital social ou transformando-se o passivo de curto prazo em passivo de longo prazo. Como os acordos de acionistas estabeleciam direito de preferência, a venda da participação da BNDESPAR era oferecida primeiramente aos controladores privados. Se estes não exercessem o direito de preferência, o processo de privatização seguia. Em alguns casos era reservada para a União uma *golden share* para controlar certas decisões. Identificados os pontos críticos, decidia-se a cada caso se era melhor vender o bloco de controle unificado ou lotes dispersos de ações e publicava-se o edital de privatização na imprensa oficial.[50]

Se a BNDESPAR mantivesse algum lote de ações no capital da empresa, o edital de privatização previa que o adquirente do controle deveria assinar um acordo de acionistas com a subsidiária, que além das cláusulas habituais impunha prazo para que a companhia privatizada se tornasse aberta. Essa condição para a aquisição do controle visava incentivar a compra de lotes menores de ações, que poderiam ser revendidos com lucro posteriormente no mercado de capitais. Como foi o processo interno de privatização da carteira de ações da BNDESPAR que

46 As necessidades da Ibrasa influenciaram a previsão das ações preferenciais na Lei das S.A. (ver nota 29, *supra*).

47 Ver informações concedidas por Luiz Souto em entrevista (informação verbal, 2014).

48 Ver Velasco Jr. (2010) e Paiva (2012, p. 76).

49 Ver Pinheiro, Bonelli e Schneider (2004, p. 18), Mourão (1994, p. 415-430) e Velasco Jr. (2010, p. 316-320).

50 Ver Velasco Jr. (2010, p. 328-333).

levou o Sistema BNDES a ser superavitário novamente, o BNDES foi eleito como agente financeiro do Plano Nacional de Desestatização executado a partir de 1990, já no Governo Collor.[51]

O processo de desestatização oficial replicou a experiência da BNDESPAR na década de 1980. Os editais de privatização estabeleciam o modelo de venda e já especificavam se seria imposta *golden share* ou acordo de acionistas a ser assinado pelos eventuais controladores e a União, ou a própria BNDESPAR. Como desde a década de 1980 o BNDES era titular de dívidas securitizadas de empréstimos concedidos à União, a própria BNDESPAR acabava adquirindo participações minoritárias nos leilões de privatização. Esta era uma possibilidade que o edital especificava caso houvesse sobra de ações.

Além disso, o BNDES também era normalmente contratado como gestor das privatizações de companhias estaduais. Para conciliar isso com a posição da BNDESPAR de financiadora eventual do processo, desenhava-se a seguinte operação: o estado privatizante constituía uma sociedade de propósito específico (SPE) e integralizava seu capital com as ações da companhia estadual que não eram necessárias para manter o controle. A SPE então emitia debêntures subscritas pela BNDESPAR, as quais, por opção da subsidiária, poderiam ser pagas em dinheiro ou por entrega de ações que compusessem seu ativo. Com isso, a dívida das companhias estaduais era reestruturada e as ações de controle eram submetidas a processo de privatização. Se interessasse à BNDESPAR, suas debêntures, emitidas pela SPE, poderiam ser utilizadas como pagamento por ações da companhia privatizada.[52]

A experiência da BNDESPAR no mercado de capitais ajudou a fortalecer a estrutura de capital do banco, tornando-a menos dependente do governo. Segundo Prochnik e Machado (2008, p. 3-34), entre os anos de 1997 e 2001, o retorno líquido sobre as próprias operações não deixou de ser a maior fonte de recursos do Sistema BNDES, mas as captações em mercado ficaram em segundo lugar. As captações em mercado foram particularmente expressivas e representativas entre 1997 e 1999, período no qual a BNDESPAR tornou-se uma companhia aberta e passou a emitir debêntures e outros títulos de dívida no mercado de capitais para se autofinanciar.[53]

• • •

51 Segundo Velasco Jr. (2010, p. 314): "a administração do BNDES buscou uma política econômico-financeira interna de autossustentação na qual as privatizações, que já estavam inscritas na sua política operacional de 1984, adquiriram efetiva relevância. Essa política, embora não representasse um consenso interno, seria avalizada pela linha de comando do Banco, que envolvia a Presidência e a Diretoria Financeira, cujo titular era também o principal diretor-executivo da BNDESPAR".

52 Essa estratégia foi utilizada na privatização parcial da Cemig, por exemplo, e, embora sem tipificação legal, as debêntures com essa possibilidade de remuneração ficaram conhecidas como debêntures permutáveis ou transformáveis. Sua utilização culminou na inserção do §2º no artigo 54 da Lei das S.A. em 2001. Ver Santos (2006, p. 46) e entrevista concedida por Durval Soledade (informação verbal, 2014).

53 Durval Soledade (informação verbal, 2014) explicou que a BNDESPAR emitiu títulos de dívida primeiramente na bolsa de valores de Nova Iorque. Para que isso ocorresse, a *Securities and Exchange Commission* (SEC),

Após a década de 1990, a BNDESPAR acabou direcionando seus recursos para companhias abertas ou que pudessem em curto ou médio prazo abrir capital.[54] Para isso, desenvolve-se o seguinte modelo *in books* para as operações de renda variável, que deveria ser o encontrado na carteira atual, examinada no tópico 4.

Idealmente, o investimento inicial ocorreria em companhias fechadas, embora, a depender do projeto, companhias abertas também possam ser beneficiadas. Se a companhia é fechada (fase 1, Quadro 4), a BNDESPAR assina com ela um acordo de acionistas forte, que permite veto em decisões empresariais sensíveis, indicação de representantes seus ao conselho de administração e/ou fiscal e garante-lhe estratégias contratuais de saída.[55] Passou também a vir o prazo para a abertura de capital como condicionalidade para o investimento, previsto no próprio acordo de acionistas, que exige listagem em algum dos segmentos especiais da BM&FBovespa (normalmente Novo Mercado ou Bovespa Mais). Entre as estratégias de saída contratuais passaram a ser impostas opções de venda (*put option*) contra os controladores, com o estabelecimento de reservas de capital para garanti-la, e/ou preferência para as ações da BNDESPAR na oferta pública inicial, além do tradicional *tag along* pelo mesmo valor das ações de controle.

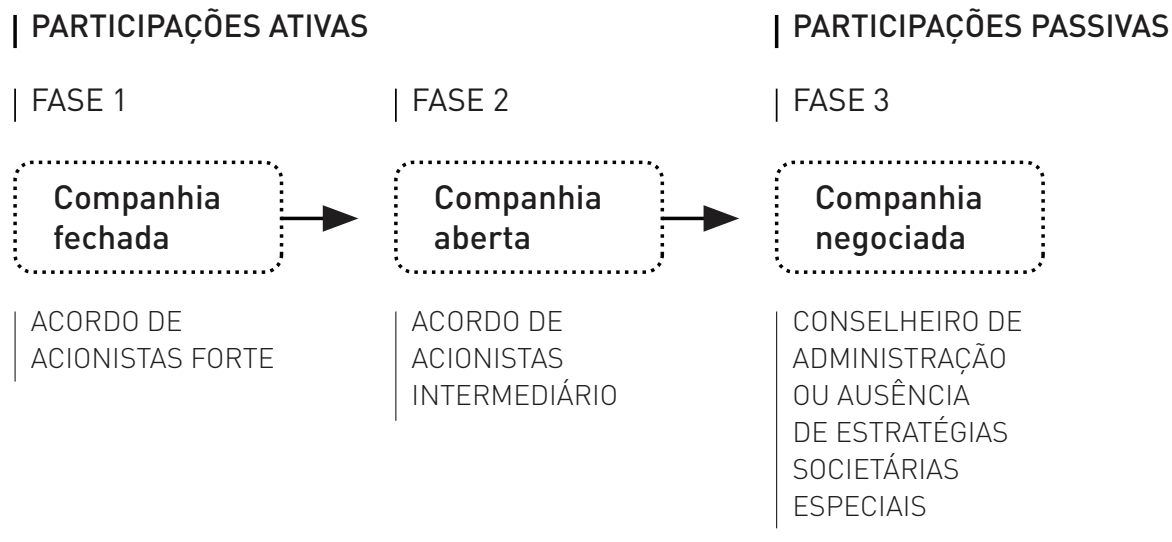
• • •

autoridade regulatória do mercado de capitais nos Estados Unidos, exigiu que a subsidiária se registrasse como companhia aberta na CVM também. A partir de 2008 as captações em mercado tornaram-se menos expressivas que os repasses diretos do Tesouro Nacional, que voltaram a ocorrer em ocasiões pontuais, mediante diversas medidas provisórias passadas entre 2008 e 2011, posteriormente consolidadas na Lei n. 12.453/2011.

54 Nas entrevistas, restou esclarecido que as outras áreas do BNDES encaminham para a BNDESPAR projetos de companhias que tenham potencial para abertura de capital (MELO; RAVACHE, informação verbal, 2014).

55 A mesma estrutura de governança corporativa que tipicamente servia à Fibase, mas com a possibilidade de veto para a BNDESPAR, que aqui é acionista minoritária. Ver Quadro 3 *supra*.

QUADRO 4 – **FASES DO INVESTIMENTO** (BNDESPAR IN BOOKS)



Fontes: Schapiro (2010), Ravache, Ramos e Bastos Neto (2012), Luiz Souto, Caio Melo, Leandro Ravache e Durval Soledade (informação verbal, 2014). Elaboração própria.

A depender do projeto financiado, as condicionalidades impostas pela BNDESPAR devem variar. Se a companhia já for aberta, mas mesmo assim apresentar um déficit de governança corporativa, o investimento começa na fase 2. Nessa fase, o acordo de acionistas é intermediário, conservando prerrogativas de veto apenas sobre decisões que impactem o grau de endividamento da empresa.[56] Até a fase 2, a participação da BNDESPAR foi considerada ativa, pois permanecem alternativas de voz para que a subsidiária interfira em decisões empresariais relevantes. Uma vez que a oferta pública inicial ocorra, o acordo de acionistas deve deixar de se aplicar, ainda que cláusulas para regular a diluição da participação da BNDESPAR permaneçam (fase 3). Normalmente permanece o direito de indicar membros ao conselho de administração até que a participação se dilua para menos de 5% do capital social, deixando de valer as demais alternativas de voz. As estratégias de saída contratuais também perdem a validade.[57]

Hoje, os investimentos de renda variável realizam-se mediante subscrição direta de ações, de debêntures permutáveis ou por intermédio de fundos de investimento. Se é o caso de

56 Se a empresa não está listada no Novo Mercado, também se mantém prerrogativa de veto sobre decisões que impactem a estrutura de governança corporativa da empresa e os direitos concedidos às suas ações – as estratégias que costumavam servir à Embramec e à Ibrasa. Ver Quadro 3.

57 Os trabalhos de Schapiro (2010, p. 217-310) e Ravache, Ramos e Bastos Neto (2012) foram importantes para guiar as entrevistas e para a descrição da fase 1, pois analisam a experiência do BNDES com empresas nascentes de tecnologia, que foram apoiadas por operações de renda variável. O modelo *in books* foi desenvolvido

subscrição com debêntures, a sua escritura de emissão replica o conteúdo que viria no acordo de acionistas. No momento da abertura de capital, ou no momento que parecer mais conveniente à BNDESPAR, essas debêntures são permutadas por ações e, a depender da fase do investimento em que a troca ocorrer, as alternativas de voz e estratégias de saída podem ainda se aplicar. Se um fundo de investimento é utilizado para intermediar a operação, é com ele que os controladores assinam o acordo de acionistas.

Uma parte dos investimentos deve começar já na fase 3. A BNDESPAR leva suas companhias ao mercado de capitais exatamente para facilitar o desinvestimento – aumentando suas perspectivas de retorno sobre o investimento. A subsidiária lança sazonalmente fundos de índice para se desfazer das participações passivas e, para completar sua composição, realiza investimentos de portfólio – participações iniciadas já na fase 3 para completar o fundo de índice a ser levado ao mercado. Também podem ocorrer participações originariamente passivas no âmbito do programa de apoio a ofertas públicas iniciais.[58]

Será, então, que esse modelo *in books* se confirma diante de um retrato recente da carteira de participações da BNDESPAR?

3 BNDESPAR *IN ACTION:* FERRAMENTAS SOCIETÁRIAS PARA QUE MISSÃO?

Pela primeira vez em 17 anos, o BNDES disponibilizou em 2011 uma identificação individual das companhias que compõem sua carteira de participações acionárias.[59] Para a pesquisa, empreendeu-se então a consolidação da carteira de participações da BNDESPAR das demonstrações financeiras de 2011 a 2014. Trata-se de informação que o BNDES prestou por liberalidade em tais anos, o que deixou de ocorrer nas demonstrações financeiras padronizadas referentes ao ano de 2015.[60]

Foi realizado um levantamento das 181 companhias encontradas para descobrir quais eram fechadas e quais eram abertas. Das abertas, 100 companhias eram registradas na CVM na Categoria A e 3 na Categoria B. Foram levantados, então, os formulários de referência, estatutos sociais, os acordos de acionistas, os últimos prospectos de distribuição pública de papéis e as

• • •

a partir desses trabalhos e das entrevistas realizadas com Luiz Souto, Caio Melo, Leandro Ravache e Durval Soledade em 2014.

58 Ver entrevista com Caio Melo (informação verbal, 2014).

59 Antes de 2011, tem-se notícia de que a última divulgação da carteira consolidada da BNDESPAR havia ocorrido em 1994 (BNDES, 1995).

60 As demonstrações financeiras da BNDESPAR de 2000 a 2015 estão disponíveis em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Relacao_Com_Investidores/Informacoes_Financeiras/demonstrativos_bndespar.html#dfp>. Acesso em: 8 jul. 2016.

escrituras de emissão de debêntures constantes nos registros das companhias abertas de Categoria A e B, quando aplicável, no sítio eletrônico da CVM.[61]

As sociedades anônimas podem pedir seu registro como companhias abertas de Categoria A quando desejarem vender ações e outros papéis no mercado de capitais. Já o registro de Categoria B envolve a negociação de outros valores mobiliários que não ações em bolsas de valores. Para as companhias de Categoria A, a CVM exige uma prestação de informações mais rigorosa no formulário de referência a partir da data do registro, incluindo as cláusulas de eventuais acordos de acionistas de que são parte ou que estejam arquivados nas suas sedes, bem como a declaração de quais acionistas, por participação direta ou indireta, são os seus controladores – o que não ocorre da mesma forma nas companhias de Categoria B.[62]

Para viabilizar a pesquisa, foi indispensável a análise tanto dos estatutos sociais quanto dos eventuais acordos de acionistas e dos formulários de referência das sociedades levantadas, pois é nos dois primeiros documentos societários que os direitos dos acionistas são fixados, sendo obrigatória a identificação dos controladores no último. Os prospectos de distribuição pública permitem identificar quando se realizou o investimento da BNDESPAR se este representar mais de 5% do capital social e as escrituras de emissão de debêntures replicam o conteúdo que um acordo de acionistas teria se foi mediante esse tipo de valor mobiliário que a BNDESPAR investiu em uma dada companhia.[63]

Como a análise empírica só foi possível para companhias já abertas, o esperado era que a maior parte das participações fosse passiva, resultantes de participações ativas (AP) ou de investimentos de portfólio (PP) (fase 3, Quadro 4). Como algumas das companhias podia ainda não ser efetivamente negociada, ou ter um fluxo ainda restrito de negociação pública, era esperado que participações ativas em transição (AE) também aparecessem (fase 2, Quadro 4). Não

• • •

61 Atualizados até 8 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/menu/regulados/companhias/companhias.html>. Acesso em: 10 jul. 2016.

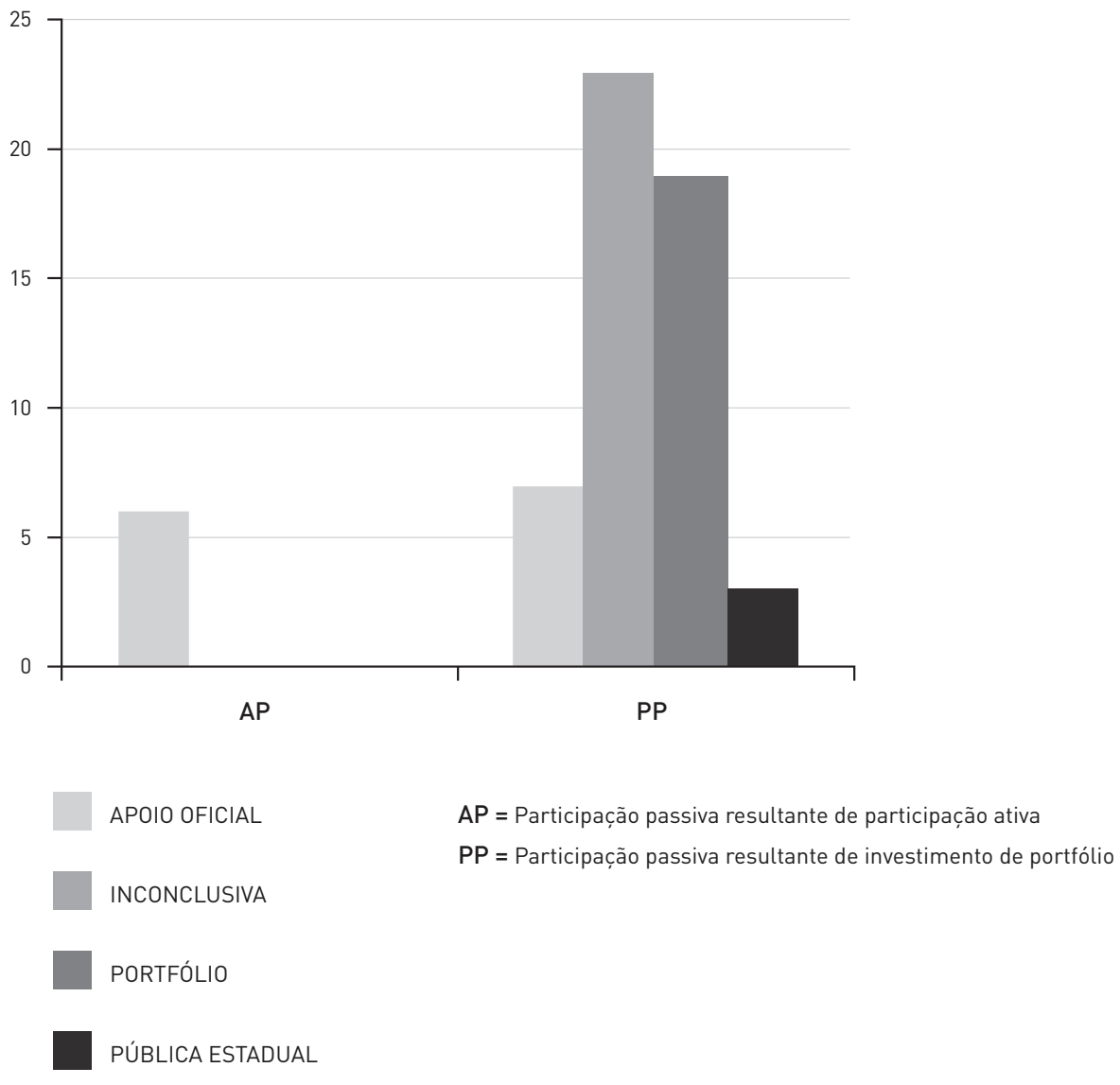
62 É o que determina a Instrução CVM n. 480/2009. As companhias de Categoria B não precisam apresentar o conteúdo dos acordos de acionistas ou identificar o controlador. A própria BNDESPAR é uma companhia aberta de Categoria B e, por isso, não precisa divulgar todos os acordos de acionistas que assinou, inclusive com companhias fechadas. As companhias de Categoria B permaneceram na amostra por dois motivos. Para a Telemar Participações S.A. e a Transnordestina Logística S.A., o acesso ao acordo de acionistas e grupo de controle foi possibilitado, pois o acordo da Telemar é o mesmo firmado com a sua controlada Oi S.A., que está registrada na Categoria A e também compõe a amostra. Já a Transnordestina tem um dos seus controladores, a CSN, também na amostra. A Carbomil S.A. ficou na amostra, apesar de ser registrada na Categoria B e não termos acesso ao seu eventual acordo de acionistas, pois o percentual de participação da BNDESPAR permite o exercício de influência significativa.

63 Tais documentos só começaram a ser divulgados ao público nos moldes da prestação de informações que serviu à pesquisa em 2010, com a edição da Instrução CVM n. 480/2009. De todo modo, a CVM disponibiliza os documentos societários de companhias abertas na rede mundial de computadores desde 2004.

era esperado encontrar nenhuma participação ativa na fase 1 do Quadro 4.[64] Foram encontradas 45 participações ativas e 58 participações passivas entre as 103 companhias investigadas.

Para compreender como o universo de participações passivas foi composto, investigou-se quais participações foram efetivamente investimentos de portfólio e quais decorreram de participações ativas (Gráfico 1).

GRÁFICO 1 – **PARTICIPAÇÕES PASSIVAS**



Fontes: BNDES, CVM. Elaboração própria.

64 O modelo de operação extraído das entrevistas levava a essa conclusão (Ver tópico 3). Do mesmo modo, a regulação nacional inibe a liquidez da ação atrelada a acordo de acionistas que conceda direitos políticos especiais. Uma participação da BNDESPAR em uma companhia aberta na fase 1 significa um desperdício de oportunidade e de recursos. É um desperdício de oportunidade porque a Lei das S.A. exige que participantes de acordos de acionistas façam oferta pública de aquisição ao vender sua participação (art. 254-A, §1º) e de recursos porque a CVM exige um padrão de transparência que dispensa um veículo contratual de monitoramento para a BNDESPAR.

Foi possível identificar que 29 dessas participações foram originalmente passivas, restando inconclusiva para 23 delas se a participação já havia sido ativa em algum momento. Isso ocorreu porque, embora o investimento da BNDESPAR não ultrapasse 5% do capital social nessas companhias entre 2011 e 2014, não foi possível identificar a existência anterior de acordo de acionistas, de percentual superior de participação que permitisse indicação de conselheiro, ou até mesmo o período inicial do investimento, nem pelos dados fornecidos pela CVM, nem pelo BNDES Transparente.[65]

Das demais, sete companhias receberam apoio oficial. Embora sejam investimentos tipicamente de portfólio, tais operações se justificam no âmbito de política governamental de apoio a ofertas públicas de ações. Todas as companhias beneficiadas estão listadas em algum segmento especial da BM&FBovespa.[66] Os investimentos de portfólio indicados no Gráfico 1 são aqueles cujo período de realização pôde ser identificado, restando confirmado que a companhia já era aberta nesse momento e a participação original não ultrapassou 5% do capital social. A interpretação a ser dada a esses investimentos – realizados em 19 empresas – é que se deram para equilibrar a composição dos índices da carteira de ações da BNDESPAR. Entre as participações originariamente passivas, há ainda três companhias públicas estaduais, o que pode ser interpretado como um resquício do processo de privatização.[67] Não foram encontrados indícios de participação ativa da BNDESPAR nessas companhias.

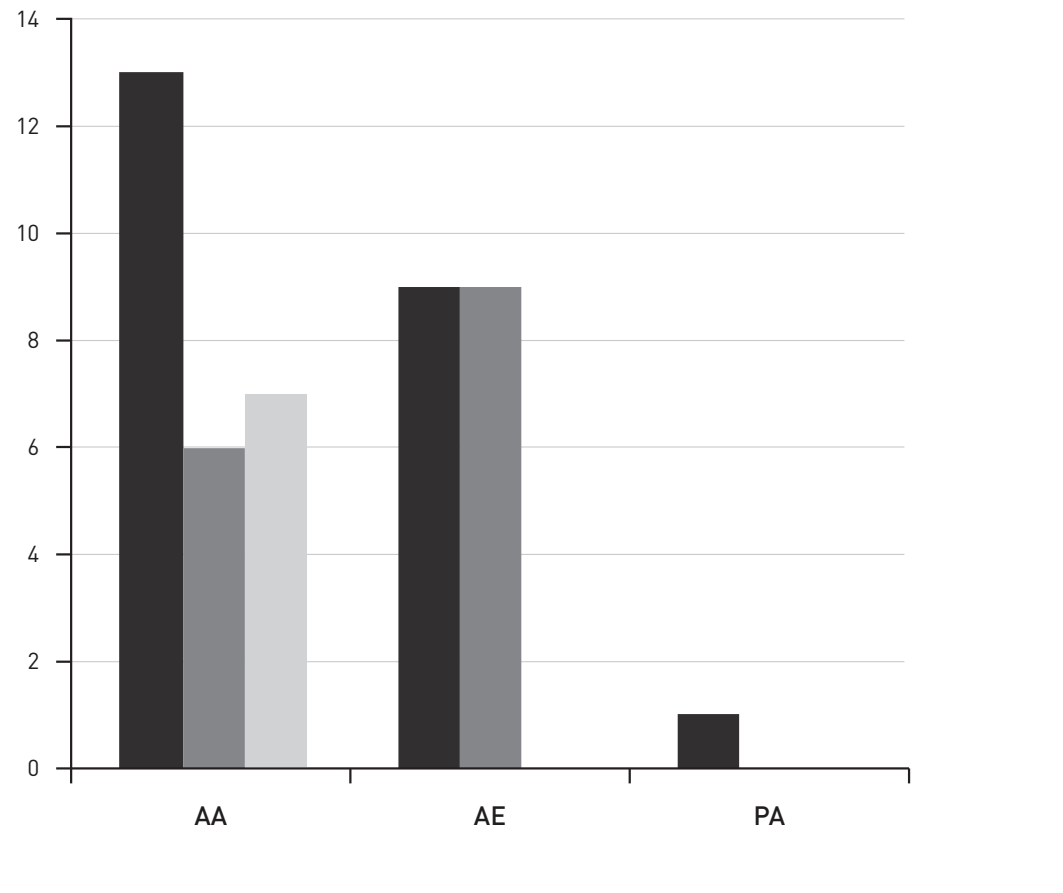
Em seis companhias observou-se participações passivas que já haviam sido ativas (AP). De todo modo, elas são apenas um passo além se comparadas às companhias com participações ativas em transição (AE), ilustradas no Gráfico 2.

65 O BNDES Transparente identifica as operações de financiamento em renda fixa e variável realizadas a partir de 2002. Desde 2008 é divulgado o valor da operação. Pode ser que as participações passivas inconclusivas tenham sido originalmente ativas e tenham chegado à fase 3 do investimento antes de 2002.

66 Por exemplo, BRF S.A. (Novo Mercado), CPFL Energia S.A. (Novo Mercado), Gerdau S.A. (N1), Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A. (N2), Indústrias Romi S.A. (Novo Mercado), Natura Cosméticos S.A. (Novo Mercado), Nutriplant Indústria e Comércio S.A. (Bovespa Mais).

67 As companhias públicas estaduais da amostra são a Companhia Energética de São Paulo (CESP) (N1), a Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA) (Novo Mercado) e Companhia Energética de Minas Gerais (Cemig) (N1).

GRÁFICO 2 – **PARTICIPAÇÕES ATIVAS**



Fontes: BNDES, CVM. Elaboração própria.

A não ser pela coluna inconclusiva, todas as demais nuances das participações passivas são retratos esperados da fase 3 do modelo de operação *in books* da BNDESPAR, mesmo as participações em companhias públicas estaduais, já que não devem passar de um resquício do processo de privatização. Entretanto, no caso do Gráfico 2, o conjunto de colunas AE é a única nuance das participações ativas que era realmente esperada como um retrato da fase 2.

Uma ilustração da coluna AP do Gráfico 2 é o investimento na Companhia Siderúrgica Nacional (CSN).[68] Em 2000, a BNDESPAR havia subscrito debêntures da Vicunha Participações permutáveis por ações da CSN.[69] As debêntures concediam alternativas de voz para a

68 Companhia privatizada, listada no mercado tradicional.

69 A Vicunha Participações é sociedade interposta – fechada – que controla diretamente a CSN. Tal financiamento ocorreu para possibilitar a aquisição do controle da CSN pela Vicunha, que era compartilhado com

BNDESPAR e só estariam completamente vencidas em 2011. No entanto, em 2005 as ações da CSN se valorizaram no mercado e permutar as debêntures seria mais rentável que esperar o vencimento. Após a conversão, a BNDESPAR continuou a poder indicar membro ao conselho de administração da CSN, prerrogativa que utilizou efetivamente apenas no exercício social de 2005.[70] Atualmente a participação da BNDESPAR na CSN é passiva e está quase completamente desinvestida, totalizando apenas 0,6% do capital social.

Para exemplificar as colunas AE no Gráfico 3, temos a Altus, a Iochpe Maxion e a Coteminas. A Altus Sistemas de Automação S.A. é uma empresa que comercializa equipamentos eletrônicos de automação industrial, comercial e de construção civil. A BNDESPAR investiu na empresa em 2010, enquanto ela ainda era fechada, subscrevendo a totalidade das suas ações preferenciais. O acordo de acionistas assinado concede à subsidiária prerrogativas de veto, indicação de membros ao conselho fiscal e de administração, *tag along* de 100%, obrigação de alienação de controle por opção da BNDESPAR, *put option* e fundo de resgate; havendo obrigação de a Altus aderir ao Bovespa Mais até 2013. O acordo de acionistas deixará de valer quando a companhia – que já está listada – realizar sua oferta pública inicial.

A Iochpe Maxion é uma empresa de produtos do setor automotivo e equipamentos ferroviários. A BNDESPAR já foi parte em diferentes acordos de acionistas com os controladores da companhia, que lhe asseguravam a eleição de membros do conselho de administração no último momento, mas também direito de preferência e *tag along* de 100% quando da contratação inicial, em 2001, tendo o acordo de acionistas chegado ao seu prazo final de vigência em 26 de outubro de 2013, após o ingresso da companhia no Novo Mercado (ela já era aberta desde 1984). O formulário de referência da Iochpe Maxion esclarece que a BNDESPAR ainda consegue indicar membro ao conselho de administração e influenciar as deliberações sociais com base no seu percentual de ações ordinárias – o que lhe garante o exercício de influência significativa.

Já a Coteminas é uma companhia do ramo de têxteis e vestuário. Um acordo de acionistas com os seus controladores concedia à BNDESPAR prerrogativas de veto, indicação de membro ao conselho de administração; *tag along* de 100% e *put option*. O acordo de acionistas foi firmado em 1999 e tinha prazo de vigência de sete anos, tendo chegado ao fim em 2006. A Coteminas já era uma companhia aberta desde 1971. Em 2014, a BNDESPAR ainda mantinha

• • •

a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) até então. A interferência da CVRD – uma mineradora – no controle da CSN estaria limitando o seu planejamento estratégico (Caio Melo, informação verbal, 2014; NEVES, 2005).

70 Detalhes obtidos em entrevista com membro da administração da CSN (que preferiu manter sigilo sobre sua identidade). A fonte entrevistada afirma que o representante da BNDESPAR apenas acompanhava as atividades do conselho de administração e oferecia seus votos oportunamente, não participando tão ativamente das discussões nas reuniões.

participação total de 6,27% do seu capital social, sendo que tal participação representava 11,49% das ações preferenciais, garantindo-lhe o exercício de influência significativa, ao menos pela indicação de membros ao conselho fiscal e de administração.

A Vale é um caso único de participação passiva que se tornou ativa (PA). Trata-se da antiga Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), mineradora privatizada em 1997. O processo de desestatização da Vale vendeu seu controle em bloco para uma sociedade de participações privada – a Valepar S.A. O edital de privatização impunha um acordo de acionistas aos controladores da Valepar, que não poderá ser modificado pelo prazo de 20 anos, e uma *golden share* para a União no estatuto social da própria Vale, que também não pode ser revogada. No ato da privatização, a BNDESPAR manteve participação minoritária na Vale, ficando fora do seu grupo de controle.

O grupo de controle da Vale era composto pela Litel, uma sociedade anônima integralmente detida por fundos de pensão de servidores públicos da União,[71] pela Eletron, detida pelo banco Opportunity,[72] e pela CSN. Ainda em 1997, a Investvale – clube de investimento dos empregados da Vale – exerceu direito de adesão ao grupo de controle da companhia. Em 2000, a Litel e a Eletron adquiriram a participação da CSN na operação de descruzamento dessa sociedade com a Vale e, em 2002, a Bradespar, braço de participações do banco Bradesco, adquiriu participação no seu controle. Por fim, em 2003, a Investvale sinalizou intenção de vender sua participação na Valepar, que foi adquirida em parte pela BNDESPAR.[73]

O acordo de acionistas da Valepar é complexo. Para formar o grupo de conselheiros de administração a ser eleito pelos controladores, cada 8,33% das ações vinculadas ao acordo concede direito a um voto, preenchendo-se as vagas remanescentes pelo voto de acionistas que tiverem mais sobras de ações após realizada a primeira rodada de indicações, até que o conselho esteja integralmente preenchido. A não ser pela Eletron, que indica apenas membro ao conselho fiscal, todas as outras partes conseguem indicar ao menos um membro ao conselho de administração. No mais, as partes devem manifestar-se nas assembleias gerais em voto uniforme, que é decidido em reuniões prévias. O quórum de deliberação é, em regra, por maioria simples, mas se eleva para 75% das ações vinculadas ao acordo de acionistas quando a decisão versa sobre matérias operacionais e financeiras mais sensíveis que digam respeito à Vale.

• • •

71 Tratava-se, na época, do Fundo de Pensão da Petrobrás (Petros), da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (Previ) e da Fundação dos Economiários Federais (Funcef), todas entidades fechadas de previdência complementar, das quais, respectivamente, os funcionários da Petrobras, do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal são beneficiários.

72 As estruturas acionárias da Litel e da Eletron constam em Musacchio e Lazzarini (2014, p. 227).

73 Mais detalhes sobre as modificações no grupo de controle podem ser encontradas em Musacchio e Lazzarini (2014, p. 222-224).

Todas as partes concedem à Valepar o direito de preferência para a aquisição das ações que detiverem na Vale, e somente podem adquirir participação na Vale com autorização de votos equivalentes a ao menos 75% das ações dos controladores. Além disso, nenhum dos acionistas do grupo de controle pode vender sua participação a terceiro sem a oportunidade de preferência ou autorização dos demais. O acordo é válido por 20 anos a partir de 1997, sendo prorrogável por prazos sucessivos de dez anos a critério das partes envolvidas. As ações de controle estão divididas entre os acionistas de acordo com os percentuais indicados na Tabela 1. A BNDESPAR não consegue exercer veto sobre as decisões com a sua participação. As matérias qualificadas podem ser decididas em bloco pela Litel em conjunto com a Mitsui ou em conjunto com a Bradespar.

TABELA 1 – **CONTROLADORES DA VALE**

CONTROLADOR	% DE AÇÕES VINCULADAS
LITEL	51,3
BRADESPAR	17,28
MITSUI	15,26
BNDESPAR	9,83
ELETRON	0,02
TOTAL	**93,69%**

Fonte: CVM. Elaboração própria.

A relação entre o grupo de controle da Vale e o governo é ilustrada pelas circunstâncias que nortearam a modificação da presidência da companhia em 2009. Desde 2001, Roger Agnelli, economista e ex-CEO da Bradespar, era presidente da Vale, por eleições sucessivas. Sob sua administração, a empresa viveu um momento intenso de expansão internacional e mostrou bons resultados. Entretanto, ao final de 2008, em resposta à crise financeira internacional, aproximadamente 1.500 funcionários da Vale foram demitidos ao redor do mundo – o que ia de encontro à política de manutenção de emprego intensificada pelo governo do Partido dos Trabalhadores do período. Além disso, o presidente Lula já apresentava reticências em relação à administração de Agnelli, que não investira no setor siderúrgico nacional –

o que seria parte dos planos do Governo Federal para a Vale naquele momento –, além de não adquirir navios produzidos no Brasil para o transporte de carga. Os investidores da companhia já começavam a sinalizar seu receio diante da interferência governamental, e o próprio Agnelli fez declarações públicas no sentido de que as aspirações governamentais destoavam da missão da Vale de gerar resultado como companhia privada. O então presidente acabou substituído por Murilo Ferreira, executivo da Vale há 30 anos, que teria uma postura mais alinhada à do governo de Lula. A transição foi votada pelos conselheiros indicados pelo próprio grupo de controle, sem necessidade de uso da *golden share* por parte da União.[74]

As evidências apontadas no caso da Vale demonstram que a participação da BNDESPAR não é transitória – no sentido de ser um investimento de risco. A qualidade de acionista e os direitos associados à participação abrem veículo não apenas para o monitoramento do investimento, mas também para a intervenção governamental – ainda que se opere em parceria com outros atores, como os fundos de pensão.

Uso similar da participação societária ocorreu na Petrobras, exemplo de participação que iniciou ativa e não sinalizou perder essa característica no curto prazo (AA, Gráfico 2). No caso da Petrobras (empresa pública até hoje), a participação societária da BNDESPAR também foi instrumentalizada de maneira inesperada e ainda mais particular.

Quando da adesão do Brasil ao primeiro Acordo da Basileia, o Tesouro Nacional começou a realizar aumentos de capital no BNDES para viabilizar o atendimento dos índices de proteção.[75] Tais aumentos de capital foram integralizados com a entrega de ações de outras estatais tanto ao BNDES quanto à BNDESPAR.[76] Entre 2011 e 2012, ambos votaram nas assembleias especiais de acionistas minoritários e preferencialistas da Petrobras para eleição de membros do conselho de administração e do conselho fiscal. Naquele momento, os investidores prejudicados denunciaram o ocorrido à CVM, que instaurou procedimento administrativo para

• • •

74 A transição da administração da Vale é narrada com maiores detalhes em Lazzarini (2011, p. 20-26) e Musacchio e Lazzarini (2014, p. 224-231). As embarcações brasileiras eram mais caras e não tinham a mesma capacidade das asiáticas – chinesas e sul-coreanas –, que foram adquiridas, para dar vazão à produção de minério de ferro em escala que pusesse a Vale em vantagem, em relação às empresas australianas, na exportação do produto para a China. Havia ainda investida do então bilionário Eike Batista, que se mostrou simpático à estratégia pretendida pelo Governo Federal para a Vale, realizando oferta de aquisição da participação da Bradespar no seu grupo de controle. Agnelli chegou a anunciar um plano de investimentos de 20 bilhões de reais em 2009 que incluía duas siderúrgicas no norte e no nordeste do país, mas, mesmo assim, sua situação se tornou precária na presidência da Vale.

75 O Acordo da Basileia foi divulgado pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basileia em 1988 e incorporado pelo ordenamento brasileiro pela Resolução n. 2.099, de 17 de agosto de 1994. Essa resolução introduziu exigência de capital mínimo para as instituições financeiras, em função do grau de risco de suas operações ativas. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?BASILEIA>. Acesso em: 8 jul. 2016.

76 Entrevista concedida por Durval Soledade (informação verbal, 2014).

a apuração do fato.[77] O BNDES, a BNDESPAR e o diretor financeiro da Petrobras, que presidia a mesa das assembleias, acabaram firmando termo de compromisso com a CVM, pelo qual pagaram multa, comprometendo-se tanto o banco quanto a subsidiária a não mais votar nas assembleias dos minoritários de companhias controladas pela União.

No mesmo processo administrativo, a CVM apurou igualmente a conduta da Previ, da Petros e da Funcef na qualidade de acionistas da Petrobras. Os fundos de pensão também votaram nas mesmas assembleias especiais de minoritários que o BNDES e a BNDESPAR. Já era pacífico na jurisprudência da CVM que essas entidades não podem votar em assembleias que discutam assuntos das suas patrocinadoras. A Petros, então, foi condenada à multa total de 800 mil reais, enquanto os demais fundos de pensão receberam, a princípio, somente advertências. A condenação foi ampliada à Previ e à Funcef após a apuração de que o Ministro da Fazenda havia indicado diretamente uma das candidaturas oficiais – objeto de deliberação na assembleia especial de minoritários.

Porém, foram encontradas 26 participações ativas de longo prazo (AA, Gráfico 2) na amostra e os dois casos anteriormente descritos são muito particulares.[78] A participação da BNDESPAR na JBS S.A. é uma melhor ilustração do que pode acontecer nos demais casos das colunas AA. A JBS é empresa do setor de alimentos, hoje líder mundial no setor de carnes. A participação da BNDESPAR ocorreu em 2007, mesmo ano em que a JBS se tornou uma companhia aberta, listada no Novo Mercado. Segundo o acordo de acionistas firmado com os controladores, a subsidiária detinha 13% do capital social da JBS em 2007. No acordo, foram estabelecidas prerrogativas de veto para a subsidiária nas deliberações da assembleia geral e do conselho de administração da companhia, devendo a BNDESPAR ser consultada antes que decisões sobre os limites de endividamento da empresa fossem tomadas nesses órgãos sociais. A depender do seu percentual de participação no capital social, a BNDESPAR pode indicar um ou dois membros ao conselho de administração, assim como um ao conselho fiscal, quando instalado. Além disso, pode requerer a criação de comitês consultivos para assuntos financeiros, de gestão de riscos e para reflexão sobre a política de sustentabilidade da companhia, cabendo-lhe a indicação de um membro para cada um deles, se criados. Não há estratégias de saída contratuais, ficando garantido o *tag along* de 100% imposto pelo regulamento de listagem do Novo Mercado.

• • •

77 Trata-se do Processo Administrativo Sancionador CVM n. 11/2012. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2014/20141202_PAS_112012.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2016.

78 O ocorrido na Petrobras é mais característico do que pode acontecer quando a BNDESPAR ou o BNDES participam de sociedades de economia mista abertas controladas pela União. Na amostra, é o caso também da participação no Banco do Brasil S.A., no Banco do Nordeste do Brasil S.A. e na Eletrobrás.

O acordo de acionistas firmado tem prazo até 2019, perdendo sua validade se a subsidiária vier a deter menos de 10% do capital social até o final de 2014 – o que não se verificou – ou menos de 15% daí até o final da sua vigência. Nada impede, por outro lado, que o prazo do acordo seja repactuado. Verificou-se que a participação da subsidiária na companhia oscilou bastante ao longo dos anos, totalizando 24,59% do capital social da JBS ao final de 2014. O seu controle é exercido, em última instância, pelas famílias Batista e Bertin, por meio de algumas pessoas jurídicas interpostas.

O investimento na JBS ocorreu dentro de uma política pública mais vertical, articulada no âmbito da Política de Desenvolvimento Produtivo, lançada oficialmente pelo Governo Federal em 2008. A participação da BNDESPAR na empresa continuou aumentando após 2007, para que sua estratégia de internacionalização não fosse interrompida.

Outras empresas também apresentaram uma participação da BNDESPAR com caráter de longo prazo, para promover políticas públicas específicas, mas que acabaram atingindo o caráter de transição e chegando à fase passiva.

A Bematech, que é uma outra companhia com participação passiva originalmente ativa (coluna AP, Gráfico 1), recebeu o investimento da BNDESPAR em 1996, quando era uma *startup* do setor de comunicação e informática. Diretamente, e posteriormente mediante um fundo de investimento interposto, a subsidiária manteve forte monitoramento sobre as decisões da companhia. A Bematech iniciou um processo de internacionalização em 2001 e, atualmente, está entre as maiores multinacionais brasileiras.[79] O desinvestimento da BNDESPAR iniciou apenas em 2007, quando a companhia se tornou pública, com listagem no Novo Mercado, e foi finalizado em 2014. Como a internacionalização das empresas nacionais é parte do escopo do BNDES e das últimas políticas industriais lançadas pelo Governo Federal, acredita-se que o potencial de interferência societária da BNDESPAR influenciou a estratégia da Bematech nesse sentido.[80]

Já a América Latina Logística (ALL) e a Braskem, ambas situadas na coluna AA do Gráfico 2 e respectivamente nos setores de transporte ferroviário e petroquímico, mantêm participações ativas estáveis da BNDESPAR, sem indícios de transitoriedade em função da centralidade dos seus setores para a economia nacional.

• • •

79 Ver o ranking das maiores multinacionais brasileiras elaborado anualmente pela Fundação Dom Cabral (FDC, 2016).

80 As últimas políticas industriais lançadas pelo Governo Federal são a Política de Desenvolvimento Produtivo (Governo Lula) e o Plano Brasil Maior (Governo Dilma). Para uma análise detalhada das estratégias, resultados e governança dessas políticas ver, respectivamente, Coutinho et al. (2012), Almeida (2009) e Schapiro (2013).

Conclusão

Considerando o modelo *in books* dos investimentos da BNDESPAR, a principal missão da subsidiária do BNDES no período atual seria entregar ao mercado de capitais companhias maduras. Diferentes políticas de industrialização e/ou de investimento podem ter dado origem à participação da BNDESPAR nessas empresas. Contudo, uma vez abertas, essas companhias deveriam ser entregues às forças de mercado.

O retrato "BNDESPAR i*n action*" apresentado pela consolidação das suas carteiras entre 2011 e 2014 mostrou que isso é parcialmente verdade. É significativo o número de companhias que receberam participações originariamente passivas (coluna PP, Gráfico 1), assim como daquelas em que a BNDESPAR parece não mais fazer uso ostensivo das suas participações ativas após o ingresso no mercado de capitais (coluna AE, Gráfico 2 e coluna AP, Gráfico 1). Contudo, também são expressivas as companhias com evidências mais fortes de participação ativa efetiva da BNDESPAR mesmo sendo abertas para negociação pública (colunas AA e PA, Gráfico 2). A despeito dos resultados e das externalidades positivas que podem estar associados a tais investimentos, as companhias em que eles ocorreram certamente não estão entregues às forças do mercado. Isso oferece um espaço concreto para um ativismo estatal capaz de influenciar a estratégia de empresas privadas e públicas no Brasil, mostrando que o Estado dos anos 2000 ainda pode ser bastante desenvolvimentista. Pesquisas futuras teriam de se debruçar sobre a política por trás dessas participações societárias e sobre as conquistas das empresas que as receberam, para avaliar o sucesso desse ativismo estatal dos anos 2000.

Os achados deste artigo relacionam-se com a tese da persistência e são evidência do terceiro momento apontado na literatura em Direito e Desenvolvimento. O Direito tem seu papel, não há dúvida. Foram reformas na regulação do mercado de capitais que ampararam o processo de privatização e buscaram conformar no Brasil um ambiente mais seguro para os investidores minoritários. Todavia, esse papel não é necessariamente instrumental, pois as mesmas ferramentas societárias que privilegiam as transações de mercado também podem ser usadas por atores públicos, como a BNDESPAR, para interferir diretamente na governança corporativa em função das políticas de investimento governamentais. O retrato BNDESPAR *in action* apresenta um direito societário de caráter dinâmico, que serve para a intervenção governamental na substância, mesma medida em que é impulsionado pelos interesses dos investidores privados na sua forma.

De todo modo, por mais significativa que seja a presença da BNDESPAR no mercado de capitais brasileiro, e por mais fortes que sejam as evidências de que as companhias lá listadas por incentivo da subsidiária não necessariamente priorizam as transações de mercado, ficam algumas outras perguntas para o futuro.

As evidências já apontadas na literatura indicam que os fundos de pensão de funcionários públicos são tão centrais quanto a BNDESPAR na estrutura de propriedade das maiores empresas brasileiras, sendo também, por outros mecanismos, vulneráveis aos interesses de investimento do governo. Não se sabe, no entanto, se seus investimentos se estruturam em padrões

de participação societária com potencial de influência similar ao observado para a BNDEPAR. O mesmo questionamento fica em aberto para a capacidade de interferência societária obtida por outras empresas estatais que, a exemplo da subsidiária do BNDES, realizam investimentos como acionistas minoritárias no mercado de capitais.

Do ponto de vista da literatura em Direito e Desenvolvimento, o terceiro momento se funda em evidências de reformas legais com desdobramentos inesperados não apenas no Brasil, mas em toda a América Latina. Apesar da contribuição da literatura que analisa redes de proprietários no ambiente empresarial após processos de liberalização econômica, ainda existe espaço para investigação mais profunda sobre o papel substancial dos grandes investidores no âmbito da governança corporativa das companhias abertas no mercado de capitais do Brasil e da América Latina.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mansueto. Desafios da real política industrial brasileira do século XXI. *Texto para discussão n. 1452*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2009.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). *Relatório Anual 1994*. Rio de Janeiro: BNDES, 1995.

BEBCHUK, Lucian A., ROE, Mark J. A theory of path dependence in corporate ownership and governance. In: GORDON, Jeffrey N.; ROE, Mark J. *Convergence and persistence in corporate governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 69-113.

BERLE, Adolf A.; MEANS, G. *The modern corporation and private property*. New York: Macmillan, 1932.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. Introdução. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo (org.). *Cinqüenta anos de pensamento na CEPAL*. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 15-44.

BLACK, Bernard S. Shareholder passivity reexamined. *Michigan Law Review*, v. 89, p. 520-608, 1990.

BORGES, Luis Ferreira Xavier. O acordo de acionistas como instrumento da política de fomento do BNDES: O pólo de Camaçari. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 22, p. 55-92, dez. 2007.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Exposição de motivos n. 196, de 24 de junho de 1976*. Publicada em 25 jun. de 1976.

BROOKFIELD, Jon; CHANG, Sea-Ji; DRORI, Israel; ELLIS, Shmuel; LAZZARINI, Sérgio G.; SIEGEL, Jordan I.; BARDINA, Juan Pablo von Bernath. The small worlds of business groups: liberalization and network. In: KOGUT, Bruce. *The small worlds of corporate governance*. Cambridge: MIT Press, 2012. p. 77-116.

CAPORASO, James A. dependency theory: continuities and discontinuities in development studies. *International Organization*, v. 34, n. 2, p. 605-628, 1980.

CARDOSO, Fernando H.; FALETTO, Enzo. *Dependência e desenvolvimento na América Latina*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1970.

CAROTHERS, Thomas. The problem of knowledge. In: CAROTHERS, Thomas. *Promoting the Rule of Law abroad*: in search of knowledge. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2006. p. 15-28.

COUTINHO, Luciano; FERRAZ, João Carlos; NASSIF, André; OLIVA, Rafael. Industrial policy and economic transformation. In: SANTISO, Javier; DAYTON-JOHNSON, Jeff. *The Oxford Handbook of Latin America Political Economy*. New York: The Oxford University Press, 2012. p. 100-133.

DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. The relationship between law and development: optimists versus skeptics. *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 4, p. 895-946, 2008.

EVANS, Peter. *Dependent development*: the alliance of multinational, state, and local capital in Brazil. Princeton: Princeton University, 1979.

_____. After dependency: recent studies of class, State, and industrialization. *Latin American Research Review*, v. 20, n. 2, p. 149-160, 1985.

EVANS, Peter. STEPHENS, John D., Studying development since the sixties: the emergence of a new comparative political economy. *Theory and Society*, v. 17, n. 1, p. 713-745, 1988.

FUNDAÇÃO DOM CABRAL (FDC). *Ranking FDC das multinacionais brasileiras 2015*. Belo Horizonte: Fundação Dom Cabral, 2016.

FURTADO, Celso. *A hegemonia dos Estados Unidos e o subdesenvolvimento da América Latina*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1973.

GILSON, Ronald J.; HANSMANN, Henry; PARGENDLER, Mariana. regulatory dualism as a development strategy: corporate reform in Brazil, the U.S., and the EU. *Stanford Law Review*, v. 63, p. 475-537, mar. 2011.

GORGA, Érica. Changing the paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? Evidence from Brazil and consequences for emerging countries. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 29, p. 439-554, 2009.

HAMILTON, Nora. State autonomy and dependent capitalism in Latin America. *The British Journal of Sociology*, v. 32, n. 3, p. 305-329, 1981.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier R. The end of history for corporate law. In: GORDON, Jeffrey N.; ROE, Mark J. *Convergence and persistence in corporate governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004a. p. 33-68.

_____. Agency problems and legal strategies. In: KRAAKMAN, Reinier R.; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTING, Gerard; HOPT, Klaus; KANDA, Hideki; PARGENDLER, Mariana; RINGE, Wolf-Georg; ROCK, Edward. *The anatomy of corporate law*. New York: Oxford University Press, 2004b. p. 21-32.

JENSEN, Michael C; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, Rochester, v. 3, n. 4, p. 305-360, out. 1976.

KHAN, Mushtaq. Governance and development: the perspective of growth-enhancing governance. In: *Diversity and complementarity in development aid*: East Asian lessons for African growth. Tokyo: GRIPS Development Forum/National Graduate Institute for Policy Studies, 2008. p. 107-152.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Investor protection and corporate governance. *Journal of Financial Economics*, Rochester, v. 58, p. 3-27, 2000.

_____. Law and finance. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 106, n. 6, p. 1113-1155, dez. 1998.

LALL, Sanjaya. Is "dependency" a useful concept in analysing underdevelopment? *World Development*, v. 3, n. 11, p. 799-810, 1975.

LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços*: os donos do Brasil e suas conexões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle não societário*. São Paulo: Renovar, 2004.

MOURÃO, Julio Olimpio Fusaro. A integração competitiva e o planejamento estratégico no sistema BNDES. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v.1, n. 2, p. 3-26, dez. 1994.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sérgio G.. *Reinventing state capitalism*: Leviathan in business, Brazil and beyond. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

NENOVA, Tatiana. Control value and changes in corporate law in Brazil. *Latin American Business Review*, v. 6, n. 3, p. 1-37, 2005.

NEVES, Andrea da Costa. Vicunha vai quitar dívida de R$ 1,9 bi com o BNDES. *Jornais do Grupo de Estudos de Economia Industrial*. Departamento de Economia. Unesp/Fclar. 7 abr. 2005. Disponível em: <http://geein.fclar.unesp.br/jornais_det.php?codigo=2994>. Acesso em: 28 fevereiro 2014.

NORTH, Douglass C. Three approaches to the study of institutions. In: COLLANDER, David C. *Neoclassical political economy*: the analysis of rent-seeking and DUP activities. Cambridge: Ballinger Publishing Co, 1984. p. 33-40.

_____. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. The new institutional economics and Third World development. In: HARRIS, John; HUNTER, Janet; LEWIS, Colin M. *The new institutional economics and Third World development*. London: Routledge, 1995. p. 17-26.

PALMA, Gabriel. Dependency: a formal theory of underdevelopment or a methodology for the analysis of concrete situations of underdevelopment? *World Development*, v. 6, n. 1, p. 881-924, 1978.

PAIVA, Márcia de. *BNDES*: Um banco de história e do futuro. São Paulo: Museu da Pessoa, 2012.

PARGENDLER, Mariana. *Evolução do direito societário*: lições do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. The corporate governance obsession. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper,* n. 470, 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491088>. Acesso em: 7 de março de 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; BONELLI, Regis; SCHNEIDER, Ben Ross. Pragmatic policy in Brazil: The political economy of incomplete market reform. *Texto para discussão n. 1035*, Ipea, Rio de Janeiro, 2004.

PISTOR, Katharina; RAISER, Martin; GELFER, Stanislaw. Law and finance in transition economies. *Economics of Transition*, v. 8, n. 2, p. 325-368, 2000.

PRADO, Mariana M. What is law and development? *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 11, n. 1, p. 1--20, out. 2010.

PREBISCH, Raúl. *Dinâmica do desenvolvimento latino-americano*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

PROCHNIK, Marta; MACHADO, Vivian. Fontes de recursos do BNDES 1995-2007. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 29, p. 3-34, jun. 2008.

RAVACHE, Leandro Alberto Torres; RAMOS, Luciana Holanda; BASTOS NETO, Walter Pereira. Fundos de investimento e a necessidade de observância do direito de preferência na alienação de suas quotas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 243-286, jun. 2012.

ROE, Mark J. Some differences in corporate structure in Germany, Japan and the United States. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 102, n. 8, p. 1927-2003, jun.1993.

_____. *Strong managers, weak owners*. The political roots of America corporate finance. Princeton: Princeton University Press, 1994.

SANTANA, Maria Helena. *O novo mercado*. São Paulo: Bovespa, 2008.

SANTOS, Durval José Soledade. Debêntures: um instrumento moderno de aplicação e captação de recursos. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 26, p. 35-54, dez. 2006.

SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Ativismo estatal e industrialismo defensivo: instrumentos e capacidades na política industrial brasileira. *Texto para discussão n. 1856*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2013.

SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUBEK, David M. Redescobrindo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: TRUBEK, David M.; SCHAPIRO, Mario Gomes (Org). *Direito e desenvolvimento*: um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

TAMANAHA, Brian Z. The lessons of law and development studies. *The American Journal of International Law*, v. 89, n. 2, p. 470-486, 1995.

_____. The primacy of society and the failures of law and development. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 2, p. 209-247, mar. 2011.

TREBILCOCK, Michael. Between universalism and relativism: reflections on the evolution of law and development studies, *University of Toronto Law Journal*, v. 66, n. 3, p. 330-359, 2016.

TRUBEK, David M. Law and development: 40 years after scholars in self estrangement. *University of Toronto Law Journal*, v. 66, n. 3, p. 301-329, 2016.

TRUBEK, David M.; GALANTER, Marc. Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis of law and development studies in the United States. *Wisconsin Law Review*, p. 1062-1103, 1974.

TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. Introduction: the third moment in law and development theory and the emergence of a new critical practice. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The new law and economic development*: a critical appraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-18.

TRUBEK, David M.; GARCIA, Helena A.; COUTINHO, Diogo R.; SANTOS, Alvaro (eds.). *Law and the new developmental state*: the Brazilian experience in Latin American context. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

VELASCO JR., Licínio. Documento histórico – a privatização no Sistema BNDES. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 307-382, jun. 2010.

WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism* – firms, markets, relational contracting. New York: Free Press, 1985.

_____. Corporate finance and corporate governance. *The Journal of Finance*, v. 43, n. 3, 1988.

_____. Transaction cost economics and organization theory. In: SMELSER, Neil; SWEDBERG, Richard. *The Handbook of Economic Sociology*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

Entrevistas

DETAL, Fulano (maio 2014). Entrevistador: Sarah Morganna Matos Marinho. São Paulo, 2014. 1 arquivo .m4a (10:11 min.) (Funcionário da CSN).

SOUTO, Luiz. (set. 2014). Entrevistador: Sarah Morganna Matos Marinho. Rio de Janeiro, 2014. 2 arquivos .m4a (12:50 min.) (30:49 min.) (Superintendente da Área de Capital Empreendedor do BNDES).

MELO, Caio. (set. 2014). Entrevistador: Sarah Morganna Matos Marinho. Rio de Janeiro, 2014. 1 arquivo .m4a (1:11:49 min.) (Superintendente da Área de Mercado de Capitais do BNDES).

RAVACHE, Leandro (set. 2014). Entrevistador: Sarah Morganna Matos Marinho. Rio de Janeiro, 2014. Sem áudio. (Gerente Jurídico da Área de Capital Empreendedor do BNDES).

SOLEDADE, Durval (set. 2014). Entrevistador: Sarah Morganna Matos Marinho. Rio de Janeiro, 2014. 1 arquivo .m4a (1:22:15 min.) (Advogado aposentado do BNDES).

Sarah M. Matos Marinho

Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo. Candidata ao título de LLM/SJD na Universidade de Wisconsin-Madison. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

sarah.momm@gmail.com

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 27.11.2016
Aprovado: 18.06.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201833

Água doce nos fóruns comerciais internacionais: GATT, GATS e interação entre os regimes da água doce e do comércio internacional

FRESH WATER WITHIN INTERNATIONAL TRADE FORA: GATT, GATS AND INTERACTION BETWEEN THE FRESHWATER AND THE INTERNATIONAL TRADE REGIMES

Andréia Costa Vieira[1]

Resumo

O comércio internacional de água compreende desde transações de compra e venda de água *in natura* engarrafada e água *in bulk*, até o comércio de água virtual e o comércio de serviços de água. Uma vez que a temática da água doce é enfrentada principalmente nos fóruns de direito ambiental internacional, surge a questão de como solucionar possíveis conflitos entre normas comercias e normas ambientais. Apresenta-se uma possível interação conflitual entre o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional, levando em consideração as normas consolidadas do GATT, do GATS e dos distintos documentos internacionais sobre a água doce, de maneira a antecipar-se ao conflito. Apresenta-se, ainda, uma possível interação relacional entre esses dois regimes, prevendo a construção de normas que tragam um diálogo prévio. Conclui-se pela viabilidade desses dois tipos de interação, apontando suas possibilidades como soluções sustentáveis para a questão dos conflitos em torno da água doce. A pesquisa apresentada é qualitativa, com o uso dos métodos dedutivo e dialético.

Palavras-chave

Água doce; Comércio Internacional de Água; interação entre regimes; GATT e água; GATS e serviços de água.

Abstract

International Trade of Water comprises bottled fresh water and water in bulk as well as virtual water and trade of water services. Since fresh water is an issue dealt with mainly within the international environmental law fora, there raises the doubt on how to settle possible conflicts between trade rules and environmental rules within it. A possible conflict interaction between the International Fresh Water Regime and the International Trade Regime is presented, taking into consideration the consolidated rules of GATT, GATS and the distinct documents on fresh water issues in such a way of anticipating the conflict. There is also presented a possible relational interational between these two regimes, foreseeing the construction of rules that bring a previous dialogue between them. A conclusion is for the viability of these kinds of interaction, pointing out their sustainable solutions for the fresh water conflicts issue. The research presented is a qualitative one, with the use of the deductive and dialectic methods.

Keywords

Fresh water; International Trade of Water; regime interaction; GATT and fresh water; GATS and water services.

1 Universidade Católica de Santos
Santos – SP – Brasil
http://orcid.org/0000-0003-1802-3393

CC BY-NC

Introdução

Um diálogo entre as distintas normas do Regime Internacional da Água Doce e do Regime do Comércio Internacional ou, em outra linguagem, uma interação entre esses dois regimes, requer uma compreensão acerca das dimensões em que podem dialogar ou interagir.

Tendo em vista suas normas já prontas e consolidadas, bem como os distintos interesses que cada qual advoga, não é difícil imaginar uma interação conflitual entre ambos os regimes. Isso significa propor soluções para os possíveis conflitos que venham existir, uma vez que, de fato, não houve, ainda, conflitos entre suas normas em âmbito judicial. Não há, portanto, interpretações judiciais específicas a serem analisadas. Assim, o presente estudo pretende antecipar-se ao conflito.

Por outro lado – e de maneira construtiva –, algumas normas do Regime Internacional da Água Doce podem já nascer com um diálogo prévio com as normas do Regime do Comércio Internacional. Isso significa que a sua construção levará em consideração as normas de comércio internacional já existentes, bem como o seu impacto sobre elas.

A pesquisa aqui apresentada possui natureza qualitativa, utiliza os métodos dialético e dedutivo, e tem como objetivo geral analisar como os fóruns comerciais internacionais incluem a tratativa da água doce e, de forma específica, identificar se existe conflito entre os regimes analisados, bem como possíveis interações conflituais e relacionais. Para tanto, serão apresentados diferentes tipos de comércio de água, a saber: água engarrafada, *in bulk*, serviços de água e água virtual.[1]

Dessa forma, o presente trabalho apresenta um diálogo entre o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional. Em um primeiro momento, após breve apresentação do Regime Internacional da Água Doce, será apresentada uma interação conflitual entre este Regime e o do Comércio Internacional. Para tanto, serão abordados os textos do *General Agreement on Tarifs and Trade* (GATT) e do *General Agreement on Trade in Services* (GATS) e a possibilidade de sua aplicação à água. Em um segundo momento, será apresentada uma interação relacional entre esses dois regimes, de maneira a se identificar a possibilidade do nascimento da norma – estatal ou não estatal – com natureza híbrida, ou seja, que nascerá trazendo essa interação.

1. Regimes internacionais e interações possíveis

Os regimes internacionais, conforme idealizados na década de 1980, não eram autossuficientes. Pertenciam a um todo, denominado "sistema internacional", e buscavam, no conjunto, a ordem no plano internacional.

1 Água *in bulk* compreende a água vendida em grandes quantidades para abastecimento público e industrial por meio de navios cargueiros ou tubulações. Água virtual compreende a água utilizada na produção de

Ernest B. Haas (1983, p. 26), em ensaio para a obra editada por Krasner (1983), faz a diferenciação entre ordem, regime e sistema. Segundo Haas, regimes são instituições sociais para gerenciar conflitos dentro de um contexto de interdependência. Regimes são parte de um sistema. O sistema é o todo. A ordem refere-se, então, aos benefícios que um regime pode prover, enquanto o sistema refere-se ao todo dentro do qual há colaboração em favor da ordem.

Com o tempo, a expressão "regimes internacionais" foi sendo absorvida também pelo Direito Internacional para passar a noção de pluralidade. Muitos adeptos da fragmentação do Direito Internacional preferiram aplicar a expressão para advogar no sentido de não haver um sistema de direito internacional, de ser essa unidade uma artificialidade constitucionalista e de estar ela completamente desvinculada da realidade (KOSKENNIEMI, 2005). Desde então, essa expressão "regimes internacionais" tem sido usada para dar margem de defesa às ideias de fragmentação e inexistência de um sistema de direito internacional, o que pode ser considerado um equívoco.

Por fragmentação do Direito Internacional, tem-se compreendido a grande especialização e isolamento dos distintos regimes, cada qual sendo autossuficiente *per si*. Isso implica que cada regime desenvolve suas próprias normas, princípios, seu próprio vocabulário, seus próprios procedimentos de solução de disputas, sem interconexões. Cada regime seria criado e consolidado de maneira completamente independente dos demais. Assim, suas normas não se preocupariam com situações de sobreposição e muito menos de hierarquia (KOSKENNIEMI, 2005).

Defender uma unidade sistemática do Direito Internacional não significa, dentro deste estudo, defender a constitucionalização do direito internacional, em termos kantianos.[2] Mas fechar os olhos para o fato de que o processo de globalização pelo qual passa o mundo advoga a favor de princípios constitutivos de uma sociedade internacional é ficar de braços cruzados, sendo mero espectador passivo. No reconhecimento de um sistema internacional, as normas a serem criadas ou interpretadas devem levar em conta uma coerência e uma harmonia que se deseja para pleitear a justiça internacional. É sob essa perspectiva que o presente estudo sugere o diálogo entre o regime do comércio internacional e o regime da água. Sempre que entre eles houver interação, não se pode olvidar que a busca é por uma justiça social no plano internacional.

Conforme se verificará no próximo subcapítulo, o Regime Internacional da Água Doce tem se consolidado com base em documentos de natureza majoritariamente *soft law*. Além

bens. Comércio de serviços de água, comumente denominado "privatização", compreende os serviços de abastecimento e saneamento básico. A venda de água engarrafada compreende tanto água *in natura* como água dita "potável".

2 Referência a Kant e sua ordem cosmopolita, com a proposta de uma constituição universal. Ver Kant (2008).

disso, sua construção tem sido feita principalmente nas três últimas décadas (VIEIRA, 2015; 2016b). Por outro lado, o Regime do Comércio Internacional, com seus acordos e convenções com natureza de *hard law*, tem tido vasta interpretação, principalmente nos fóruns da Organização Mundial do Comércio (OMC), com jurisprudência já fortemente consolidada há muitas décadas (WTO, 2014). São documentos de produção centralizada – a maioria produzida no âmbito da OMC, que geram obrigações para os Estados, dentro de um sistema *pacta sunt servanda* internacional, com possibilidade inclusive de sanções em caso de descumprimento, ainda que haja deficiências no sistema de execução dessas sanções (WTO, 2014).

Não há, contudo, impedimentos para uma interação sustentável entre esses dois regimes. Margaret Young (2012, p. 91) postula que o impedimento para a interação entre dois ou mais regimes ocorre quando: a) há tentativas de limitar ou reduzir o papel de um regime frente ao outro com alegações de que a importância de um desses regimes se dá apenas dentro de sua área específica; b) há falta de coordenação política em nível doméstico; ou c) há falta de transparência e abertura para um dado regime. Ela observa que no sistema de solução de controvérsias da OMC, os procedimentos têm permanecido amplamente fechados a terceiros, mas já há a submissão de *amicus briefs*[3] e de consultas entre os painéis e órgãos de apelação da OMC com organismos pertencentes a outros regimes.

Além disso, conforme observa Young (2012, p. 88), o estudo desses regimes deve ser realizado em paralelo com o entendimento dos princípios gerais e do sistema geral do Direito Internacional. Não devem ser vistos de forma isolada, mas devem compreender sua interdependência e o sistema dentro do qual se incluem.

A seguir, será introduzido o Regime Internacional da Água e, na sequência, far-se-ão duas análises de interação entre esse regime e o do comércio internacional. A primeira análise compreende uma possível interação conflitual entre as normas do comércio internacional e o regime internacional da água. A segunda será uma análise do que tem sido denominado uma "interação relacional", em âmbito geral, cuja aplicação específica está sendo sugerida, neste estudo, para o Regime do Comércio Internacional e o Regime Internacional da Água Doce.

2. Identificação do Regime Internacional da Água Doce

Compreende-se por Regime Internacional da Água Doce o conjunto de normas internacionais e nacionais, institutos, elementos, atores e sujeitos que direcionam seus objetivos e atividades à questão da água doce (VIEIRA, 2015). Dentro do Regime Internacional da Água Doce, uma das maiores defesas é a do direito de acesso à água, defendido como um direito humano

3 Intervenção de terceiros convidados, semelhante à intervenção de terceiro já consagrada no Direito brasileiro como *amicus curiae* ("Amigo da Corte").

(VIEIRA, 2016b). Em Comentário Geral do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (Comentário Geral n. 15, 2002) o direito à água é compreendido como o direito a sua disponibilidade (quantidade suficiente e continuidade), qualidade (potável) e acessibilidade física e econômica. Em Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) (2010), o direito humano à água foi formalmente reconhecido pelas Nações Unidas, passando, desde então, a fazer parte de distintos documentos nacionais e internacionais, nas esferas doméstica, regional e multilateral (VIEIRA, 2016b).

Alguns aspectos desses documentos que defendem o direito à água são imediatamente identificáveis e influenciam a maneira como se fará uma interação do regime internacional da água doce com o regime do comércio internacional. Os documentos acerca da água já criados foram desenvolvidos ao longo das três últimas décadas e são documentos, em sua maioria, com natureza de *soft law* (VIEIRA, 2015; 2016a). Têm produção descentralizada, sendo produzidos em distintas instâncias e organismos – alguns de natureza intergovernamental, outros de natureza privada com a participação de representantes estatais (WWC, 2003; VIEIRA, 2015; 2016a).

No Regime Internacional da Água Doce, há apenas duas Convenções Internacionais com natureza de *hard law* em vigor – a saber, a Convenção de Nova York sobre a Utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins distintos da Navegação, de 1997, e a Convenção de Helsinki sobre a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, de 1992. Nenhuma das duas estabelece, de fato, um "direito à água" (VIEIRA, 2015; 2016b).

Não há "tribunais específicos" para as questões hídricas, no caso da água doce. A temática de acesso à água e de privatização dos serviços de água foi trabalhada em alguns tribunais arbitrais, tais como os do *International Centre on Settlement of Investiments Disputes* (ICSDI),[4] mas não existe tribunal próprio do Regime Internacional da Água Doce, o que o difere do Regime do Comércio Internacional que tem seus tribunais arbitrais específicos para a temática comercial. No Regime Internacional da Água Doce tampouco há institutos intergovernamentais, com as exceções do UNESCO-IHE[5] (com natureza acadêmica) e da UN-Water[6] (com natureza de mera coordenação de trabalhos entre agências), que trabalham a questão da água.

Os diversos documentos internacionais que são apontados como direcionadores do direito à água (VIEIRA, 2016a; 2016b), a exemplo das Regras de Berlim (2004), da *International Law Association* (ILA) e dos *Reports do World Water Council* (WWC), são documentos com natureza

4 Ver Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID (World Bank), ARB/03/19, Amicus Curiae Submission (2007); LG&E v. Argentine Republic, ICSID (World Bank) ARB/02/1, Decision on Liabitily 234-37 (2006) e outros.

5 Ver UNESCO-IHE. Disponível em: <https://www.unesco-ihe.org/>. Acesso em: 14 ago. 2018.

6 Ver UN-Water. Disponível em: <http://www.unwater.org/>. Acesso em: 14 ago. 2018.

de *soft law*. Os documentos de natureza intergovernamental, ora sob a forma de Declarações, ora sob a forma de Comentários Gerais, ora sob a forma de Resoluções, não têm efeito obrigatório. As Regras de Berlim, diferentemente dos demais documentos mencionados, trazem a proposta de reconhecimento de um direito de dispor de água suficiente, segura, física e economicamente acessível para satisfazer as necessidades humanas vitais (ILA, 2004), o que as coloca em consonância com o Comentário Geral n. 15/2002.

Os muitos eventos havidos sobre o tema hídrico, bem como os vários documentos de caráter não governamental, mas com larga participação de representantes estatais (os documentos dos Fóruns Internacionais da Água, promovidos pelo WWC, por exemplo), somam-se, juntamente com esses outros documentos anteriormente citados, como evidências da existência de um Regime Internacional da Água Doce, ainda que incipiente e em construção (VIEIRA, 2015).

Não há análises judiciais sobre o conteúdo da maior parte desses documentos, salvo casos específicos analisados em tribunais nacionais (VIEIRA, 2015). Na existência de um conflito de normas entre eles, o tribunal internacional a analisar o caso estaria agindo de primeira mão em sua interpretação. Esses documentos servem para os Estados como modelos de orientação, sugestões a serem seguidas, agendas a serem traçadas, mas nunca como obrigações a serem cumpridas – daí sua natureza de *soft law*.

A urgência da temática "água doce", em âmbito doméstico, regional e internacional, reclama que seja tratada em todos os mais distintos fóruns, dando-se a ela a devida prioridade que o tema merece, uma vez que o acesso à água é hoje consagrado um direito humano universal. Nesse sentido, uma interação conflitual entre o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional merece uma devida atenção.

3. Uma interação conflitual

Algumas pesquisas têm demonstrado que não há, até o momento, litígios internacionais, no âmbito da OMC ou de outros organismos regionais de integração comercial, que envolvam o comércio internacional de água (VIEIRA, 2016a; 2016b). Falar de uma interação conflitual entre o regime da água e o Regime do Comércio Internacional é antecipar-se a possíveis futuros conflitos, bem como construir, antecipadamente, diretrizes que poderão conduzir a uma interação entre esses dois regimes.

Essa construção pode servir, inclusive, para orientar a interação entre outros regimes ainda em consolidação, sempre que questões ambientais estejam envolvidas. Serão, pois, levantadas aqui duas interações conflituais específicas. A primeira será entre o GATT e o regime da água; a segunda, entre o GATS e o regime da água.

3.1. O GATT e sua aplicação à água

O GATT, em seu Art. I, estabelece o princípio reconhecido como o princípio da isonomia entre os países membros, também chamado de *most favored nation clause* (a "cláusula" da "nação

mais favorecida"). Em seu texto, o Art. I traz a abrangência do GATT, onde se lê que a aplicação do acordo se estende a "qualquer produto" originado de" ou "destinado a" um país signatário. No texto original:

> [...] *Any advantage, favor, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.*[7] (grifo nosso)

Por sua vez, o Art. XI do GATT impõe proibições a restrições quantitativas ou leis limitativas de importação de qualquer produto. Em seu parágrafo 1º, lê-se, conforme o texto original, que:

> *No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.*[8] (grifo nosso)

Um questionamento que se coloca é se a água está abrangida pelo GATT, como um produto nos termos dos Arts. I e XI. As exceções às regras dispostas nesses dois artigos são estabelecidas em seus parágrafos integrantes. Não se lê, contudo, em nenhum deles, norma que especificamente se refira à água.

O texto do Art. I, em seu *caput*, não traz exceções. Em uma leitura dos parágrafos seguintes, nos quais algumas exceções são feitas, nenhuma delas se refere especificamente a um produto, mas são exceções relativas a integrações regionais diversas, conforme listadas nos anexos A, B, C, D, E e F do Acordo.

Por sua vez, as exceções apontadas no Art. XI referem-se muito mais a questões de aplicação de políticas públicas do que a um "bem" de forma específica e são todas circunstanciais,

• • •

7 "Qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedido a qualquer parte contratante para produto originado ou destinado a qualquer outro país será acordado imediatamente e incondicionalmente ao produto semelhante originado ou destinado ao território de todos os países signatários."

8 "Nenhuma proibição ou restrição, que não sejam impostos, taxas ou outros encargos, ainda que efetivados através de quotas, licenças de importação e exportação ou outras medidas, deverão ser instituídas ou mantidas por outra parte contratante na importação de qualquer produto do território de qualquer parte contratante ou na exportação ou venda para exportação de qualquer produto destinado ao território de qualquer outra parte contratante."

a exemplo de seu parágrafo 2º, no qual se lê que as restrições podem ser aplicadas em caráter temporário e em períodos de *shortage*.

Resta, contudo, uma dúvida: teria a água natureza jurídica de "produto" ou "bem" nos termos do GATT? Se se puder excluir sua natureza enquanto "produto" ou "bem", poder-se-ia dizer que o GATT não se aplica à água *in natura*. Weiss (2005, p. 69) argumenta que um produto é aquilo que é produzido a partir de métodos naturais, químicos ou industriais – água *in natura* e *in bulk* não seriam, portanto, produtos. No entanto, há pouca diferença entre a água e o petróleo bruto nesses termos, sendo que o último tem sido, sim, negociado como um produto no mercado internacional.

Ao contrário, não se questiona a natureza do petróleo bruto como "produto", mas excluise sua comercialização do âmbito da OMC, principalmente por razões históricas e políticas, uma vez que muitos dos países negociadores do petróleo, membros da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), não são signatários do GATT e, por uma razão de especificidade, aquela é a organização internacional própria para essas discussões (SMITH, 2009, p. 3). O mesmo não se pode dizer da água. Não há fórum específico para suas negociações.

Weiss (2005, p. 85) sugere três soluções para lidar com esse problema: 1) emendar o GATT para, de forma explícita, nos termos de seu Art. XX, excluir-se a água; 2) aplicar-se exceções específicas relativas à água *in bulk*, dentro de artigos como os Arts. I e o XI; e 3) interpretar, de forma autorizada,[9] o GATT de maneira a se excluir água *in bulk*.

A terceira opção foi tomada no âmbito do *North American Free Trade Agreement* (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio – NAFTA), em 1993, quando uma recomendação interpretativa excluiu água *in natura* da abrangência daquele acordo, salvo quando, já com valor agregado (ex.: água engarrafada), já tenha se tornado uma mercadoria ou produto. Está escrito no texto dessa recomendação que:

> *Unless water in any form has entered into commerce and become a good or product, it is not covered by the provisions of any trade agreement including the NAFTA and nothing in the NAFTA would oblige any NAFTA Party to either exploit its water for commercial use, or to begin exporting water in any form.Water in its natural state in lakes, rivers, reservoirs, aquifers, water basins and the like is not a good or product, is not traded, and therefore is not and never has been subject to the terms of any trade agreement.*[10]

• • •

9 Uma interpretação autorizada do GATT é feita, nos termos do Acordo de Marrakesh que criou a OMC (Art. IX.2), por meio das Conferências Ministeriais e do Conselho Geral, tendo efeito *erga omnes*, o que não exclui a capacidade ativa dos membros de buscar esclarecimentos diretos aos painéis e órgão de apelação. Neste caso, as recomendações, tanto dos painéis como do órgão de apelação, têm efeito inter partes.

10 A menos que a água, em qualquer forma, tenha entrado em comércio e se torne uma mercadoria ou produto, não está coberta pelas previsões de qualquer tratado, incluindo o NAFTA, e nada no NAFTA obrigaria qualquer Estado Parte a explorar sua água para usos comerciais ou a começar a exportá-la em qualquer de

Smith (2009, p. 5) advoga a favor de outra posição. Entende ser desnecessária a aplicação de qualquer dessas soluções, pois se aplicaria diretamente à questão o *public ownership consensus.*[11] Uma vez que, segundo constata, a grande maioria de países no mundo considera a água um "bem público" e, como tal, não estaria sujeita ao GATT. Essa sujeição se daria apenas se o próprio Estado decidisse retirar da água a natureza de "recurso natural" e tratá-la como "produto", no âmbito de sua soberania legislativa. Assim, entende que a água, em qualquer de suas apresentações (*in bulk* ou não), pertenceria a esse grupo de "recursos naturais" e, como tais, não haveria aplicação do GATT. Contudo, como bem coloca o próprio autor, o GATT se aplica à maioria de "recursos naturais" e esse, por si só, seria um argumento fraco para a exclusão da água.

Por outro lado, Smith (2009) também lembra que, quando se aborda a questão "recursos naturais", cai-se no problema de conceituação sobre o que vem a ser essa expressão. Não há consenso. Os diferentes Estados determinam sua soberania sobre suas "águas", por vezes sobre "a água" e, por vezes, sobre "as fontes de água". Nesse sentido, não há também tratamento internacional comum.

Em quase todos os sistemas legais, quando se aborda o "direito à água", trata-se do direito ao "uso da água" e não à "propriedade da água" e, como tal, segundo Smith (2009), não se poderia falar em "produto". Esse seu argumento, ainda que prevalecesse para o GATT, não teria como prevalecer, contudo, no âmbito do GATS, como se verá adiante, uma vez que existe a possibilidade de os "serviços" de água serem negociados e amparados dentro dos mecanismos da OMC sempre que não forem serviços prestados no âmbito exclusivo de autoridades públicas. Smith (2009, p. 6), então, argumenta a natureza "especial" da água, como um bem essencial tanto quanto o ar. Por "especial", entende a sua "necessidade" e "infungibilidade". E é nessa "especialidade" conjugada com sua defesa de *public ownership consensus* que ele se apoia, substancialmente, para dizer que a água está excluída do âmbito do GATT.

Em uma pesquisa comparada de sistemas legais, Caponera (2007), conclui que:

1) o Direito Romano considerava toda água fluente como *res comunis omnium*, e conferia título apenas às instituições públicas, tais como municipalidades, para conceder o seu uso a outros (apenas pequenas porções de água – a exemplo de águas subterrâneas extraídas em poços e pequenos lagos dentro de propriedades privadas – eram consideradas particulares);

• • •

suas formas. Água, em sua forma natural, em lagos, rios reservatórios, aquíferos, bacias hidrográficas e outras formas naturais não é uma mercadoria ou um produto, não é comercializável e, portanto, não é e nunca foi sujeita aos termos de qualquer acordo comercial (tradução livre). (Ver NAFTA 1993 Statement by the Governments of Canada, Mexico, and the United States. In: *Parliamentary Information and Research Service,* Library of Parliament, Ottawa, 9 January 2003). Disponível em: <http://www.parl.gc.ca/content/LOP/ResearchPublications/prb0213-e.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

11 Consenso sobre ser o bem de propriedade pública.

2) o Código de Napoleão, que passou a ser aplicado a quase toda a Europa e terras conquistadas, fazia uma categorização: águas privadas (aquelas que estivessem dentro, subterrâneas ou ao longo de uma propriedade privada) e águas públicas (as navegáveis);

3) a *common law*, em sua versão britânica original, manteve a posição de bem comum de todos à água, exceção feita à propriedade privada de água recolhida da chuva e de água subterrânea durante a posse do imóvel;

4) a Constituição do Estado Soviético estabeleceu que as águas são do Estado;

5) o Direito Islâmico também trata a água como bem público, havendo, nesse sentido, assertivas de Maomé, em distintas partes do Alcorão, excetuando apenas águas de poços dentro de propriedades privadas, o que influenciou o direito em todos os países de maioria islâmica da África e do Oriente Médio;

6) os sistemas de origem otomana afirmam o "direito comunitário" a todas as águas, inclusive às águas subterrâneas capturadas em poços;

7) o direito norte-americano é bastante diversificado nesse sentido, afirmando-se, no lado oriental dos Estados Unidos, a natureza de bem público a quase todas as águas superficiais e subterrâneas e, em seu lado ocidental, a doutrina do título conferido àquele que primeiro apropriar-se do bem (*riparian doctrine*);

8) nos países latino-americanos, há um consenso quanto à natureza de bem público das águas, variando apenas quanto ao seu pertencimento à União ou aos estados/províncias federados, como é o caso do Brasil;

9) na China, todas as fontes de água são propriedades do Estado; e

10) a Constituição indiana confere o título de propriedade da água aos seus Estados federados.

Um estudo realizado pela *Food and Agriculture Organization* (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura – FAO), publicado em 2009, apresentou relatório no qual indica que 44 países consideram a água um bem público ou bem comum ou bem comunitário, o que, em suma, significaria o mesmo para essas três expressões.[12] Em 2002, a França,

12 UN-FAO, Water Law and Standards. Disponível em: <http://www.waterlawandstandards.org>. Acesso em: 3 jul. 2016.

que historicamente tem tradição de propriedade privada da água, declarou, por lei, que a água é um bem comum da nação, sendo que qualquer tipo de água só estaria sujeita ao "direito de uso" e não mais ao "direito de propriedade". A maioria dos países europeus trazem, hoje, essa abordagem da água como "bem público" (BARRAQUÉ, 1995).

Em uma interpretação do Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, na qual princípios gerais de direito são considerados fontes de direito internacional, conjuntamente com tratados internacionais e costumes internacionais, Smith (2009, p. 14) entende que o *public ownership consensus* pode ser considerado um princípio de direito internacional, ainda que considerado em diferentes perspectivas (bem comum, bem comunitário, bem público, bem estatal etc.), uma vez que a grande maioria dos países desconsidera a propriedade privada da água, aceitando-a excepcionalmente.

Em 1969, a Corte Internacional de Justiça entendeu que se considera um princípio geral de direito internacional um princípio estabelecido, amplamente divulgado e de prática consistente entre os Estados, que é reconhecido como sendo obrigatório por regra de direito que o exige[13]. Para Smith (2009), pode-se considerar o *public ownership consensus* um princípio de Direito Internacional no tocante à água, cuja natureza, de acordo com ele, é reforçada pela consideração que se faz, atualmente, do direito humano à água.

Entretanto, a defesa do direito humano à água não necessariamente engloba a natureza pública do bem água (VIEIRA, 2016a; 2016b). São coisas distintas e mediante um sistema misto (que considere a água pública em algumas circunstâncias e privada em outras), ainda é perfeitamente possível defender-se o direito humano à água. Ademais, não existe uma obrigatoriedade quanto à consideração da natureza pública da água. Existe, sim, uma margem alargada de *policy space*[14] deixada aos Estados para assim o considerarem e, por estar mais em consonância com a legislação de uma parte significativa dos Estados, a determinação pública da água tem prevalecido. Em momento algum, poder-se-ia considerar uma "quebra" de princípio geral de direito a aplicação por um Estado de regime privado à água.

Ademais, a discussão se dá até aqui em torno do regime aplicável à água *in natura*. Contudo, a mesma discussão não pode ser levantada para a água engarrafada e comercializada mundialmente. A partir do momento em que se coloca água mineral ou potável em uma garrafa, há um processo de industrialização e não há qualquer dúvida quanto a ser essa água um produto, nos termos do GATT. Não se pode olvidar toda uma preocupação relacionada aos impactos ambientais provocados nas regiões de extração dessa água.

No sistema padronizado para comércio mundial (*World Custom Organization's Harmonized Commodity Description and Coding System* - HS), a água é tabelada sob o código 22.01, que inclui

13 North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den.), 1969 I.C.J. 44 (Feb. 20).

14 *Policy space* é uma expressão que tem sido entendida como discricionariedade para adotar políticas públicas.

"waters, including natural or artificial, mineral and aerated waters, not containing added sugar or other sweetening matter or flavored; ice and snow".[15] Essa padronização, em si, já leva ao entendimento de que a água pode, sim, ser tratada como mercadoria em diversas situações. E, por haver essa possibilidade, não se deve excluir a aplicação do Art. XX do GATT. No texto desse artigo, lê-se:

> Artigo XX
> Exceções Gerais
> Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas:
> I. a) necessárias à proteção da moralidade pública;
> b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e á preservação dos vegetais;
> [...];
> g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais; [...].

O Art. XX compreende as exceções gerais. Ou seja, as medidas nele elencadas, dentro dos parâmetros previstos em seu *caput*, podem ser adotadas ainda que firam princípios tais como o da Nação Mais Favorecida (Art. I do GATT), Tratamento Nacional (Art. III) ou proibição de leis que vedem a importação ou coloquem quotas à importação (Art. XI).

Outra polêmica situação que envolve a água e sua comercialização é a questão da água virtual. Por água virtual, compreende-se, segundo conceito desenvolvido pelas ciências econômicas, o volume de água necessária para produzir uma *commodity*, virtualmente, portanto, incorporada a esta (HOEKSTRA et al., 2011). Outra expressão utilizada pelas ciências econômicas é *water footprint* (pegada da água) para também significar a quantidade de água utilizada no processo produtivo de uma dada mercadoria (VIEIRA, 2015; 2016c). Essa expressão foi desenvolvida, em 2002, por Hoekstra et al. (2011) e tem sido divulgada pela *Water Footprint Network* (WFN),[16] que entende ser o conceito de *water footprint* mais amplo que o conceito de *virtual water*, incorporando, por exemplo, o uso da água pelo consumidor

15 "Águas, incluindo naturais ou artificiais, minerais ou gasosas, não contendo adição de açúcar ou outro adoçante ou sabor; gelo e neve" (tradução livre).

16 Informação disponível em: <http://www.waterfootprint.org/?page=files/home>. Acesso em: 14 ago. 2018.

– *the consumer's water footprint* (medido pelas mercadorias e serviços por ele consumidas), o uso da água pelo produtor – *the producer's water footprint* (negócios, manufatura, provisão de serviços) e, também, a quantidade de água usada para produzir uma dada mercadoria ou serviço – *the good's or service's footprint*, que, neste caso, coincide com o conceito de água virtual.

A Econometria desenvolveu uma fórmula para o cálculo de água virtual exportada, cuja equação, de maneira genericamente compreendida, resume o montante de comércio internacional de um determinado produto multiplicado pela quantidade de água usada em sua produção (CHAPAGAIN; HOEKSTRA, 2008). Os dados levantados pelos pesquisadores nessa área têm mostrado que há uma crescente interdependência econômica contemporânea entre os países, que é medida pelo consumo de água virtual (VIEIRA, 2016b; 2016c).

Assim, os países carentes em água deixarão de produzir as mercadorias que demandam muita água em sua produção, como por exemplo, os produtos agrícolas (CHAPAGAIN; HOEKSTRA, 2008; VIEIRA, 2016b; 2016c). Para suprir a demanda, passarão a importar esses produtos de países cuja abundância de recursos hídricos lhes permitem ser grandes exportadores de água virtual, ou seja, de produtos que demandam expressivo volume de água em sua produção. A água virtual passa a ser uma "fonte alternativa" de água (VIEIRA, 2016b, p. 32). A indústria e a agricultura utilizam enormes quantidades de água em seus processos produtivos. São, de fato, hoje, as maiores consumidoras de água do planeta. Todos os produtos utilizados nesses processos são cobertos ou pelo GATT ou pelo Acordo sobre Agricultura. Não se descarta uma preocupação ambiental em torno da comercialização da água virtual (VIEIRA, 2016b; 2016c).

Nessas três situações (água *in natura*, água engarrafada e água virtual) afirma-se, aqui, que um Estado da OMC pode, sim, reclamar a aplicação direta do GATT e de outros acordos da OMC que se mostrarem aplicáveis. Não se defende aqui a aplicação desses acordos por uma razão mercantilista. Ao contrário: aponta-se, dentro do GATT e de todos os acordos da OMC, as chamadas exceções ambientais (Art. XX) e se advoga no sentido de que, quando aplicáveis, a defesa da água e a margem de *policy space* dos Estados que quiserem defender o seu meio ambiente deve prevalecer sobre os interesses comerciais. Para essa defesa, compreende-se a aplicação do GATT e de seu Art. XX pelos painéis e órgão de apelação (VIEIRA, 2014).

Ademais, um tratado deve ser interpretado à luz de seu preâmbulo, conforme a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados (Art. 31, parágrafo 2º). O preâmbulo do Acordo de Marrakesh, criador da OMC e guarda-chuva de todos os tratados que lhe são anexos, inclusive o GATT e o GATS, conclama seus Estados membros a atenderem princípios de sustentabilidade de acordo com o objetivo de um desenvolvimento sustentável, ainda que tal compreensão esteja em construção no âmbito dos painéis e órgão de apelação da OMC. Não obstante, desde 1995, o Comitê de Comércio e Meio Ambiente da OMC tem dado propulsão à integração desses valores no âmbito multilateral e tem servido

para advogar mudanças de perspectivas em litígios e em negociações multilaterais, plurilaterais e bilaterais.[17]

Em uma situação de ter o Estado um regime predominantemente público de propriedade da água, fica mais fácil a defesa da exclusão do GATT nos casos de água *in natura*, porque a água pública será produto "fora do comércio". Contudo, não se pode dizer o mesmo de um regime misto, como é o caso dos Estados Unidos e da Espanha. Porém, mesmo nos países de regime totalmente público, as questões relacionadas à água engarrafada e à água virtual não podem ser olvidadas. Ademais, se um Estado membro da OMC decidir levar suas negociações em torno da questão da água aos painéis e órgão de apelação, independentemente do regime que adotar, e houver aceitação plena por parte do Estado requisitado, não há nada no GATT que impeça essa negociação de ser analisada sob o prisma desse acordo e de ser arbitrada pelo sistema de solução de controvérsias da OMC. A discricionariedade dos Estados permanece, sendo respaldada pelo princípio do *single undertaking*, salvo exceções expressamente previstas nos textos dos tratados da OMC.

Se um país rico em água colocasse uma barreira ou quota à exportação *de bulk water* por razões ambientais, nada impediria essa medida de ser confrontada nos painéis da OMC como uma medida restritiva ao comércio internacional, nos termos do Art. XI do GATT (BARLOW; CLARKE, 2002, p. 165). Entende-se, contudo, ser perfeitamente possível acomodar a defesa dessa medida no Art. XX, alíneas "b" e "g" desse acordo. Medidas de proteção da água são necessárias à proteção da vida e da saúde humana e animal ou vegetal e, em alguns casos específicos, trata-se de recurso natural exaurível, como no caso do uso de águas provenientes de aquíferos confinados (VILLAR, 2012).

Por outro lado, se um país, por razões ambientais, desejar impor uma restrição à importação de água *in bulk* ou de qualquer produto rico em água virtual, esbarraria na interpretação dada pelos Painéis e Órgão de Apelação da OMC de que um produto não pode ser distinguido pela maneira como foi produzido, se isso não influenciar nas suas qualidades finais (Casos *US Tuna-Dolphin I*[18] e *US Shrimp*[19]). Por esse entendimento, produtos semelhantes têm de ser tratados de maneira igual, independente da forma como foram produzidos. Contudo, esse é um entendimento do órgão de solução de controvérsias que pode evoluir com uma nova interpretação do texto do GATT, em um diálogo de coerência com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ou seja, atendo-se ao seu objeto e finalidade, usando o significado simples das expressões do GATT dentro de seu contexto.

17 Ver WTO, Committee on Trade and Environment. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_e.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

18 United States. Restrictions on Imports of Tuna, DS21/R, 3 September 1991 (unadopted).

19 United States, Import prohibition of certain shrimp and shrimp products. Malaysia and others v. EUA, AB Report, WT/DS58/AB/RW, DSR 2001.

Ao se partir de uma construção dinâmica do direito do comércio internacional, o Regime Internacional da Água Doce dialogaria com o GATT de maneira a lhe proporcionar a noção de sustentabilidade para a água e a necessidade de proteção desta em uma esfera transfronteiriça, como toda proteção ambiental. Os trabalhos do Comitê de Comércio e Meio Ambiente da OMC advogam nesse sentido, conforme supramencionado. Na ausência de casos concretos para analisar tal conflito, propõe-se uma interpretação com base no preâmbulo do *Marrakesh Agreement* que, indisputavelmente, traz a orientação do desenvolvimento sustentável para reger todas as transações comerciais da OMC, bem como no já incorporado diálogo que tem feito o órgão de apelação na introdução de acordos ambientais para interpretar as normas comerciais da OMC, a exemplo das decisões dos Casos *US Shrimp*, *EC Asbestos*[20] e *Brazil Retreated Tyres*[21]).

De acordo com o preâmbulo do Acordo de Marrakesh,

> As Partes no presente Acordo:
> Reconhecendo que as suas relações no domínio comercial e econômico deveriam ser orientadas tendo em vista a melhoria dos níveis de vida, a realização do pleno emprego e um aumento acentuado e constante dos rendimentos reais e da procura efetiva, bem como o desenvolvimento da produção e do comércio de mercadorias e serviços, permitindo simultaneamente otimizar a utilização dos recursos mundiais em consonância com o objetivo de um desenvolvimento sustentável que procure proteger e preservar o meio ambiente e aperfeiçoar os meios para atingir esses objetivos de um modo compatível com as respectivas necessidades e preocupações a diferentes níveis de desenvolvimento econômico; [...].

O GATT, em seu Art. XX, alíneas "b" e "g" ("Medidas necessárias à proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal" e "Medidas relacionadas a recursos naturais exauríveis"), pode ser usado para reclamar, em âmbito internacional, o direito à água. Trata-se de visualizar a coerência sistemática do Direito Internacional e de não enxergar os distintos regimes como autossuficientes (VIEIRA, 2015). A água seria enquadrada como o bem ambiental que é, ao contrário de algumas preocupações que colocam a aplicação do GATT à água como sendo um obstáculo à defesa desse bem como um direito. A noção de desenvolvimento sustentável já foi incorporada pelos mais distintos tratados, inclusive os tratados da OMC, conforme afirmação do preâmbulo do Acordo de Marrakesh e, como tal, deve ser utilizado na interpretação dos casos que forem trazidos à apreciação do órgão de solução de controvérsias.

20 European Communities, Measures affecting asbestos and asbestos-containing products, Canada V. EC, WT/DS135/R, 5 April 2001.

21 Brazil, Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, European Union V. Brazil, WT/DS332/R, 3 December 2007.

3.2. O GATS e a liberalização do comércio de serviços de água e saneamento básico

Em uma interação entre o GATS e o Regime Internacional da Água Doce, dentro de um questionamento de interpretação das normas, o ponto central seria até quanto o GATS pode ser aplicado à liberalização do comércio de serviços de água e saneamento básico. Nas negociações sobre o comércio de serviços, no âmbito do GATS, um dos principais alvos foi o serviço de saneamento básico. Por saneamento, compreende-se desde o processo de captação e tratamento até o processo de distribuição de água e tratamento residual. Nesse setor, há seis tipos de participação privada, a saber: contratos de serviços, contratos de gerenciamento público, contratos de *leasing*, contratos *build-operate-transfer*, concessão de serviços e privatização.

Os contratos de serviço, de menor duração (cerca de 1-2 anos), têm propriedade, operação e manutenção, investimento e risco públicos. Nos contratos de gerenciamento público (com duração média de 3-5 anos), apenas a operação e manutenção do serviço são privadas; os demais, a saber, propriedade, investimento e risco, permanecem públicos. Nos contratos de *leasing*, com duração de 8-15 anos, a propriedade e o investimento são públicos, a operação e manutenção são privadas e o risco é compartilhado entre o público e o privado. Nos contratos *build-operate-transfer*, a operação e manutenção, o investimento e o risco são privados, enquanto a propriedade é compartilhada. Nos contratos de concessão de serviços, são privados a operação e a manutenção, o investimento e o risco, enquanto que a propriedade permanece pública. Na privatização, a propriedade pode ser inteiramente privada ou público-privada, mas a operação e manutenção, o investimento e o risco são totalmente privados (MIRANDOLA; SAMPAIO, 2008, p. 183).

O Art. XIII do GATS prescreve que as licitações públicas de serviços não estão sujeitas às obrigações de acesso a mercado (Art. XVI) ou tratamento nacional (Art. XVII), nem à obrigação da cláusula da nação mais favorecida (MFN, do inglês, *most favored nation*) (Art. II). Essa limitação pode influenciar diretamente os serviços ambientais, principalmente no tocante aos setores de infraestrutura (como abastecimento de água, saneamento básico e tratamento de esgoto). Assim é que, se uma parceria público-privada (PPP) for enquadrada dentro de um processo licitatório (*public procurement*), aplicar-se-ia o Art. XIII do GATS. Contudo, a variedade de contratos que podem ser formados sob a denominação de PPP faz com que essa inclusão no Art. XIII não seja algo tão pacífico assim. Dessa forma, contratos de concessão poderiam não ser considerados *public procurement* para efeito de aplicação dessa cláusula. O contrato público-privado deve, por isso, ser analisado caso a caso (COSSY, 2011, p. 252).

Os que defendem a liberalização do subsetor de abastecimento e saneamento básico, em geral, levantam três bandeiras: 1) o mercado sabe precificar; 2) há sérios problemas de captura e corrupção no serviço público; 3) nos países em desenvolvimento, há falta de recursos públicos para investimento (MIRANDOLA; SAMPAIO, 2008, p. 185).

Quanto à primeira defesa, tem-se que as empresas privadas compram diretamente do mercado o necessário para suas instalações e operações. Por sua vez, os consumidores, de acordo

com suas necessidades, adquirem o serviço final ofertado. Dessa forma, pelo menos teoricamente, o preço do serviço será indicado pela própria sociedade, havendo, assim, uma sinalização dos consumidores aos produtores do *quantum* de serviço que necessitam consumir. Em estudos que apresentam uma sequência de casos acerca da privatização do setor de abastecimento e saneamento básico de diversos países, identifica-se que o preço nem sempre é ditado de acordo com a necessidade do consumidor, mesmo em locais nos quais a regulação do setor se deu de maneira prévia e planejada, como foi o caso da Inglaterra (VIEIRA, 2016b; 2016c).

Quanto à segunda bandeira em prol da liberalização, é verdade que, em uma grande parte dos países em desenvolvimento, principalmente nos continentes africano e sul-americano, os governantes têm rotineiramente adotado uma política corrupta, na qual os interesses privados sobressaem-se em detrimento dos interesses públicos. Contudo, trata-se muito mais de questão cultural arraigada do que de política econômica propriamente dita.[22] Nada impediria que, nesses países, um setor de abastecimento e saneamento básico privado fosse acometido dessas mesmas manchas da administração pública.

Em relação à terceira bandeira levantada, talvez seja a que, de fato, proporcione a maior motivação para a privatização do setor em muitos dos países em desenvolvimento. Contudo, não pode ser feita de forma aleatória e sem planejamento e regulação prévia. Uma política de privatização do setor de abastecimento e saneamento básico bem-sucedida é a do Chile (VIEIRA, 2016b, p. 277). Nesse país, uma política de subvenção planejada, conjugada com uma regulação prévia minuciosa e regionalizada, foi o segredo do sucesso da liberalização desse serviço essencial.

Contudo, não se pode deixar de levantar a preocupação com a fragilidade de um sistema altamente subvencionado em um país em desenvolvimento, como é o caso do sistema chileno. No caso da França, onde os serviços de abastecimento de água são privados desde o século XIX, tem havido movimentos recentes para a publicização desses serviços em cidades específicas, a exemplo de Grenoble, em 2005, e Paris, em 2010, que tomaram para a municipalidade o gerenciamento desses serviços (VIEIRA, 2016a, p. 75; 2016b). Em Portugal e Espanha, os serviços privados de abastecimento de água e saneamento básico também têm gerado forte insatisfação entre consumidores (BARLOW; CLARKE, 2002). No Uruguai, na Bolívia e na Argentina, a privatização desses serviços gerou levantes públicos e desde mudanças constitucionais, como no caso do Uruguai, até polêmicas arbitragens no âmbito do Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), como no caso da Argentina e da Bolívia, foram verificadas (VIEIRA, 2016a, p. 79; 2016b).

Por outro lado, alguns fatores somam contra a privatização dos serviços de água. Mirandola e Sampaio (2008, p. 187) apontam os seguintes: 1) o investimento atraído pode ser insuficiente (com pouco investimento, a qualidade do serviço cai e o preço aumenta, uma vez que, sendo

22 A corrupção na América Latina é bem discutida como cultura em: GALEANO, E. *As veias abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

investimento de alto risco, o setor privado quer recuperar o que gastou o mais rápido possível); 2) na inexistência de metas de universalização do serviço previamente implantadas, a privatização seria um fiasco (deve haver, portanto, investimentos em localidades que não seriam economicamente rentáveis e isso deve ser acordado contratualmente); 3) o preço de acesso aos serviços deve ser adequado com a renda média da população que os consumirá (o que, na maioria das vezes, não é de interesse do setor privado, devendo ser viabilizado mediante política de subsídios cruzados ou mesmo de subsídios diretos).

Vários países, principalmente na América Latina, a exemplo da Argentina e da Bolívia, e na África, a exemplo da África do Sul, enfrentaram exatamente esses problemas com a implantação de políticas de privatização dos serviços de água (VIEIRA, 2016a; 2016b).

No geral, independentemente de serem públicos ou privados, os serviços de água requerem regulamentação que considere o planejamento do uso da terra para proteger as fontes de água, estudos de impactos ambientais, medidas para promover a eficiência dos serviços de água, bem como a redução do seu uso, além de medidas para consumo sustentável de energia nos projetos de gerenciamento de águas (SWENARCHUK, 2004, p. 4).

Não se pode esquecer, contudo, da flexibilização deixada no texto do GATS, principalmente no tocante às negociações de serviços. Uma interação entre o regime da água com o regime do comércio internacional de serviços deve levar em conta essa flexibilização também em um momento de interpretação das normas.

4. Uma interação relacional

Uma interação entre regimes, como bem lembram Young (2012) e Dunoff (2012), pode ocorrer em momentos fora dos órgãos de solução de controvérsias ou fora das situações de conflito. Contemporaneamente, apontar uma interação entre regimes somente quando há litígios ou possibilidade de conflitos é tratar o problema apenas com paliativos. Paliativos são necessários, mas medidas preventivas têm maior sustentabilidade nas relações internacionais.

Conforme estudo publicado, apoiado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) (WOLF; YOFFE; GIORDANO, 2003, p. 2), bacias hidrográficas internacionais que têm tratados de cooperação assinados entre os países envolvidos são potencialmente menos conflituosas do que as bacias que não têm tratados que as regulamentem. Ainda que esse estudo tenha identificado a precariedade desses tratados existentes, bem como o pouco número deles em relação ao número de bacias hidrográficas internacionais, é fato que a existência do tratado, *per si*, impulsiona uma maior cooperação internacional. Assim, uma interação que ocorra no momento de construção da norma, de sua implementação e, posteriormente, de sua execução, mas previamente à formação do conflito, pode ser consideravelmente mais sustentável. Uma teoria acerca de interação entre regimes que se concentrar apenas no caso paradigmático de conflitos de normas perante tribunais é não inclusiva (YOUNG, 2012, p. 90).

Young (2012, p. 90) desenvolveu um estudo sobre a interação do que denomina *fisheries regime*, o qual será nominado, neste estudo, de "regime da pesca". Em suas análises, conclui que uma interação entre regimes deve ocorrer também durante o processo de criar, de implementar e de executar o Direito Internacional. Tudo isso envolve mais do que questões técnicas de mandato ou coordenação. Enquanto a literatura sobre fragmentação tem se concentrado fortemente na solução para normas em conflito, um estudo mais acurado acerca de interação entre regimes deve incorporar vários estágios de desenvolvimento jurídico da norma e sua aplicação. Para fazê-lo, é necessário adotar uma nova perspectiva da própria natureza do Direito Internacional, que requer uma compreensão mais apurada das práticas entre os Estados, das negociações multilaterais, dos desenvolvimentos institucionais, além das funções judiciais.

Dunoff (2012, p. 151) critica as análises acadêmicas sobre interação entre regimes baseadas somente em solução de conflitos em cortes e tribunais. Entende que o maior problema é que pesquisas acadêmicas que se baseiam em esforços judiciais para lidar com interação entre regimes podem levar a conclusões inadequadas porque pressupõem um modelo parcial e inadequado. Tribunais internacionais podem agir apenas de maneira limitada em relação à solução de conflitos, não apenas por causa da precariedade na execução de suas decisões, como também por não haver regras padrão consolidadas de interação entre regimes a serem neles aplicadas. O ativismo judicial tem deixado de lado, muitas vezes, regras consolidadas de interpretação de tratados (VIEIRA, 2012).

A maior parte de interação entre regimes ocorre em relacionamentos cotidianos entre seus atores e instituições, fora dos tribunais, incluindo o trabalho regulatório, administrativo, operacional e conceitual. Dunoff (2012, p. 151) chama essa relação entre regimes de "interação relacional". Apesar de Dunoff preferir ver a questão dos regimes como se cada regime fosse "independente" – posição contrária à defendida neste presente estudo, no qual se levanta a necessidade de uma coerência sistemática –, utilizam-se aqui os modelos oferecidos pelo autor para melhor compreender esse tipo de interação não judicial de regimes internacionais. Dunoff oferece os modelos de interação regulatória e administrativa, operacional e conceitual.

O primeiro tipo de interação sugerido por Dunoff é a regulatória e administrativa. Os tratados continuam sendo as principais normas internacionais. Contudo, não são as únicas. Há várias normas em forma de regulação, dentro ou entre o âmbito administrativo de diversas instituições, que se tornam criadoras de regras e padrões de aplicação geral. Essa atividade tem sido chamada de "direito administrativo global" ou de "direito administrativo internacional" (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2005).

Dunoff (2012, p. 152) traz o exemplo de interação regulatória e administrativa na área de substâncias perigosas, com a formação, inclusive, de uma organização internacional para lidar com produtos químicos (*Inter-Organization for the Sound Management of Chemicals* – IOMC), que conjuga esforços de diferentes atores, tais como a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a FAO, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente

(PNUMA), o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD), o Banco Mundial, entre outros. Todos esses atores encontram-se bienalmente e seu esforço conjunto tem produzido regulamentação na área de produtos químicos de grande importância. A IOMC está engajada em alguns projetos de amplitude mundial, dentre eles o projeto para padronização e classificação de produtos químicos e pesticidas, inclusive com a utilização de "selos".

Outro bom exemplo é a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs *Convention*), que entrou em vigor em 2004, e que proíbe o uso de certos pesticidas e produtos químicos que causam "acumulação biológica" (*bioaccumulation*). Nas negociações desse tratado, muitos organismos ambientais advogaram a favor da proibição do uso do pesticida diclorodifeniltricloroetano (DDT). Muitos países em desenvolvimento e organismos de saúde pública advogaram a favor da manutenção do uso do DDT, por ser o único mecanismo eficiente contra a malária. A OMS respaldou esse clamor dos países em desenvolvimento e o uso do DDT foi mantido em razão do controle da malária e da falta de alternativas mais eficientes. Contudo, a POPs prevê que mudanças nas regras do uso do DDT deverão ser feitas de acordo com uma contínua interação entre todos esses organismos envolvidos e, principalmente, que o contínuo uso do DDT deverá obedecer às regras e orientações estabelecidas pela OMS (DUNOFF, 2012).

O segundo tipo de interação entre regimes sugerido por Dunoff (2012, p. 156) é a interação operacional. Um exemplo de interação operacional é a formação da Programa das Nações Unidas de combate à Aids (UNAIDS). Trata-se de uma operação conjunta – uma *joint venture* – entre distintos atores internacionais, dentre eles, o Banco Mundial, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a UNESCO, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e outros, que antes atuavam de maneira isolada. Com a criação do programa, passaram a ter uma interação conjunta, poupando recursos, esforços e agilizando procedimentos, pois as ações não são mais desnecessariamente duplicadas em fóruns distintos, mas concentram-se sob o âmbito da ONU. Cada um desses atores que formaram essa *joint venture* se incumbiu de trabalhar em uma área específica do combate à AIDS (planejamento, gerenciamento, prevenção, tratamento e monitoramento) potencializando, assim, os seus esforços conjuntos.

O *Global Environment Facility* também é um tipo de interação operacional formado pelo Banco Mundial, PNUMA e PNUD. A esses, em um esforço conjunto operacional, com divisão de atividades e áreas de atuação para promover medidas de proteção ambiental, juntaram-se à FAO e outras agências internacionais. Dunoff (2012, p. 157) menciona, inclusive, a promoção do Dia Mundial da Água, que foi um esforço conjunto entre PNUMA, UNICEF, FAO, UNESCO, OMS, UN-Habitat e outros, para sensibilizar a população mundial acerca dos problemas relacionados à água potável.

O terceiro tipo de interação relacional sugerido por Dunoff é a conceitual. Por interações conceituais, Dunoff (2012, p. 158) classifica o tipo de "relacionamento" entre regimes criador de conhecimento, criador de conceitos. Regimes são considerados uma estrutura conceitual – *a conceptual framework* – para entender parte do mundo social. Quando atores internacionais, dentro de um regime especifico, criam regras ou se envolvem em atividades operacionais e, ao

mesmo tempo, participam do processo criacionista de conceitos e conhecimento. Dessa maneira foram criados os conceitos de "desenvolvimento sustentável", "direito humano à água", "serviços ambientais", "bens ambientais", "proteção internacional aos refugiados", "globalização", "governança global" e tantos outros.

A OMC tem interagido com a OIT para chegarem a um conceito social da expressão "globalização" (DUNOFF, 2012, p. 160). Muita interação entre regimes tem ocorrido também dentro do Comitê de Meio Ambiente da OMC, de onde se espera sair uma definição consolidada de "bens ambientais" e "serviços ambientais" – expressões ainda em processo de construção dentro da OMC. Já o Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU tem continuamente proposto uma interação entre direitos humanos e meio ambiente. A defesa da proteção climática, por exemplo, promovida como uma defesa de direitos humanos, tem ganhado adeptos em razão de se "humanizar" suas reivindicações.

Koskenniemi (2012, p. 319), contudo, vê todas essas tentativas acerca de interação entre regime (conceitos, regulações, área administrativa e conflitual) como uma forma de afirmar a hegemonia de um regime sobre o outro. De acordo com seu entendimento, o problema é identificado na total ignorância de um regime em relação ao outro, cada qual firmemente empenhado em impor sua maneira de ver o mundo. Os regimes desenvolvem a partir de sua expansão informal, seu vocabulário próprio na academia e ocupam posição de dominação em suas estruturas dominantes de pensamento e ação, suas matrizes para a identificação de problemas e suas próprias regras para suas soluções. O caráter funcional dessas estruturas de autorregulação – tais como comércio internacional, direito ambiental e outras – não significa que trabalhem em prol de uma definição global do bem comum. Apenas referem-se às suas qualidades como produtores mecanizados de resultados que são internamente validados por hierarquias integradas de preferências – suas preconcepções estruturais, como se afirma Koskenniemi (2012, p. 319).

Em uma crítica exatamente a esse entendimento, Dunoff (2012, p. 162) postula que, no entender de Koskenniemi, as interações conceituais direcionadas a criar os regimes "híbridos" são mais bem compreendidos, em termos políticos, como uma luta pela influência. Contudo, o autor pondera que, enquanto interações conceituais entre regimes são indubitavelmente movidas por motivações políticas e instrumentais, muito mais do que isso está em jogo. As aberturas havidas na área de direitos humanos representam um novo caminho para se pensar a questão da mudança climática e uma nova estrutura para criticar ou justificar esforços internacionais nessa área. Os juristas de direitos humanos têm oferecido novas abordagens doutrinárias e operacionais para mudanças climáticas que focam no vulnerável e marginalizado. Em um nível mais fundamental, o regime dos direitos humanos tem procurado uma interação conceitual que se dá, contemporaneamente, em torno do significado negativo ou social de mudança climática.

O presente estudo tende a se posicionar a favor dessa exposição de Dunoff. O Direito não pode ser meramente analítico, mas deve ser o instrumento para a construção de normas que

representem as mudanças contemporâneas e que lhes tragam propostas para os seus distintos problemas considerados, ainda que tais propostas sejam apontadas como solução temporária para problemas contemporâneos específicos.

Quer-se, pois, aqui, propor a existência de interação relacional entre o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional, por entender que há urgência na temática e por concluir que há necessidade desse tipo de diálogo e interação. Assim, devem ser chamados para a construção das normas acerca da proteção e uso das águas doces, todos os atores interessados dos mais distintos regimes (isso inclui a UN-Water e o WWC), o que não pode excluir organizações internacionais, como o Banco Mundial, a OMC, o Fundo Monetário Internacional (FMI), a UNCTAD, o *International Trade Centre* (Centro de Comércio Internacional – ITC), entre outros, que não têm natureza específica de proteção das águas doces ou de proteção ambiental. Trata-se de trabalhar a governança – a boa governança – dos recursos hídricos e dos serviços de abastecimento e saneamento básico, construindo normas que sejam sustentáveis e legítimas, uma vez que, de sua construção, participaram os mais distintos atores da sociedade internacional.

Considerações conclusivas

Neste presente artigo, propôs-se uma interação entre o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional. Ficou demonstrado que essa é uma interação possível, sob uma análise conflitual e sob uma análise relacional, apesar das distintas naturezas e instituições desses dois regimes.

Sob uma análise conflitual, apesar de não haver litígios deflagrados envolvendo essas duas áreas, faz-se uma antecipação a possíveis litígios, discutindo a questão da água doce nos textos do GATT e do GATS.

Em três possibilidades de comércio de água identificadas – água *in natura*, água engarrafada e água virtual –, afirma-se, após apresentar posicionamentos contrários, que um Estado membro da OMC possa, sim, reclamar a aplicação direta do GATT e de outros acordos da OMC que se mostrarem aplicáveis à água. Não seriam aplicáveis, porém, à água *in bulk*. No entanto, não se defende a aplicação desses acordos por uma razão mercantilista. Ao contrário, aponta-se, dentro do GATT e de todos os acordos da OMC, as chamadas exceções ambientais e se advoga no sentido de que, quando aplicáveis, a defesa da água e a margem de *policy space* dos Estados que quiserem defender o seu meio ambiente deve prevalecer sobre os interesses comerciais. Para essa defesa, compreende-se a aplicação do GATT e de seu Art. XX pelos painéis e órgão de apelação. Ao adotar essa posição, entende-se que o Regime Internacional da Água Doce dialogaria com o GATT de maneira a lhe proporcionar a noção de sustentabilidade para a água e a necessidade de proteção desta em uma esfera transfronteiriça, como toda proteção ambiental.

Dentre as muitas bandeiras levantadas para a privatização dos serviços de água e saneamento básico, a que prepondera e se justifica é a falta de recursos públicos para atender as necessidades

da população. Independentemente de serem públicos ou privados, os serviços de água requerem regulamentação que considere o planejamento do uso da terra para proteger as fontes de água, estudos de impactos ambientais, medidas para promover a eficiência dos serviços de água, bem como a redução do seu uso, além de medidas para consumo sustentável de energia nos projetos de gerenciamento de águas. Entende-se que o texto do GATS é aplicável, sim, a esses serviços. Convém lembrar, porém, que o texto do GATS é bastante flexível e afirma que as licitações públicas de serviços não estão sujeitas às obrigações de acesso a mercado. Assim, uma interação entre o regime da água com o regime do comércio internacional de serviços deve levar em conta essa flexibilização também em um momento de interpretação das normas.

Contemporaneamente, afirma-se a possibilidade de uma interação relacional entre regimes. Uma interação que ocorra no momento de construção da norma, de sua implementação e, posteriormente, de sua execução, mas previamente à formação do conflito, pode ser consideravelmente mais sustentável. Neste estudo, afirma-se, por fim, a necessidade de serem chamados para a construção das normas acerca da proteção e uso das águas doces todos os atores interessados dos diferentes regimes, incluindo os do regime do comércio internacional, uma vez que o comércio internacional de água doce – enquanto produto ou enquanto serviço – não pode ter sua existência ignorada mesmo pelos ambientalistas mais cuidadosos.

Os serviços de abastecimento e saneamento básico e a crescente comoditização da água continuam fazendo parte das principais agendas que destacam planejamentos de políticas públicas no cenário doméstico e mundial. A recente onda de privatização dos serviços públicos para pagar contas de estados com déficit, como é o caso de alguns estados federados no Brasil, preocupa muito a todos que enfrentam o questionamento da polêmica discussão de conflito entre o comércio de água e o direito de acesso à água. Ao final, espera-se ver reconciliado esse conflito, conforme o diálogo aqui proposto, para que o acesso à água para todos seja um direito humano garantido em fóruns nacionais e internacionais.

REFERÊNCIAS

BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Blue gold*. The battle against corporate theft of the world`s water. London: Earthscan Publications, 2002.

BARRAQUÉ, Bernard. Politiques de l'eau em Europe. *Revue Française de Science Politique*, v. 45, n. 3, p. 420-453, 1995.

CAPONERA, Dante A. (2007). *Principles of water law and administration*, 2. ed, rev. e adapt. por M. Nanni, Taylor & Francis, London, 290 pp.

CHAPAGAIN, Ashok K.; HOEKSTRA, Arjen Y. The global component of freshwater demand and supply: an assessment of virtual water flows between nations as a result of trade in agricultural and industrial products. *Water International*, v. 33, n. 01, p. 19-32, March, 2008, p. 20.

COSSY, Mireille. Environmental services and the General Agreement on Trade in Services (GATS): Legal issues and negotiating stakes at the WTO. In: HERRMANN, C.; TERHECHTE, J. P. (eds.). *European Yearbook of International Economics Law* 2011. Berlin: Springer, 2011.

DUNOFF, Jeffrey L. A new approach to regime interaction. In: YOUNG, M. (org.) *Regime interaction in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 136.

HAAS, Ernest B. Words can hurt you; or, who said what to whom about regimes. In: KRASNER, Stephen D. (ed.) *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, p. 26.

HOEKSTRA, Arjen Y. CHAPAGAIN, Ashok K.; ALDAYA, Maite M.; MEKONNEN, Mesfin M. *The water footprint assessment manual* – Setting the global standard. London: Earthscan, 2011.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). *The Berlin rules on water resources*, 2004.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Um projeto filosófico (1795). Trad.: Artur Morão. Covilhã: Universidade de Beira Interior, 2008.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, n. 68, p. 1-377, 2005.

KOSKENNIEMI, Martin. *From apology to utopia*. The structure of international legal argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. Hegemonic regimes. In: YOUNG, M. (org.). *Regime interaction in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 305.

KRASNER, Stephen D. Structural causes ad regime consequences: regimes as intervening variables. In: _____ (ed.). *International regimes.* Ithaca: Cornell University Press, 1983, p. 1.

MIRANDOLA, Carlos Maurício S.; SAMPAIO, Luiza S. A universalização do direito à água. In: CELLI JUNIOR, Umberto; SAYEG, Fernanda (orgs.). *Comércio de serviços, OMC e Desenvolvimento*. São Paulo: IDCID,

2008, p. 172-205.

SMITH B. W., Water as a public good: The status of water under the general agreement on tariffs and trade. *Cardozo Journal of International and Comparative Law* (JICL), v. 17, n. 291, 2009.

SWENARCHUK, Michelle. GATS. *Water services and policy options.* Ensuring access to water and sanitation. The Trade Dimension. New York: ICTSD, 2004.

UNITED NATIONS. Report on the human right to water, *ESRC*, Genebra, E/C12/2002/11, 2002.

_____. General Assembly Resolution 10967, UN Doc A/64/L.63/REV.1, 2010.

VIEIRA, Andreia Costa. Comércio internacional e meio ambiente: diálogo das fontes ou fragmentação do direito internacional? In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em expansão*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2012, v. 1, p. 59-78.

_____. A OMC e o Policy space dos Estados: questões de flexibilização, desenvolvimento sustentável e políticas públicas no GATT e no GATS. In: AMARAL JUNIOR, A. do; CELLI JUNIOR, U. (org.). *A OMC: desafios e perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2014, p.43-74.

_____. O Regime Internacional da Água Doce. *RDCI*, v. 23, n. 90, jan-mar. 2015, p. 307-331.

_____. International law, governance and trade of water services. In: PARZATZIS, Photini; GAVOUNELI, Maria (org.). *Reconceptualising the rule of law in global governance, resources, investment and trade*. 1ed. Oxford, UK: Hart Publishing, 2016a, v. 1, p. 277-288.

_____. *O direito humano à água*. Belo Horizonte: Arraes, 2016b.

_____. International Law and trade of water. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, n.21, jul. 2016c, pp. 11-36.

VILLAR, Pilar Carolina. A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do Aquífero Guarani. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

WEISS, Edit Brown. Water transfers and international trade law. In: WEISS, Edith Brown et al. (orgs.), *Fresh water and international economic law*, 67, 2005.

WOLF, Aaron T.; YOFFE, Shira B.; GIORDANO, Mark. International waters: indicators to identifying basins at risk. *The Oregon State University*, *PCCP Series*, n. 20, UNESCO, Genebra, 2003.

WORLD WATER COUNCIL. Report on the human right to water. *World Health Organization*, Paris, 2003.

WORLD TRADE ORGANIZATION. WTO in brief. Geneva, 2014.

_____. Committee on trade and environment. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_e.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

Andréia Costa Vieira

Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito Internacional da Universidade Católica de Santos. Doutora em Direito Internacional (Universidade de São Paulo). Mestre em Direito do Comércio Internacional (University of Nottingham). Visiting Fellow no Lauterpacht Centre for International Law (University of Cambridge – 2013). Diretora e Fundadora do ACV International Law Institute.

andreia.vieira@unisantos.br

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 26.03.2017
Aprovado: 18.06.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201834

1 Faculdade Independente do Nordeste; Universidade do Estado da Bahia e Universidade Estadual de Santa Cruz
Vitória da Conquista – BA; Brumado – BA e Ilhéus – BA – Brasil
http://orcid.org/0000-0002-5065-8308

2 Faculdade Independente do Nordeste e Universidade Federal da Bahia
Vitória da Conquista – BA – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5859-752X

3 Faculdade Independente do Nordeste e Universidade do Estado da Bahia
Vitória da Conquista – BA e Brumado – BA – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-7648-9266

4 Universidade Estadual de Santa Cruz
Ilhéus – BA – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-6113-3515

5 Universidade Estadual de Santa Cruz
Ilhéus – BA – Brasil
https://orcid.org/0000-0001-8429-7646

CC BY-NC

Participação popular na criação de unidades de conservação marinha: o caso da Reserva Extrativista de Canavieiras

POPULAR PARTICIPATION IN THE CREATION OF MARINE PROTECTED AREA: THE CASE OF THE CANAVIEIRAS EXTRATIVIST RESERVE

Micheline Dias[1], *Rahíssa Gomes*[2], *Samene Batista*[3], *Sofia Campiolo*[4] e *Alexandre Schiavetti*[5]

Resumo

O artigo tem o objetivo de analisar a aplicabilidade do ordenamento jurídico pátrio no que se refere à legitimidade, tendo como foco a participação popular, para a criação e gestão da Reserva Extrativista de Canavieiras. A motivação deste estudo encontra-se alicerçada na política mundial para a conservação do bioma costeiro/marinho, que consiste principalmente na instituição de Áreas Marinhas Protegidas (AMPs). A Carta Magna de 1988 impôs, no art. 225, § 1º, III, a responsabilidade de criação dessas Áreas Protegidas ao poder público, com a finalidade da proteção da biodiversidade costeiro/marinha, desde que cumpra os critérios relacionados à legalidade e à legitimidade, por se estar em um Estado Democrático de Direito. Faz-se uma pesquisa no âmbito do Direito Ambiental e dos Direitos Humanos, com o objetivo de verificar inicialmente quais as exigências normativas e se estas foram cumpridas quanto à participação popular das populações diretamente atingidas na criação e na gestão da Unidade de Conservação referida. Portanto, os resultados obtidos demonstram que, apesar da descentralização das normas existentes, estas estabelecem os critérios que devem ser observados para o fortalecimento e desenvolvimento adequado da AMP, cumprindo os princípios da legalidade e da legitimidade, para que esta se torne uma política ambiental legal e legítima. Assim, faz-se um percurso de análise dos referidos princípios a partir da perspectiva da Reserva Extrativista de Canavieiras que, por ser mais recente, e apesar de ter atingido grandes interesses econômicos na área, cumpriu os requisitos no que tange à legalidade e à legitimidade, apesar de passar por vários questionamentos quanto à sua criação. O método utilizado inicialmente foi a pesquisa qualitativa, com coleta de informações de dados secundários, utilizando-se inicialmente da pesquisa bibliográfica e documental, visando traçar os requisitos legais necessários no que tange à participação popular para a criação e gestão de uma Unidade de Conservação Marinha. Já no que tange à verificação da participação popular quando da criação e gestão da AMP de Canavieiras, além da utilização do método de entrevista semiestruturada com a gestora da Unidade do período de 2015, com o fito de verificar o cumprimento dos requisitos referentes à participação popular, também foram analisados documentos institucionais, como atas do Conselho da Unidade.

Palavras-chave

Direito; legitimidade; SNUC; Área Marinha Protegida; RESEXCanavieiras.

Abstract

The article aims to analyze the applicability of the Brazilian legal system, with regard to legitimacy, focusing on popular participation, for the creation and management of the Extractive Reserve of Canavieiras, a Marine Protected Area (MPA). The motivation for this study is based on the global policy for the coastal/marine

biome conservation, which mainly consists on the establishment of Marine Protected Areas. The Magna Carta of 1988 imposed, in art. 225, § 1º, III, the responsibility of creating these Protected Areas to the Government, with the purpose of coastal/marine biodiversity protection, as long as it complies the criteria related to legality and legitimacy, for being in a Democratic State of Law. A research on Environmental Law and Human Rights was made, with the aim of checking initially which regulatory demands and if these were fulfilled, as the popular participation of the populations directly affected in the creation and management of the Conservation Unit. Therefore, the results obtained shows that in spite of decentralisation of the existing rules, these set out the criteria that must be observed for the strengthening and adequate development of MPA, complying with the principles of legality and legitimacy, so it can become a legal and legitimate environmental policy. Thus, a review was made of those principles from the perspective of Canavieiras Extractive Reserve for being the latest and despite having achieved major economic interests in the area, it has fulfilled the requirements regarding the legality and legitimacy, although it has been going through several questions about the regard of your creation. The first method applied was qualitative research, with collected information of secondary data, using initially of bibliographic and documentary research in order to draw the necessary legal requirements, with regard to popular participation, for the creation and management of a Marine Conservation Unit. For the verification of the popular participation when setting up and managing the MPA of Canavieiras, in addition to the use of the method of semi-structured interview with the manager of the area for the period of 2015, with the purpose of verifying compliance with the requirements regarding popular participation, institutional documents such as minutes of the Council of Unit were also examined.

Keywords
Law; legitimacy; SNUC; Marine Protected Areas; RESEXCanavieiras.

Introdução

O presente artigo apresenta resultados de uma pesquisa desenvolvida no âmbito do Direito Ambiental e dos Direitos Humanos que analisa o critério da legitimidade nas práticas regulatórias ambientais, com ênfase na participação popular. A pesquisa também pretendeu observar os conflitos decorrentes da criação dessas unidades junto às comunidades diretamente atingidas, tomando como estudo de caso a Reserva Extrativista (RESEX) de Canavieiras, instituída pela União em 2006. O destaque da pesquisa se deu no processo de verificação da problemática em torno do princípio ambiental da legitimidade e o funcionamento deste como fortalecimento de Unidades de Conservação Marinhas (UCMs), na medida em que permite a participação popular.

Inicialmente, com a finalidade compreender a legitimidade e delimitá-la à participação popular, foi realizada a pesquisa bibliográfica. Com o fito de fixar critérios de avaliação na

UCM quanto à observância do critério acima, além da pesquisa bibliográfica, a pesquisa documental também foi indispensável, sobretudo quando foram interpretadas, utilizando-se o método exegético, as principais leis, decretos e regulamentos.

No que tange ao princípio da legitimidade para a criação e implantação da UCM, foram examinados critérios operacionalizadores da participação pública, que, segundo Sarlet e Fensterseifer (2014a, p. 48), são:

: "participação pública na tomada de decisões", sendo que o foco recairá no processo de criação e implantação de uma UCM, avaliando se, no caso da RESEX-Mar houve mobilização da população tradicional;

: consulta pública para a criação da Unidade estudada;

: conselho consultivo ou deliberativo na Unidade e se este é atuante;

: Plano de Manejo e se este foi levado à aprovação do Conselho Deliberativo da Reserva Extrativista (BRASIL, 2000).

Como método de avaliação de nível de legitimidade, foi utilizada a "escada de participação" desenvolvida por Arnstein (1969) e utilizada por diversos autores, mesmo na seara ambiental, quando tratam de Unidades de Conservação – UC (DALTON, 2005; SEIXAS et al., 2009). A escada de participação caracteriza-se pela divisão da participação popular em oito degraus, que se agrupam em três níveis, sendo o nível A considerado como "não participativo" (I. Manipulação; e II. Terapia); o nível B seria nível de "pouca participação" (III. Informação; IV. Consulta; e V. Pacificação); o nível C seria o de "participação efetiva" (VI. Parceria; VII. Delegação de poder; e VIII. Controle pelo cidadão). Com base em tais critérios foi analisado o nível de participação que efetivamente ocorreu na unidade estudada.

Em razão dos critérios já definidos para averiguar se o ente federado criador respeitou os pressupostos básicos da participação popular, foi utilizado o estudo de caso, que consiste em método que deveria ser usado "quando desejasse entender um fenômeno da vida real em profundidade, mas esse entendimento englobasse importantes condições textuais – porque eram altamente pertinentes ao seu fenômeno de estudo" (YIN, 2010, p. 39). O estudo de caso também pode ser conceituado como "estratégia metodológica [que] tem como objetivo uma descrição detalhada de grupos, instituições, programas sociais e sócio-jurídicos" (GUSTIN; DIAS, 2005, p. 52). Tal método foi realizado na RESEX Marinha de Canavieiras.

Para a criação e gestão de uma Reserva Extrativista Marinha, a legislação exige uma representação expressiva da população tradicional, sendo essencial a participação popular, para que se cumpram os requisitos da legalidade e da legitimidade, desde a mobilização para a criação até a gestão, em razão da importância do Conselho Gestor Delibertativo da Unidade.

Após a escolha da Reserva Extrativista de Canavieiras para a realização da pesquisa, algumas exigências legais tiveram de ser cumpridas:

: Aprovação pelo Comitê de Ética da Pesquisa da Universidade Estadual de Santa Cruz, n. 21176614.5.0000.5526, de 28/07/2014.

: Autorização para atividades com finalidade científica n. 35.991-1, de 06/9/2012, concedida pelo Ministério do Meio Ambiente/Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (MMA/ICMBio).

Passada essa etapa de requerimento de autorização e conhecimento da área, foram coletados documentos, junto aos órgãos responsáveis por cada área, sobre a criação e a implantação das Unidades de Conservação sob análise, principalmente atos de criação das áreas, processos extrajudiciais e indicação de processos judiciais.

Como documentos selecionados como bases foram catalogadas todas as normas jurídicas pertinentes às UCs Marinhas pesquisadas, com a finalidade de verificar a efetividade no que se refere à participação popular, o que já está disposto acima.

Quanto à Reserva Extrativista de Canavieiras, a pesquisa baseou-se nos seguintes documentos:

: Um processo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) que retrata também a criação da RESEX de Canavieiras;

: Doze processos extrajudiciais encontrados na sede do ICMBio que se encontravam findos, tratando sobre diversas questões, principalmente carcinicultura e autorização para construção no entorno da RESEX;

: Vinte e quatro atas de reuniões do Conselho Deliberativo da RESEX de Canavieiras;

: Documentos catalogados pela Associação Mãe dos Extrativistas de Canavieiras (AMEX), que retratam a criação conflituosa da Reserva Extrativista de Canavieiras.

Por fim, após a coleta dos documentos, verificou-se a necessidade de confirmar as informações com a gestora da Unidade, que assinou, à época (2015), termo autorizando a divulgação. A gestora da Unidade, Taina Menegasso, é bióloga, servidora do ICMBio. Foi utilizada a entrevista semiestruturada, pautada principalmente em responder se a Resex Marinha, quando de sua criação e implantação, atendeu ao requisito da legitimidade, com ênfase na participação popular, de acordo com os critérios identificados, quais sejam: a) quando da criação da UC: C2 – Mobilização da comunidade tradicional; C3 – Consulta popular –

audiência pública; b) durante a gestão, a participação popular no: C4 – Conselho Gestor; C5 – Plano de Manejo.

Visando uma proteção ao meio ambiente e a amenização dos problemas sociais com a instauração dos modelos econômicos que têm implicações sobre a sociedade e as legislaturas, a Constituição Federal de 1988, no art. 225, concedeu, seguindo a orientação internacional, tratamento sem precedentes ao meio ambiente, ao elevá-lo à categoria de direito fundamental de terceira dimensão ou geração (direitos coletivos, transindividuais) (ANTUNES, 2012), atribuindo ao poder público, conforme o §1º, III, a obrigação de "definir, em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes" (BRASIL, 1988, s/p), entre os quais, as UCs.

A União Mundial para a Conservação da Natureza (DUDLEY, 2008, p. 2) aborda que as Áreas Protegidas são consideradas "a pedra angular de praticamente todas as estratégias nacionais e internacionais de conservação", tanto para a proteção dos entornos terrestres quanto marinhos. Assim, o estabelecimento das áreas protegidas tem sido uma das políticas internacionais mais significativas para a conservação da natureza, sendo que, em 2001, tais espaços já cobriam mais de 12% da área global (SIMS, 2010).

Nesse sentido, com o intuito de regular esses espaços territoriais, o Brasil promulgou a Lei n. 9.985/00, fomentando um Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) (BENSUSAN, 2009). Esse sistema dividiu as áreas protegidas em UCs de Proteção Integral (sendo permitido apenas o uso indireto dos recursos) ou UCs de Uso Sustentável (admitindo graus de uso direto, em alguns casos, com aceitação da presença das populações tradicionais) (SCHENNI et al., 2004; SILVA, 2007).

1 Unidade de conservação no Estado Democrático de Direito

A instituição de Unidade de Conservação é destacada como a estratégia mais difundida para a defesa do meio ambiente, incluindo o marinho, que foi conceituado internacionalmente de Área Marinha Protegida (AMP). Entretanto, as UCMs não podem ser criadas de forma indiscriminada pelos entes federativos, uma vez que o mar territorial é um bem de uso comum do povo, sob a gestão da União, como dispõe a Constituição Federal, art. 20, incisos VI e VII (BRASIL, 1988), sendo tal dispositivo reforçado pelo Código Civil, art. 99 (BRASIL, 2002).

A competência ambiental na seara administrativa é comum, portanto, aplica-se o federalismo cooperativo, no qual as três esferas de entes federativos devem atuar na defesa do meio ambiente. Todavia, a Lei Complementar n. 140, editada em dezembro de 2011 (BRASIL, 2011), dispôs que, em relação ao mar territorial, cabe à União a promoção do licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades localizadas ou desenvolvidas no mar territorial (MELO et al., 2013).

Modernamente, o Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela submissão de todos – Administração Pública e administrados – ao ordenamento jurídico, que precisa ser construído

de maneira a respeitar os pilares da democracia, com eleições livres, periódicas e pelo povo, além da implantação das novas formas de participação popular, exigidas pela própria dinâmica do sistema democrático (MARQUES, 2010). Em decorrência disso, a observância dos princípios da legalidade e da legitimidade é extremamente necessária para que se alcance o Estado Democrático de Direito, mas para fins didáticos este artigo discorrerá apenas sobre a situação da legitimidade.

Observa-se que a UC representa um instrumento ambiental de suma importância para o Estado Democrático de Direito, mas para a sua criação e gestão o poder público deve observar os requisitos da legalidade e da legitimidade. Consoante Wolkmer (2000, p. 81), a legitimidade é entendida como "a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com o justo, advogadas pela coletividade". Esse critério é imprescindível no âmbito da proteção ambiental, que elegeu a participação popular como princípio, sem o qual não pode se conceber qualquer política ambiental.

A participação popular é considerada como expressão da legitimidade, Sarlet e Fensterseifer (2014a) enfocam três elementos-chave para se verificar a participação popular na política ambiental: participação pública na tomada de decisões (administrativas), acesso à informação e acesso à Justiça. A teoria da escada de participação de Arnstein (1969) subdivide a participação popular em níveis que se iniciam com a não participação e crescem até a participação total, quando há o controle da decisão pelos principais interessados com a política.

Para Weber (1998), a legitimidade seria a obediência ao procedimento legal pelo qual a norma passou. Enquanto que o positivista Kelsen, em sua obra intitulada *Teoria pura do Direito,* a legitimidade seria simplesmente um requisito da legalidade (KELSEN, 1999; TROPER, 2008; KEMMERER; KELSEN, 2010), pois a legalidade seria condição suficiente do Estado de Direito. Já segundo Habermas (1997), os requisitos da legalidade e da legitimidade são imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito, pois o processo democrático de criação do Direito depende, para sua legitimação, da teoria racional do discurso, ou seja, haveria a prevalência dos ideais que mais estivessem em consonância com a comunidade. No artigo intitulado "Pluralidade, justiça e legitimidade dos novos direitos", publicado em 2007, Antônio Carlos Wolkmer apresenta a legitimidade como expressão de liberdade, igualdade e emancipação dos cidadãos, que passaram a ser respeitados coletivamente e não apenas individualmente, e descreve que as decisões políticas não podem ser mais tomadas por políticos que não estão envolvidos com as questões cotidianas das comunidades, sob pena de serem legais, mas não legítimas.

Os reflexos da exigência dos requisitos quanto à legalidade e à legitimidade atingem as UCs, que precisam tanto responder aos critérios de legalidade quanto aos critérios de legitimidade. Essas exigências são indissociáveis para a criação e a manutenção das UC, necessitando-se de informação às comunidades afetadas, consulta popular, participação popular, inclusive com Conselhos Gestores que, no caso da Reserva Extrativista, é deliberativo.

2 Legitimidade na Reserva Extrativista de Canavieiras

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, parágrafo único, assinala que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". A participação popular, direta ou indiretamente, elegeu o nosso sistema como democracia participativa, possibilitando, autorizando e exigindo a intervenção direta dos cidadãos nas decisões participativas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014a).

Para que seja cumprido o requisito da legitimidade, deve-se assegurar principalmente o princípio da participação popular desde a mobilização da população tradicional para a criação da própria área protegida; a consulta pública das comunidades atingidas pela criação da UC; a participação de vários setores da sociedade civil na construção do plano de manejo; a exigência da participação da sociedade civil e do poder público nos conselhos consultivo ou deliberativo, a depender do tipo de UC (AYALA, 2014). No caso das políticas ambientais sobre as áreas protegidas, há uma exigência maior para a participação direta das comunidades envolvidas, principalmente quando se tratar de UC de uso sustentável, sob pena de nulidade das decisões administrativas, quando tal exigência não é cumprida (SÉGUIN, 2006).

Com o fito de estabelecer critérios mais objetivos no que se refere à participação popular, foi utilizada a teoria da *escada da participação cidadã* (ARNSTEIN, 1969), por ser considerada a mais adequada para a análise da legitimidade, principalmente por envolver a implementação de políticas que visem resguardar os ideais democráticos, destacando o grau de participação da comunidade envolvida nas decisões (PORTER-BOLLAND et al., 2012). Tal teoria se alicerça em oito degraus da participação-cidadã, sendo que podem ser concentradas em três níveis de participação popular: (1) níveis de não participação (1 – manipulação; 2 – terapia; e 3 – informação); (2) níveis de concessão mínima de poder (4 – consulta; 5 – pacificação); (3) níveis de poder cidadão (6 – parceria; 7 – delegação de poder; e 8 – controle cidadão).

Com a definição dos critérios em três níveis, para a análise do grau de legitimidade, fez-se necessário aplicá-los para averiguar a criação e a gestão nas UCs nos quatro pressupostos, inicialmente, quanto à manifestação da população tradicional para a criação da Unidade, e, posteriormente, na consulta popular para a criação da área, conselho gestor e plano de manejo. Tais requisitos são essenciais para que não haja qualquer risco de nulidade, eivando o ato administrativo de criação das UCs, bem como sua gestão.

3 Reserva Extrativista de Canavieiras

A RESEX-Mar de Canavieiras envolve o território de Canavieiras, Belmonte (margem do Rio Jequitinhonha) e Una, área no sul do estado da Bahia, medindo cerca de 100 mil hectares, sendo que, desse total, 83% é oceano, 12% é restinga e manguezal, e os 5% restantes abrangem terra firme, incluindo-se aí praias, terreno de marinha e uma pequena porção de propriedade pública e privada (CAVALCANTE et al., 2013).

No site do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (BRASIL, 2018) é possível vislumbrar os limites da Unidade de Conservação Federal Marinha, a Reserva Extrativista de Canavieiras, e pode-se observar que a maioria da área da Reserva envolve áreas de domínio da União, como mar territorial, praias, terrenos de marinha, além de Áreas de Preservação Permanente, o que deveria facilitar a criação da Unidade e a consequente regularização fundiária.

Para a RESEX-Mar, por ser uma unidade de uso sustentável, é fundamental que haja uma coexistência entre a gestão sustentável dos recursos pesqueiros e a manutenção do modo tradicional de vivência. Nota-se que sete comunidades foram identificadas como beneficiárias diretas da criação da referida unidade, quais sejam: Oiticica, Puxim do Sul, Puxim de Fora, Barra Velha, Canavieiras (sede municipal), Atalaia e Campinhos (AGUIAR; MOREAU; FONTES, 2011a). Tais comunidades têm cerca de 2.300 famílias e suas principais atividades são a pesca, a coleta de mariscos e a agropecuária familiar (CARDOZO et al., 2012). Em 2006, na área da Reserva Extrativista, foram identificados vários impactos negativos, como pressões decorrentes de ocupação humana desordenada no entorno e na área de manguezal, consequente corte e aterro na área de mangue, bem como conflitos que influenciavam na pesca e no lixo disposto a céu aberto. Contudo, as principais pressões foram as advindas da carcinicultura, no entorno das áreas de mangue.

Registram-se transformações socioeconômicas ocorridas a partir de 1986, em decorrência da crise na principal atividade – a cacauicultura (AGUIAR; MOREAU; FONTES, 2011a), o que ocasionou uma migração rural-urbana com inversão da concentração populacional associada à redução da população municipal em aproximadamente 23% (42.118 habitantes em 1980 para 32.336 habitantes em 2010).

Estima-se que 80% dos pescadores praticam suas atividades nos manguezais e rios da RESEX-Mar, sendo essas áreas as principais responsáveis pela sobrevivência dos extrativistas e, em área marinha, realizam atividades de pesca do camarão e peixes (SOUZA, 2011). Ressalta-se que Canavieiras está posicionada como importante produtor da espécie caranguejo-uçá (*Ucides cordatus cordatus*), um dos principais produtos da Unidade (AGUIAR; MOREAU; FONTES, 2011b; SOUZA, 2011).

Há, porém, um dado que demonstra a pressão que a RESEX-Mar está sofrendo, bem como a sua importância, pois o município de Canavieiras liderou o desmatamento na Bahia entre 2010 e 2011, de acordo com dados recentes divulgados pelo Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica 2008-2010, monitorados pela Fundação SOS Mata Atlântica e pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (SOS MATA ATLÂNTICA, 2012[1] apud CARDOZO et al., 2012).

1 SOS MATA ATLÂNTICA. *SOS Mata Atlântica e INPE divulgam dados do Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica, no período de 2010 a 2011*. São Paulo, SP, Brasil, 2012. Disponível em:<http://www.sosma.org.br/

3.1 Reserva Extrativista de Canavieiras: resultados

A reserva extrativista é classificada como uma categoria de Unidade de Conservação de Uso Sustentável, conceituada pelo SNUC, no artigo 18 da Lei n. 9.985/2000:

> A reserva extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade (BRASIL, 2000, p. 6).

Essa categoria de espaço protegido nasceu a partir das lutas dos seringueiros na Amazônia, com o intuito de viabilizar a extração dos recursos naturais de modo sustentável, conjugando conservação ambiental com a subsistência de populações tradicionais (ALLEGRETTI, 2002).

No Brasil, a primeira RESEX brasileira oficializou-se em 1990, no estado do Acre, e passou a chamar-se Reserva Extrativista do Alto Juruá (REAJ) (LOBÃO, 2010). Enquanto que a primeira Reserva Extrativista Marinha (RESEX-Mar) foi instituída pelo poder público em 1992: Pirajabaé (LOBÃO, 2010). Em quase 20 anos da criação da primeira RESEX-Mar, mais 21 foram criadas no âmbito federal, evidenciando uma solução teoricamente viável para resolver o problema da diminuição dos recursos pesqueiros e sobrevivência das populações tradicionais (PRATES et al., 2007).

Observa-se que na implantação de RESEX no ambiente terrestre não se discutem a constitucionalidade ou a legalidade do instituto. Porém, ao retratar o ecossistema marinho, não se discorre sobre a propriedade privada a ser desapropriada, mas, sim, em bem de uso comum do povo, que deve ter seu uso restringido a bem de uma população específica, considerada tradicional (MASCIA; CLAUS, 2008). A maioria dos trabalhos apresentados sobre as Reservas Extrativistas Marinhas (JAMESON; TUPPER; RIDLEY, 2002; BAELDE, 2005; MOURA et al., 2009) preocupa-se com a situação das populações tradicionais e com a pesca, esquecendo-se de avaliar critérios de legitimidade para a constituição dessas Unidades.

Diversos processos foram verificados, no âmbito extrajudicial, relacionados à carcinicultura explorada de maneira irregular, causando impactos relevantes aos recursos ambientais existentes na UC. Foram encontrados também mandados de segurança e autos de infração lavrados pelo IBAMA. Esses documentos questionaram a criação da Unidade de Conservação, principalmente no que concerne aos critérios de legalidade e de legitimidade, o que denota uma complexidade muito maior na avaliação (BRASIL, 2007a). Observa-se que a carcinicultura foi

5697/sos-mata-atlantica-e-inpe-divulgam-dados-do-atlas-dos-remanescentes-florestais-da-mata-atlantica-no-periodo-de-2010-a-2011>. Acesso em: 13 nov. 2018.

considerada, em entrevista com a gestora, como o principal conflito sofrido na criação e na implementação da UCM de Canavieiras.

Os resultados foram analisados de acordo com os critérios identificados, no que tange à legitimidade, portanto: C1 – Convênio União/Estado ou União/Município; C2 – Mobilização da comunidade tradicional; C3 – Consulta popular – audiência pública; C4 – Conselho Gestor; C5 – Plano de Manejo. Porém, entre os critérios indicados para a avaliação correspondente à legitimidade na criação e na gestão da RESEX de Canavieiras, somente não será analisado o C1, Convênio União/Estado ou União/Município, porque a RESEX de Canavieiras é gerida pela União, que já é o ente federativo responsável pela gestão do mar territorial.

3.1.1 C2 –Mobilização da comunidade tradicional

A mobilização da comunidade tradicional está prevista como exigência para a criação de dois tipos de UC: Reserva Extrativista e Reserva do Desenvolvimento Sustentável, conforme dispõe a Instrução Normativa n. 03 do ICMBio (BRASIL, 2007b).

Esse critério foi abordado em três mandados de segurança impetrados em outubro de 2006, autuados sob os números 26.188, 26.189 e 26.190, e impetrados, respectivamente, pelo estado da Bahia, por Adriana Salsasso Zomer e pela Associação dos Moradores de Barra Velha. Perante o Supremo Tribunal Federal (STF), buscava-se a decretação da nulidade da criação da Reserva Extrativista Marinha de Canavieiras. Ante as diversas informações desencontradas quanto ao apoio ou não à manifestação da população da área, o próprio IBAMA instituiu o processo 02001.005032/2007-0, em 08 de novembro de 2007 (BRASIL, 2007c), mais de um ano do Decreto s/n. de 2006, com o propósito de averiguar a regularidade do processo de criação da Reserva Extrativista de Canavieiras, Bahia.

Observa-se que apenas quatro meses após a criação da Reserva Extrativista Marinha essas ações questionando tal ato administrativo do poder público federal foram iniciadas, inclusive, uma delas pelo próprio estado da Bahia, o que é demonstrativo do grau de conflito que se instalou na região. Foi enviado, em nome dos pescadores e marisqueiras das localidades de Oitica, Poxim e da sede do município de Canavieiras, ainda em 2001, um documento contendo 118 assinaturas, por meio do qual se requereu a instauração da RESEX. A gestora da Unidade relatou na entrevista que a Reserva foi fruto da mobilização da população tradicional, mas contou com a colaboração de uma organização não governamental (ONG) parceira.

Em dezembro de 2005 (Ofício n. 124), o mesmo ente municipal requereu à ministra do Meio Ambiente a reanálise do processo de criação da RESEX antes que este fosse concluído, inclusive para que nova consulta popular fosse realizada, pois a manifestação popular não se confirmava, em razão de várias manifestações contrárias à criação da UC. Em laudo acostado ao processo administrativo, realmente foram constatadas várias assinaturas falsas, além de declarações lavradas em cartório relatando-se que não se teve ciência do que se estava assinando, o que projeta dúvida sobre a legitimidade da ação.

Nesse processo administrativo verificaram-se inicialmente várias manifestações de apoio, inclusive do poder público municipal que, ainda em 2004, expediu ofício ao Centro Nacional de Populações Tradicionais (CNPT), buscando informações sobre a criação da Unidade e confirmando a posição de colaboração para o ato. No entanto, em 2005, a manifestação favorável à criação emitida pelo poder público municipal foi retirada, ocasionando grande turbulência nas ruas de Canavieiras, devidamente noticiada no processo administrativo e na imprensa local.

Não há dúvidas de que, quanto à alínea d, há grande controvérsia se a manifestação da comunidade local foi legítima, expressando a vontade da população tradicional constante da Reserva Extrativista, ou se representou somente a comunidade influenciada por organizações governamentais, e que não sofrem influência com a criação da Unidade, como os insurgentes contra a criação da RESEX deixaram claro em documentos apresentados no referido processo.

Entretanto, como não há legislação estabelecendo qual a quantidade de assinaturas que seriam consideradas representativas da comunidade, mais de cem foram consideradas relevantes para que fosse atendido o pedido de criação da UCM, cumprindo, assim, o requisito tanto da legalidade quanto da legitimidade.

O choque entre grupos sociais e a prevalência do pluralismo são a nova tônica do conceito de Justiça, em que estes passam a expressar novos interesses, que antes eram oprimidos, mas que começam a ter voz e a ser determinantes no processo legal e legítimo (YOUNG, 2000[2] apud WOLKMER, 2007).

3.1.2 C_3 – Consulta popular – audiência pública

A consulta pública consiste em um requisito de grande importância para se concretizar tanto o princípio da legalidade quanto o da legitimidade. Porém, como a nomenclatura do instrumento diz, refere-se à consulta pública, cujo resultado não é determinante para a atuação do poder público, que pode agir contrariamente à opinião pública, desde que mais benéfica ao meio ambiente, pois prevalece o princípio do *in dubio pro natura* (MILARÉ, 2011). Conforme dispõe o art. 22, § 2º, do SNUC, o art. 4º do Decreto n. 3.340/02 e a IN n. 5/08 do ICMBio, a consulta popular é exigência para a criação de todas as categorias de UCs, com exceção das Estações Ecológicas e das Reservas Biológicas.

Esse conflito existente entre os interesses das populações tradicionais e os contrários à criação da Unidade ficou perceptível quando, à época, os dirigentes do município se manifestaram favoráveis, mas que, por vários interesses políticos e econômicos, algumas lideranças da cidade se sentiram prejudicadas e começaram a levantar dúvidas quanto às irregularidades. A motivação desses ofícios que demonstraram a contrariedade à criação da RESEX de Canavieiras

2 YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia, 2000.

foi principalmente econômica, pois retrata expressamente a instalação de dois empreendimentos que seriam atingidos: *Universal Properties* Ilha da Barra Velha *Resort* e Nautilux – Centro Náutico de Lazer, Feiras e Convenções.

Segundo os impetrantes dos mandados de segurança, para que seja legal o ato de criação da RESEX de Canavieiras, faz-se necessário que a chamada para as consultas públicas seja publicada e amplamente divulgada em jornais com impacto regional. Os impetrantes atribuíram à falta de divulgação expressiva a não participação popular dos principais interessados na consulta para a criação da Reserva.

Nota-se que a divulgação ocorreu pelo jornal *A Tarde* e por carro de som na cidade, segundo ofício encaminhado à Ouvidoria do IBAMA em outubro de 2007, questionando a criação da RESEX, encaminhado pela Associação dos Moradores Parceleiros de Barra Velha e Região. Assim, o STF, ao julgar os Mandados de Segurança (MS) n. 26.188, 26.189 e 26.190, entendeu que a exigência quanto à publicação foi sanada, já que o *A Tarde* é um jornal de grande circulação no estado da Bahia.

3.1.3 C4 – Conselho Gestor – Conselho deliberativo da RESEX de Canavieiras (CDRC)

Por sua própria natureza, a reserva extrativista tem a necessidade de instalação do conselho deliberativo, no qual os representantes das populações tradicionais tenham voz e sejam majoritários (BRASIL, 2014), pois essa categoria de unidade de conservação objetiva o uso sustentável dos recursos naturais, adornado com a proteção da vida e da cultura das populações tradicionais, garantindo o uso sustentável dos recursos naturais (ANTUNES, 2012).

Essa categoria de unidade, inclusive as constituídas em bioma costeiro/marinho, tem como órgãos gestores o ICMBio e o conselho deliberativo, caracterizando uma nova forma de arranjo institucional pautado na gestão participativa, resultante da influência da sociedade civil nas questões públicas, principalmente após a Constituição Federal de 1988 (JACOBI, 2005[3] apud CARDOZO et al., 2012).

As RESEX têm se acentuado pela aceitação e participação das populações residentes e representado avanços expressivos para a conservação da biodiversidade, em especial na zona costeira. No conselho deliberativo, a instância de gestão participativa favorece as negociações e o exercício da democracia (LOUREIRO; CUNHA, 2008).

A Reserva Extrativista de Canavieiras, criada em junho de 2006, teve conselho gestor deliberativo em 2009, conforme a Portaria n. 71/2009 do ICMBio, com a finalidade de contribuir para a implantação e implementação do plano de manejo e objetivos da RESEX, como dispõe o artigo 1º (BRASIL, 2009). Quando o conselho deliberativo da RESEX de Canavieiras

3 JACOBI, Pedro Roberto. Governança institucional de problemas ambientais. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 4, n. 7, p. 119-137, 2005. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1969>. Acesso em: 13 nov. 2018.

foi criado, estava vigendo a IN n. 2/2007 do ICMBio, que veio exclusivamente para tratar da criação do conselho para as RESEX e RDS. O artigo 9º, III, apresentava o dever de se garantir maioria de representantes das populações tradicionais na composição do Conselho da Unidade (BRASIL, 2007a). Inclusive, a IN n. 9/2014 fez a mesma exigência, destacando ainda mais a imprescindibilidade do papel das populações tradicionais na gestão da Unidade (NIEDZIALKOWSKI; JOUNI; JEDRZEJEWSKA, 2012).

O conselho deliberativo da RESEX de Canavieiras é composto por 25 representantes das diversas áreas de interesses e atividades na referida UC, entre os quais representações das três esferas de governo, associações, agricultores familiares e segmentos de artesãos, colônias de pescadores, instituição de ensino e ONGs, conforme se verifica no Quadro 1.

QUADRO 1 – **CONSELHO DELIBERATIVO DA RESERVA EXTRATIVISTA DE CANAVIEIRAS** (CDRC)

PODER PÚBLICO	POPULAÇÕES TRADICIONAIS	OUTRAS REPRESENTAÇÕES
ICMBIO	ASSOCIAÇÃO DOS PESCADORES E CATADEIRAS DE CAMARÃO DE CANAVIEIRAS/BA	UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ - ILHÉUS/BA
IBAMA (ILHÉUS/BA)	ASSOCIAÇÃO DAS MARISQUEIRAS DO MUNICÍPIO DE CANAVIEIRAS	COMPANHIA TRANSAMÉRICA DE HOTÉIS – NORDESTE LTDA.
SEMA/BA – SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DA BAHIA	SEGUIMENTO DOS ARTESÃOS DA PESCA DO MUNICÍPIO DE CANAVIEIRAS	CENTRO DE ESTUDOS SOCIOAMBIENTAIS – PANGEA
CAPITANIA DOS PORTOS DE ILHÉUS/BA – MARINHA DO BRASIL	ASSOCIAÇÃO DE TIRADORES DE CARANGUEJO DE CANAVIEIRAS	INSTITUTO DE CONSERVAÇÃO DE AMBIENTES LITORÂNEOS DA MATA ATLÂNTICA (ECOTUBA)
SECRETARIA DE TURISMO DE UNA (ATA 13.04.15)	ASSOCIAÇÃO DE PESCADORES DE CAMPINHOS	
CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE CANAVIEIRAS (ACCC)	SEGUIMENTO DOS AGRICULTORES FAMILIAR DE CAMPINHOS	ASSOCIAÇÃO DOS CRIADORES DE CAMARÃO DE CANAVIEIRAS
	ASSOCIAÇÃO DE PESCADORES, MARISQUEIRAS E MORADORES DE ATALAIA	

	ASSOCIAÇÃO DOS PESCADORES DE PUXIM DA PRAIA	
	ASSOCIAÇÃO DOS PESCADORES DE PUXIM DO SUL	
	ASSOCIAÇÃO DE PESCADORES E MARISQUEIRAS DA OITICICA (APMO)	
	ASSOCIAÇÃO DE PESCADORES, MARISQUEIRAS E EXTRATIVISTAS DE BARRA VELHA	
	COLÔNIA DE PESCADORES Z-20 DE CANAVIEIRAS	
	COLÔNIA DE PESCADORES Z-21 DE BELMONTE	
	ASSOCIAÇÃO DAS MARISQUEIRAS DE BELMONTE (ATA 13.04.2015)	
6 CONSELHEIROS	**14 CONSELHEIROS**	**5 CONSELHEIROS**

Fonte: Portaria n. 71 (BRASIL, 2009). Elaborada por Dias (2016).

A sociedade civil, representada pela universidade, ONGs que defendem o meio ambiente, setor da carcinicultura e setor turístico, também participou frequentemente das reuniões do conselho, desempenhando, em várias situações, o contraditório em reuniões, principalmente no que concerne ao setor turístico e à carcinicultura. A presidência do conselho é exercida pelo representante do ICMBio (Art. 2º da Portaria n. 71/2009, cumprindo o que dispôs a legislação já trazida à baila, como o SNUC, o Decreto n. 4.340/2002, a IN n. 2/2007 e IN n. 9/2014).

A IN n. 2/2007 só previa a participação do poder público, mas não dispunha nada sobre se deveriam ter assento no conselho os entes das três esferas. Já a IN n. 9/2014 estabeleceu, em seu artigo 13, I, que "a apresentação dos setores do Poder Público deve contemplar, quando couber, os órgãos ambientais dos três níveis da Federação" (BRASIL, 2014). Como demonstração do funcionamento do federalismo cooperativo, nota-se que, apesar de não estar obrigado legalmente à época de sua instituição, o CDRC dispôs sobre a representação dos três níveis federativos.

Apesar da recusa do poder municipal em participar do conselho – com isso houve a exclusão do poder público municipal de Canavieiras, conforme Ata de 13 de abril de 2015 – esta não anula a legitimidade deste, por causa da representatividade dos outros setores, essencialmente

da população tradicional. Tal recusa apenas ratifica o que já foi constatado quando da análise dos processos pertinentes à criação da UC, ou seja, que a Prefeitura e Câmara Municipal de Canavieiras, apesar de inicialmente terem sido favoráveis à criação da RESEX, com a mudança de governo e com o estado da Bahia se manifestando de modo contrário à instalação, não aceitam a criação da Unidade, sequer querem participar da gestão. Porém, vários pontos que são resolvidos durante as reuniões do conselho, que interessam ao município de Canaveiras, acabam sendo decididos sem que a opinião dos seus conselheiros seja respeitada, como a perfuração de poço de petróleo na área da UC, ou o turismo na região da Reserva Extrativista, que foram alguns dos pontos de pauta nas reuniões do CDRC.

Segundo o novo paradigma da conservação, áreas protegidas precisam "contribuir para o desenvolvimento socioeconômico das comunidades de acolhimento, e estas devem ser incluídas no processo de tomada de decisão participativa relativamente a essas áreas" (NIEDZIALKOWSKI; JOUNI; JEDRZEJEWSKA, 2012). Portanto, além das populações tradicionais, a sociedade civil também está representada por organizações não governamentais que têm como principais objetivos a proteção do meio ambiente, bem como, no caso da RESEX, representantes do turismo local e da carcinicultura, atividade extrativista desenvolvida no entorno da Unidade.

O Conselho Deliberativo da RESEX, desde a sua criação, em um período de novembro de 2009 a abril de 2015, reuniu-se 23 vezes, sendo que apenas uma dessas 23 vezes foi para reunião extraordinária; as demais foram para reuniões ordinárias. Foram encontradas 21 atas, sendo que das reuniões de 06/12/2011 e 29/4/2013 só foram encontradas as listas de presença na sede do ICMBio em Canavieiras. Infelizmente, essas atas, que poderiam servir para identificar as presenças dos conselheiros, na maioria dos casos, foram manuscritas, impossibilitando ter conhecimento sobre qual o segmento o conselheiro representou. Além disso, visitantes e conselheiros assinam na mesma lista, o que gerou confusão. As reuniões do CDRC demonstraram a presença sempre constante de um representante do ICMBio, como presidente do conselho, e do representante da Secretaria Estadual do Meio Ambiente da Bahia.

Na atual composição do conselho, biênio 2015-2017, houve a exclusão do município de Canavieiras em razão da ausência frequente às reuniões (Ata 11.04.2015), evidenciando uma ruptura do federalismo cooperativo que se buscou empreender na legislação federal. Já a Secretaria de Turismo de Una requisitou vaga para o CDRC, o que foi aprovado (Ata 11.04.2015). Na última reunião, que ocorreu em 11 de abril de 2015, foi feita a ressalva de falta, já que não indicaram conselheiros. O ICMBio ficou de encaminhar notificação para apresentar conselheiro em dez dias (Ata do Center for Development of Rural Community and Awareness (CDRCA), Câmara de Vereadores, IBAMA e Marinha – 11.04.2015).

Nas atas restou constatado que as populações tradicionais, nos seus diversos segmentos, conhecem o papel que desempenham na RESEX de Canavieiras, com participação determinante nas reuniões do conselho. Verificou-se que no conselho elas têm espaço para manifestarem suas posições e que estas são respeitadas, mesmo quando não acatadas.

A Associação de Moradores de Barra Velha pleiteou uma cadeira no conselho, o que não foi aprovado. Cabe ressaltar que essa associação impetrou mandado de segurança no STF questionando a criação da RESEX. A Associação de Hotéis e Turismo de Comandatuba também pleiteou uma cadeira no conselho, mas igualmente não obteve êxito. Fica constatado também que a própria comunidade, por ter maioria e ser organizada, acaba influenciando nas decisões, e, com isso, decidindo a composição do conselho. Com a saída do município e a não aceitação da Associação dos Moradores de Barra Velha, que se manifestaram contrários à criação da RESEX, além da entrada da Associação de Marisqueira de Belmonte, há a comprovação do controle cidadão da população tradicional, o que, inclusive, começa a comprometer a legitimidade do conselho.

As reuniões do conselho permitem as mais diversas discussões, em que realmente se alcança a participação popular, com grande mobilização da população tradicional. A heterogeneidade no CDRC só fortalece a discussão ambiental, permitindo que vários pontos de conflitos sejam debatidos e que, ao final, se tenha uma decisão colegiada (HOVARDAS; KORFIATIS; PANTIS, 2009).

O conselho deliberativo da RESEX de Canavieiras tem sua competência pautada pela Portaria n. 71/2009 do ICMBio, conforme a previsão legal da IN n. 2 do ICMBio de 2007, que se encontrava vigorando à época, tendo estabelecido, entre as suas atribuições, a aprovação do Plano de Manejo e dos projetos específicos de exploração sustentada de recursos naturais da RESEX e do seu entorno, além da obrigação de instituir grupo de apoio técnico/científico, nos casos de aprovação de projetos pelo conselho.

Algumas dessas atribuições puderam ser constatadas com a análise das atas do conselho, como na reunião extraordinária ocorrida em fevereiro de 2010 (Ata 09.02.2010), convocada somente para tratar do parecer que deveria ser redigido quanto ao projeto de perfuração de petróleo da empresa Queiroz Galvão, que ocorreria fora da Reserva, conquanto em suas imediações. Os pontos mais altamente controvertidos e de maior incidência nas atas do CDRC foram discutidos e muitos já decididos pelo CDRC, o que acentua a importância desse órgão gestor, representativo da participação popular, o que pode ser demonstrado em diversas atas, por exemplo: Regimento Interno do Conselho (atas 19.07.2010; 10.11.2010; 22.11.2012; 28.06.2012); Perfil do beneficiário (atas 19.07.2010; 14.09.2010; 10.11.2010; 12.09.2012; 05.03.2013; 06.12.2013; 13.07.2014; 11.09.2014; 28.01.2015; 13.04.2015); Empreendimentos relacionados ao Hotel Transamérica, Veracel (atas 12.05.2011; 22.11.2012; 12.09.2012; 30.12.2012; 11.12.2012; 24.02.2014); Plano de Manejo (ata 14.05.2012); Carcinicultura (atas 25.03.2013; 24.02.2014; 25.04.2014; 13.07.2014).

A gestora da RESEX de Canavieiras, na entrevista, relatou, quando foi feita a pergunta sobre o Princípio da Legitimidade, n. 5 ("Como ocorre a tomada de decisão na Unidade?") que: "Através de reuniões junto ao Conselho Deliberativo da RESEX". Quando perguntada, em sequência, se "há algo que considere muito relevante na tomada de decisão", a gestora respondeu: "a participação social e os pareceres dos analistas ambientais".

Na pergunta 7, ainda no mesmo item, quando perguntada sobre qual interesse mais se destaca na tomada de decisão da Unidade, a gestora da RESEX de Canavieiras informou que: "O interesse das populações tradicionais em manter seu modo de vida e garantir a conservação dos recursos naturais".

É incontestável a legitimidade do CDRC, reconhecida inclusive pelo representante do ICMBio, responsável por gerir a UCM, por representar a participação popular na tomada de decisões, alcançando o degrau oito na escada de participação (ARNSTEIN, 1969), nível C. Vilfredo Pareto, criador do princípio econômico ótimo de Pareto (DANI; OLIVEIRA; BARROS, 2010), dispôs que há um equilíbrio quando não há como melhorar, ou, se melhorar, passa a ocorrer um conflito com outro fator.

3.1.4 C5 – Plano de Manejo

Como dispõe o SNUC, art. 27, § 3º (BRASIL, 2000), é um requisito legal da gestão da Unidade a elaboração e a criação do Plano de Manejo em um prazo de cinco anos. Porém, tal preceito legal foi descumprido, visto que ainda não existe a confecção e a aprovação do Plano de Manejo da Reserva Extrativista de Canavieiras. Inclusive, este ainda nem foi para discussão no conselho, somente aparecendo a referência na Ata de 14.05.12, em questionamento sobre a sua confecção. Dessa maneira, com a inexistência do Plano de Manejo, fica comprometido verificar se este se deu de forma participativa como determina a Lei n. 9.985/2000, art. 27, § 2º.

De acordo com a própria gestora da UC, grandes conflitos seriam evitados se houvesse o Plano de Manejo, pois os beneficiários e os usuários estariam identificados, e, de igual modo, as regras para a concessão de direitos e restrições de uso já estariam estabelecidas. Assim, a importância desse instrumento de gestão ocorre em razão da possibilidade de descrever sobre a relação da Reserva no que diz respeito aos principais conflitos, quais sejam: carcinicultura, pesca e regularização fundiária.

A gestora da Unidade explicou que, no caso da Reserva Extrativista, por se tratar de um Plano de Manejo Participativo, que envolve um número muito grande de interesses e conflitos já instalados, torna-se um instrumento muito caro. Além disso, é difícil a contratação de um consultor, por faltar consenso em relação ao nome. Segundo a mesma gestora, outro obstáculo que estaria superado com o Plano de Manejo concerne à autorização direta, ou seja, uma espécie de licenciamento simplificado que permite ao órgão gestor, no caso o ICMBio, conceder ou não a autorização para determinada atividade ou empreendimento dentro da Reserva. Atualmente, o ICMBio pode autorizar poucas atividades na UC, ficando limitado a questões simplificadas e sempre passando pela decisão do CDRC.

Considerações finais

O Estado Democrático de Direito pressupõe um comportamento único e inovador de todos os seres envolvidos na questão ambiental, a partir dos critérios de legalidade e de legitimidade.

Este deve ser entendido quando decisões que interessam à coletividade passam a ter a sua participação consciente, por meio da informação, consulta ou até, em último nível, da tomada de decisão (ARNSTEIN, 1969). Na seara ambiental, esse requisito é fundamental, por se tratar de um direito difuso, transindividual e que necessita de aplicabilidade constante para que se atinja o almejado em um Estado Democrático de Direito.

No Brasil existe uma política ambiental de criação de UCs alicerçada em um ordenamento jurídico que prevê instrumentos de criação e gestão das áreas, e que se torna mais efetiva quando segue o princípio da participação popular. Entretanto, o principal desafio consistiu em verificar se a legislação está suficientemente assentada para instituir UCs, tanto do ponto de vista da legalidade quanto da legitimidade, na busca de se alcançar um autêntico Estado Socioambiental do Direito.

Destarte, com base em todo o arcabouço jurídico encontrado sobre a matéria, fora analisado neste artigo se a Área Protegida do Estado da Bahia, a Reserva Extrativista de Canavieiras, cumpriu e em que grau o comprometimento com a legitimidade dessa Unidade de Conservação Federal. Fora avaliado, ainda, se os vícios quanto aos critérios porventura não cumpridos são sanáveis ou não e quais as consequências jurídicas no caso de omissão.

No desenvolvimento da RESEX de Canavieiras ocorreu um misto entre os níveis de escada de participação, Manipulação e Terapia, compreendendo o nível A, quando não há a efetiva participação. Entretanto, a mobilização para a criação da Unidade ocorreu em 2001 e foi tomando força, mobilizando a população tradicional e os contrários à sua criação, ensejando principalmente os mandados de segurança pela manutenção da criação da Reserva Extrativista.

Entende-se que restou cumprido o requisito da consulta popular para a criação da Reserva Extrativista de Canavieiras, principalmente porque houve ampla divulgação, comparecendo um grande número de interessados, alcançando o nível B, no degrau Consulta 4, quando se concede um mínimo de poder à população. Com a análise das atas, verificou-se que os conselhos realmente cumprem o papel para o qual foram criados, participando efetivamente da gestão da Unidade, chegando ao degrau 8 de participação, nível C, o que demonstra ainda mais a importância desse órgão colegiado. Porém, a ausência do Plano de Manejo da Reserva Extrativista, segundo a gestora da Unidade, por falta de verba, prejudica o estabelecimento de limites para o uso dos recursos, e em muito já foi ultrapassado o prazo estabelecido em lei para que ele fosse realizado.

Destarte, em um Estado Democrático de Direito, as exigências legais e legítimas para a criação de Áreas Protegidas Marinhas servem como garantia de que o poder público só restringirá e estabelecerá direitos quando necessário e indicado por estudos técnicos e consulta popular, com a implantação de uma gestão participativa como consagração de um Estado Socioambiental de Direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Paulo César Bahia de; MOUREAU, Ana Maria Souza dos Santos; FONTES, Ednice de Oliveira. Histórico de criação da Reserva Extrativista Marinha de Canavieiras (BA): posicionamentos antagônicos e gestão de território. *Anais do Encontro Baiano de Geografia*, 8, Semana de Geografia da UESB, 10, 2011. Vitória da Conquista, Bahia, Brasil. 2011a. Disponível em: <http://www.uesb.br/eventos/ebg/anais/4e.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. Impactos na dinâmica ambiental do município de Canavieiras (BA) tendo a RESEX como fator de influência. *Revista GEOMAE* – Geografia, Meio Ambiente e Ensino, Campo Mourão, v. 2, n. 1, p. 61-78, 2011b. Disponível em: <http://www.fecilcam.br/revista/index.php/geomae/article/viewFile/27/pdf_18>. Acesso em: 1 dez. 2016.

ALLEGRETTI, Mary Helena. *A construção social de políticas ambientais* – Chico Mendes e o movimento dos seringueiros. UnB-CDS 014d, 2002.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ARNSTEIN, Sherry Phyllis. A ladder of citizen participation. *Journal of the American Planning Association*, v. 35, n. 4, p. 216-224, jul. 1969.

AYALA, Patryck de Araújo. O devido processo ambiental nos espaços de deliberação coletiva da Política Nacional do Meio Ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 74, p. 95-129, 2014.

BAELDE, Pascale. Interactions between the implementation of maine protected areas and right-based fisheries management in Australia. *Fisheries Management and Ecology*, v. 12, p. 9-18, 2005.

BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade em áreas protegidas*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. Decreto Federal n. 4.340, 22 de agosto de 2002. Regulamenta a Lei n. 9.985/2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidade de Conservação (SNUC). Estabelece sobre o que deveria conter o ato de criação das Unidades de Conservação. 2002.

_____. Decreto s/n., de 05 de junho de 2006. Criação da Reserva Extrativista Marinha de Canavieiras. 2006.

_____. Instituto Chico Mendes para a Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Instrução Normativa n. 2. 2007a.

_____. Instituto Chico Mendes para a Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Instrução Normativa n. 3. 2007b.

_____. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Processo Administrativo n. 02001.005032/2007-0, em 8 de novembro de 2007c.

_____. Instituto Chico Mendes para a Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Instrução Normativa n. 5, de 15 de maio de 2008. Dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de estudos técnicos e consulta pública para a criação de unidade de conservação federal. 2008.

_____. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Portaria n. 71, de 3 de setembro de 2009. Cria o Conselho Deliberativo da Reserva Extrativista de Canavieiras. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Instituto Chico Mendes para a Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Instrução Normativa n. 09. 2014. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Instrucao_normativa/2014/in_icmbio_09_2014_diretrizes_modifica%C3%A7%C3%A3o_conselhos_gestores_und_conserva%C3%A7%C3%A3o_federais.pdf>. Acesso em: 27 maio 2015.

_____. Instituto Chico Mendes para a Conservação da Biodiversidade (ICMBio). *Reserva Extrativista de Canavieiras – Unidade de Conservação Federal de Uso Sustentável*. 2018. Disponível em: < http://mapas.icmbio.gov.br/i3geo/icmbio/mapa/externo/home.html?enkjecuo8v6ed2uriajh4cuht0>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011. Trata sobre a competência material em matéria ambiental. 2011.

_____. Lei Federal n. 9.985, de 19 de julho de 2000. Regula o Sistema Nacional de Unidade de Conservação (SNUC). Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dap_cnuc2/_arquivos/snuc.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2016.

_____. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de segurança n. 26.188/DF. Rel. Dias Tóffoli, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de segurança n. 26.189, Rel. Dias Tóffoli, 2013.

CARDOZO, Leriane Silva; PORTO, Micheline Flôres; PIMENTEL, Patrícia Carla Barbosa; RODRIGUES, Jaqueline Sicupira; SCHIAVETTI, Alexandre; CAMPIOLO, Sofia. Discussões do Conselho Deliberativo da Reserva Extrativista de Canavieiras, Bahia, Brasil: da gestão pesqueira à ambiental. *Revista da Gestão Costeira Integrada*, v. 12, n. 4, p. 463-475, 2012.

CAVALCANTE, Aniram Lins; PIRES, Mônica de Moura; STRENZEL, Gil Marcelo Reuss; FERRAZ, Marcelo Inácio Ferreira. A arte da pesca: análise socioeconômica da Reserva Extrativista de Canavieiras, Bahia. *Informe Gepec,* Toledo, v. 17, n. 2, p. 81-99, jul./dez. 2013.

DALTON, Tracey Morin. Beyond biography: a framework for involving the public in planning of U.S. marine protected areas. *Conservation Biology,* p. 1392-1401, 2005.

DANI, Felipe André; OLIVEIRA, Álvaro Borges de; BARROS, Débora Sabetzki. O desenvolvimento sustentável como ótimo de Pareto na relação entre os princípios constitucionais ambientais e os princípios constitucionais econômicos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 303-331, jul./dez. 2010.

DIAS, Micheline Flôres Porto. *Unidades de Conservação Marinha*: legalidade e legitimidade para a conservação. 2016. 163p. Tese (Doutorado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), PRODEMA, Ilhéus, 2016.

DUDLEY, N. (ed.). *Directrices para la aplicación de las categorías de gestión de áreas protegidas*. Gland, Suiza: UICN, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HOVARDAS, Tasos; KORFIATIS, Konstantinos; PANTIS, John. Environmental representations of local communities' Spokespersons in Protected Areas. *Journal of Community &Applied Social Psychology,* n. 19, p. 459-472, 2009.

JAMESON, Stephen; TUPPER, Mark; RIDLEY, Jonathon. The three screen doors: can marine "protected" areas be effective? *Marine Pollution Bulletin*, n. 44, p. 1177-1183, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEMMERER, Alexandra; KELSEN, Schmitt. Arendt, and the possibilities of constitutionalization in (international) law: Introduction. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, p. 717-722, 2010.

LOBÃO, Ronaldo. *Cosmologias políticas do neocolonialismo:* como uma política pública pode se transformar em uma política do ressentimento. Niterói: Eduff, 2010.

LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo; CUNHA, Cláudia Conceição. Educação ambiental e gestão participativa de Unidades de Conservação: elementos para se pensar a sustentabilidade democrática. *Ambiente e Sociedade*, Campinas, v. XI, n. 2, p. 237-252, 2008.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. Participação política, legitimidade e eficácia democrática. *Caderno CRH,* Salvador, v. 23, n. 60, p. 591-604, set./dez. 2010.

MASCIA, Michael; CLAUS, Anne. A property rights aproach to understanding human displacement from protected areas: the case of marine protected areas. *Conservation Biology*, v. 23, n. 1, p. 16-63, 2008.

MELO, Thais Hokoç Moura de; PORTO, Micheline Flôres; SCHIAVETTI, Mariana Bruck de Moraes Ponna; SCHIAVETTI, Alexandre. Legislação e prática para a conservação de cetáceos no Brasil com ênfase em atividades de turismo de observação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 18, v. 69, p. 279-298, jan./mar. 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOURA, Rodrigo Leão de; MINTE-VERA, Carolina Viviana; CURADO, Isabela Baleeiro; FRANCINI-FILHO, Ronaldo Bastos; RODRIGUES, Hélio de Castro Lima; DUTRA, Guilherme Fraga; ALVES, Diego Corrêa; SOUTO, Francisco José Bezerra. Challenges and prospects of fisheries co-management under a Marine Extractive Reserve Framework in Northeastern Brazil. *Coastal Management*, p. 617-632, 2009.

NIEDZIALKOWSKI, Krzysztof; JOUNI, Paavola; JEDRZEJEWSKA, Bogumila. Participation and protected areas governance: the impact of changing influence of local authorities on the conservation of the Bialowieza Primeval Forest, Poland. *Ecology and Society*, v. 17, n. 1, art. 2, 2012.

PORTER-BOLLAND, Luciana; ELLIS, Edward; GUARIGUATA, Manuel; RUIZ-MALLÉN, Isabel; NEGRETE-YANKELEVICH, Simoneta; REYES-GARCÍA, Victoria. Community managed forests ant forest protected areas: an assessment of their conservation effectiveness across the tropics. *Forest Ecologyand Management*, n. 268, p. 6-17, 2012.

PRATES, Ana Paula Leite; CORDEIRO, Alexandre Zananiri; FERREIRA, Beatrice Padovani; MAIDA, Mauro. Unidades de conservação costeiras e marinhas de uso sustentável como instrumentos para a gestão

pesqueira. In: BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). *Áreas Aquáticas Protegidas como instrumento da gestão pesqueira*. Brasília: MMA, 2007. p. 15-27.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Democracia participativa e participação pública como princípios do Estado Socioambiental de Direito. *Revista de Direito Ambiental*, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, n. 73, 2014a.

_____. *Princípios de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014b.

SCHENINI, Pedro Carlos; COSTA, Alexandre Marino; CASARIN, Vanessa Wendt. Unidades de Conservação: aspectos históricos e sua evolução. *Congresso Brasileiro de Cadastro Técnico Multifinalitário*. Florianópolis: UFSC, 10-14 out. 2004.

SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental*: nossa casa planetária. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SEIXAS, Cristina Simão; KALIKOSKI, Daniela; ALMUDI, Tiago; BATISTA, Vandick; COSTA, Adriane; DIOGO, Hugo; FERREIRA, Beatrice; FUTEMMA, Célia; MOURA, Rodrigo; RUFFINO, Mauro; SALLES, Rodrigo de; THÉ, Ana Paula. Gestão compartilhada do uso de recursos pesqueiros no Brasil: proposta de um programa nacional. *Seminário de Gestão Socioambiental para o Desenvolvimento da Aquicultura e da Pesca no Brasil*, 3, 2009.

SILVA, Patrícia. Exploring the linkages between poverty, marine protected area management, and the use of destructive fishing gear in Tanzania. 2006. Disponível em: <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/6407/Exploring%20the%20Linkages.pdf?sequence=2>. Acesso em: 5 nov. 2016.

_____. Da propriedade coletiva ao cogerenciamento: lições da primeira reserva extrativista Marinha Brasileira. In: BRASIL. MMA (Org.). *Áreas Aquáticas Protegidas como instrumento da gestão pesqueira*. Brasília: MMA, 2007. p. 149-167.

SIMS, Katharine. Conservation and development: evidence from Thai protected areas. *Journal of Environmental Economics and Management*, 60, p. 94-114, 2010.

SOUZA, Bruno de Brito Gueiros. Levantamento participativo de bens e serviços ambientais para estudos de valoração em reservas extrativistas em áreas de manguezais. *Anais do IX Encontro Nacional da Ecoeco*, 19p., Brasília, DF, Brasil, 2011. Disponível em: < http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/ix_en/GT1-240-107-20110616160313.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2016.

TROPER, Michael. Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy (review). *University of Toronto Law Journal*, v. 58. n. 4, p. 521-527, 2008.

WEBER, Max. *Economia y sociedad. Esbozo da sociologia compreensiva*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*, n. 54, p. 95-106, jul. 2007.

YIN, Robert. *Estudo de caso*: planejamento e métodos. Tradução Christian Mateus Herrera. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Micheline Dias

Doutora e Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela UESC. Professora de Direito Ambiental da UNEB e FAINOR. Bolsista NR1/FAINOR. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Centro de Análise de Ciências Ambientais – CAJA.

michelineporto@hotmail.com

Rahíssa Gomes

Bacharel em Direito pela FAINOR. Graduanda em Psicologia pela UFBA. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Ambiental FAINOR, do Grupo de Pesquisa Centro de Análise de Ciências Ambientais – CAJA e do Grupo de Pesquisa em Estudos de Direito e Discurso FAINOR.

rahissaazevedo@hotmail.com

Samene Batista

Doutoranda e Mestre em Memória, Linguagem e Sociedade pela UESB. Professora de Direito da FAINOR e da UNEB. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Estudos de Direito e Discurso FAINOR. Bolsista FAINOR.

samenebatista@gmail.com

Sofia Campiolo

Doutora e Mestre em Ciências Biológicas – Zoologia (UNESP). Professora no Programa de Mestrado e Doutorado – Rede PRODEMA – UESC.

sofiacampiolo@gmail.com

Alexandre Schiavetti

Doutor em Ecologia e Recursos Naturais (UFSCar). Ecólogo (UNESP/Rio Claro). Professor Pleno do Departamento de Ciências Agrárias e Ambientais (DCAA) da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Bolsista de Produtividade 1D do CNPq. Professor visitante no Exterior CAPES no Centro para El Estudio de Sistemas Marinos, CENPAT, Argentina.

aleschi@uesc.br

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 25.04.2017
Aprovado: 22.06.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201835

Trabalhar e não ser trabalhador: pertencimento e reconhecimento de classe na "vida do crime"

TO WORK AND NOT TO BE A WORKER: CLASS BELONGING, CLASS RECOGNITION AND CRIMINALITY

Amílcar Cardoso Vilaça de Freitas[1] e *Elizardo Scarpati Costa*[2]

Resumo

Pretendemos discutir percepções e posicionamentos com relação à questão de classe social por parte de jovens engajados no tráfico de drogas na Região Metropolitana da Grande Vitória (RMGV). Os dados empíricos discutidos aqui se baseiam em 45 entrevistas semiestruturadas e uma observação participante de 18 meses em unidades de internação para adolescentes em conflito com a lei. Apesar de reconhecerem suas atividades incriminâveis cotidianas como um "trabalho", os interlocutores não se reconheciam como "trabalhadores". Debateremos a distinção feita pelos entrevistados entre "trabalhadores" e "vagabundos", em suas implicações morais, na obtenção de renda e no consumo. Dessa forma, discutiremos como esse grupo observa questões ligadas à ética do trabalho e à classe social, apontando como questões morais, ligadas à condenação criminal, e questões objetivas, ligadas às possibilidades de consumo – seja devido à ilegitimidade do dinheiro obtido nas práticas incriminâveis, seja pelas incertezas da "vida no crime" – são mobilizadas nessas classificações.

Palavras-chave

Classe social; pertencimento de classe; ética do trabalho; vida no crime; adolescentes em conflito com a lei.

Abstract

In this paper, we intend to discuss the perceptions and positions concerning the social class issue from the standpoint of young men engaged in drug trafficking in the Great Vitória Metropolitan Area (RMGV). The empirical data consists on forty-five semi-structured interviews and participant observation, run by 18 months, in facilities for juvenile delinquents. In spite the fact that they could consider their daily criminal activities as "work", they did not consider themselves as "workers". We shall debate the distinction the subjects made between "laborers" and "vagabonds" in its moral implications, as well as source of income and in consumption. Hence, we will discuss how this group perceives issues concerning work ethics and social class. We intend to evince how moral issues are employed in these classifications, concerning criminal condemnation and possibilities of consumption – either due to ilegitimity of the money that comes from criminal activity, or due to instability of crime-life.

Keywords

Social class; class belonging; work ethics; crime-life; juvenile delinquency.

1 Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-Rio-Grandense
Lajeado – RS – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-9927-1868

2 Universidade Federal do Rio Grande
Rio Grande – RS – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-4367-8810

CC BY-NC

Introdução

Este artigo pretende discutir percepções e posicionamentos com relação à questão de classe social por parte de jovens engajados no tráfico de drogas na Região Metropolitana da Grande Vitória (RMGV). A estratégia metodológica utilizada na realização da pesquisa incluiu 45 entrevistas semiestruturadas e uma observação participante que se estendeu de julho de 2013 a dezembro de 2014 em duas unidades de internação para adolescentes em conflito com a lei – a Unidade de Internação Metropolitana de Internação (Unimetro), em Vila Velha, e a Unidade de Internação Provisória II (Unip II), na cidade de Cariacica do estado do Espírito Santo – e o objeto empírico selecionado foram os adolescentes submetidos à medida socioeducativa de internação. Essa medida socioeducativa é a mais grave que pode ser imposta a um adolescente, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Ecriad – Lei n. 8.069/1990).

Nessas unidades de internação, foi possível entrevistar os adolescentes isoladamente, sem a presença de qualquer agente do Estado na sala. Foi-nos permitido também acompanhar o andamento de atividades escolares e oficinas extracurriculares, especialmente na Unimetro. Durante esses momentos, contudo, éramos acompanhados por ao menos um agente socioeducativo, sem contar as vezes que estávamos com professores, pedagogos, psicólogos, assistentes sociais ou jurídicos.

Na maioria das vezes, após ser apresentado ao adolescente, o pesquisador solicitava uma entrevista. Houve casos em que o pedido para realização de uma entrevista veio após algum período de convivência – em um único caso um interno veio se apresentar ao pesquisador e solicitou ser entrevistado. Quando o interno concordava em participar, era realizada uma sessão de perguntas nas quais o pesquisador buscava compreender como o adolescente via as transformações em suas relações sociais e em sua sociabilidade, face ao avanço de sua carreira criminal. Aqueles que preferiam não participar eram deixados, mas houve poucos casos de negação explícita – apenas três. Mediante uma segunda autorização, várias dessas entrevistas foram gravadas, embora haja dez entrevistas feitas sem o registro de áudio, num total de 45. Falava-se sobre uma variedade de tópicos como as relações familiares, as amizades, as relações amorosas, as de vizinhança, assim como suas relações com a polícia e com as organizações voltadas para a prática de atos incriminâveis.

Como se acompanhou o cotidiano dos adolescentes dentro das unidades, foi possível encontrar inúmeras vezes com os adolescentes que já haviam sido entrevistados. Apesar de ser um ambiente que não contava mais com o isolamento, também se saía da formalidade da entrevista. Durante esses encontros, se falava de todo tipo de assunto, muitas vezes não relacionado com a carreira criminal ou com a vida do adolescente. No entanto, em algumas ocasiões era possível aprofundar assuntos discutidos nas entrevistas ou que envolviam temáticas relacionadas ao "mundo do crime". Nesses encontros menos formais, se pôde construir uma relação de maior confiança entre o pesquisador e os adolescentes. Foi também possível compreender com maior profundidade alguns dos dados que haviam sido colhidos durante as entrevistas, bem como aprofundar conversas e elucidar cenários e possibilidades que vinham sendo levantadas

durante a pesquisa. Neste artigo, portanto, buscamos explorar as construções feitas pelos entrevistados relacionadas ao trabalho e à classe social, coletadas tanto nas entrevistas como em conversas informais. Ao fim de 18 meses, a maioria dos adolescentes com quem havíamos estabelecido contato já tinha recuperado a liberdade e, por essa razão, encerramos a pesquisa.

Vale ressaltar que, embora nenhum deles estivesse responsabilizado pela prática de tráfico de drogas – a medida de internação em regra é dada à prática de atos infracionais considerados mais graves, como o roubo ou o homicídio –, a quase totalidade dos adolescentes entrevistados estava engajada nesse comércio ilegal. Na representação que esses jovens apresentaram, configura-se um "mundo do crime",[1] do qual a organização local do tráfico de drogas é o articulador principal.

Assim, fazer parte de quadrilha de traficantes de drogas no nível local envolve a participação numa série de atividades que se assemelha a relações de trabalho tradicionais: significa ter horários fixos de desempenho da função, zelar pelos bens da "firma" e respeitar a hierarquia organizacional.[2] Além disso, significa maximizar os ganhos financeiros, seja como trabalho de safra (por período), seja por uma porcentagem sobre aquilo que foi vendido no varejo. Esses ganhos eram elevados, muito maiores do que um adolescente poderia auferir no mercado formal ou mesmo do que os salários dos trabalhadores adultos sem qualificação.

Nesse sentido, nossa proposta central é discutir quais foram as representações mobilizadas em torno da questão da classe social por parte dos entrevistados. As falas nas entrevistas e as conversas transcritas nas entradas do caderno de campo foram divididas em diferentes "nós", com auxílio de um *software* de análise de dados qualitativos (Nvivo), possibilitando separar os diferentes assuntos, como religião, vida familiar, uso de drogas, prática de atos incriminá veis etc. Nesse trabalho, analisamos as entradas que se remetem a trabalho formal, a noções de classe social e a gasto de dinheiro e consumo – o que não significa que nessas entradas, alguns dos outros temas não sejam citados também. Porém, privilegiamos os temas ligados à garantia da subsistência e à obtenção de dinheiro.

Pode-se, assim, indagar qual é a posição que esses jovens ocupam em relação à classe-que-vive-do-trabalho (ANTUNES, 1999). Nesse sentido, mobilizamos conceitos ligados à classe social, especialmente o conceito de lumpemproletariado (MARX, 2000) para jogar luz sobre a situação que esses interlocutores apresentavam, na busca de compreender como eles se aproximam e se afastam dos trabalhadores que ocupam postos no mercado formal. Não pretendemos, contudo, subsumir completamente a condição desses jovens ao lumpemproletariado, como demonstraremos posteriormente.

1 Para uma discussão sobre as categorias de crime, vida no crime e mundo do crime, ver Grillo (2013).

2 O termo "firma" era usado nativamente, o que denota claramente essa analogia, assim como os termos "gerente", para os responsáveis intermediários, e "patrão", para os chefes principais.

Vale ressaltar que todos partiram de bairros periféricos da RMGV e que, na maioria dos casos, eram filhos de trabalhadores desqualificados. Contudo, aparentemente, eles se colocam contrários à lógica do trabalho, que permitia sobrevivência e dignidade social aos pais de muitos deles e à maioria de seus vizinhos. Assim sendo, buscaremos visualizar os aspectos objetivos e subjetivos da discussão de classe social feita pelos próprios sujeitos analisados na pesquisa.

1 Trabalhar e não ser trabalhador

Lohaine Jardim Barbosa (2012) indica que o tráfico de drogas nos bairros periféricos da RMGV é um *trabalho* que não faz qualquer distinção de classe, cor ou escolaridade. Dessa forma, é uma atividade na qual são acolhidos também os mais miseráveis, os negros e pardos periféricos, aqueles que não possuem níveis elevados de escolarização ou bons contatos no mercado de trabalho. Chamamos atenção aqui para o fato de o tráfico varejista de drogas ser visto como um "trabalho". Vários dos entrevistados utilizaram o termo "trabalho" para designar suas práticas incriminá veis, especialmente nas organizações locais destinadas à venda de drogas ("movimento").

> Você volta, tem droga pra comprar, dinheiro pra contar, arma pra comprar, arma, é só assim. Vinte e quatro hora, todo dia, rotina já acostumada já, todo dia assim. Você acorda de manhã cedo e acabou a droga, tem que comprar. Ah, fulano tem que pegar dinheiro com fulano, com ciclano, é maior correria, fi. Tem neguinho que fala que é fácil essa vida, não é fácil não. Correria, fi. (Interlocutor 01,[3] entrevista realizada na cidade de Cariacica, em 13 de julho de 2013)

Por outro lado, segundo a literatura, a lógica de pensamento dos "bandidos" e a ética do trabalho tendem a ser sempre opostos. Por exemplo, Michel Misse (1999, p. 208) aponta que "é contra o *ethos* do trabalho que age o bandido", indicando que o combate aos "bandidos", ao longo do século XX, tem como marca estar sempre articulado com os processos de disciplinamento das classes populares. Alba Zaluar (1994) argumenta que o "bandido" é alguém que abriu mão da ética do trabalho. Segundo ela, entre os mais pobres existem aqueles que se revoltam, mediante as péssimas condições de trabalho – baixos salários, posições subalternas – que os esperam caso eles decidam se engajar no mercado formal, e, portanto, optam por passar a portar uma arma e a sobreviver do dinheiro obtido por meio de práticas criminalizáveis.

3 Na impossibilidade ética e legal (Ecriad – Lei n. 8.069/1990, art. 17) de nomear os entrevistados, optou-se por numerá-los, de forma a preservar sua identidade.

Notou-se que diversas vezes os adolescentes entrevistados se referiam aos vizinhos que tinham empregos no mercado formal como "trabalhadores", uma categorização que eles acreditavam que não servia para a autodescrição – eles mesmos seriam "vagabundos", "ladrões", "do crime", mas não "trabalhadores".

> No crime, a vida é responsa [*divertida, interessante, o equivalente ao uso coloquial do termo "legal"*], não tem? A vida não é ruim não, é bom, mas não vale a pena, não. Tudo o que você tem você perde rápido. Tem que ter, pode morrer de uma hora pra outra. Vida de trabalhador é vida suada, mas você tem o dinheiro o todo mês, dinheiro abençoado [legítimo] também. (Interlocutor 02, entrevista realizada na cidade de Vila Velha, em 22 de agosto de 2013)

> Meu pai também é um cara tranquilo, nunca se envolveu com nada, nunca usou droga… a única droga dele é a bebida e o cigarro. Trabalhador; trabalha pra ele mesmo. (Interlocutor 03, entrevista realizada na cidade de Vila Velha, em 28 de março de 2014)

A vida no crime assim distingue-se da vida de trabalhador, apesar de ser muito trabalhosa. Apresenta-se, portanto, um ente de difícil definição sociológica: pessoas que trabalham, mas que não são trabalhadoras. Objetivamente, são indivíduos despossuídos dos meios de produção e que dependem de suas próprias energias para se apropriarem de matérias necessárias à sua vida e à sua sobrevivência. Por outro lado, abriram mão da ética que essa posição apresenta e não se restringem aos preceitos legais que constrangem a maioria dos despossuídos dos meios de produção. Ao mesmo tempo, não qualificaram sua mão de obra – ao menos pelos canais legais e tradicionais. Ainda assim, são pessoas sem qualificação que dependem do dispêndio de sua própria energia no trabalho para obterem renda. Porém, segundo o próprio entendimento, não são pessoas trabalhadoras. Acreditamos que essa distinção tem dois elementos importantes: em um núcleo de sentido, há uma questão moral a ser compreendida, que remete à negação da ética do trabalho e à indisciplina.[4] Contudo, essa dimensão se dá em articulação com a situação objetiva dos "vagabundos" que vai também se distinguir dos "trabalhadores", que apresentaremos posteriormente.

Ao analisar o oximoro de nossos interlocutores se apresentarem como pessoas que trabalham ainda que não sejam trabalhadores, observamos que várias reflexões podem surgir dessa contradição aparente. A primeira pergunta que nos parece sobressair é: afinal, se não são trabalhadores, são o quê? Uma questão marcante nesse sentido é a origem de classe que esses

4 Se pensarmos a ética do trabalho numa perspectiva weberiana, notamos um afastamento do *modus operandi* dos entrevistados, levando em consideração os pressupostos do espírito do capitalismo, que visa a valorização do trabalho como sinônimo de acumulação de riqueza nas sociedades capitalistas. Ver Weber (1981).

adolescentes apresentam. A *governamentabilidade* (FOUCAULT, 2008) de jovens delinquentes sempre associou pobreza, abandono e delinquência, sendo que, de alguma forma, a gestão dos jovens delinquentes esteve sempre articulada com a suposta periculosidade da juventude pobre. Edmundo Campos Coelho, já no final da década de 1970, indica que serão sempre os indivíduos de *status* socioeconômico mais baixo os mais perseguidos pela polícia e os mais condenados pela justiça penal: "Também os estereótipos que os policiais têm do criminoso ou do infrator contumaz das leis constituem referências importantes para sua atuação; e, como os indivíduos de *status* socioeconômico baixo são aqueles que mais se ajustam a tais estereótipos, são eles que constituem os alvos por excelência da polícia." (COELHO, 2005 [1978], p. 276).

Do mesmo modo, constatamos que os adolescentes entrevistados tinham origens nas classes populares e que isso foi importante no processo que desencadeou na medida socioeducativa de internação. No entanto, a forma como era percebida essa origem de classe detinha variações, que tentavam classificar diferentes posições dentro da classe-que-vive-do-trabalho (ANTUNES, 1999).[5] As famílias poderiam ter maiores ou menores dificuldades de obtenção de renda, e, para exprimir essa situação, a expressão utilizada recorrentemente era "(não) ter condições":

> Minha mãe não tem condições, pá. Minha mãe tá desempregada, ela trabalha de faxina, tá ligado? Trabalha de faxina faz um bom tempo já também. Aí, ela tá sem condição, eu falei: "Ah, deixa eu sair, vou arrumar um trampo aí, e vou fazer a união estável, véi". (Interlocutor 04, entrevista realizada na cidade de Vila Velha, em 24 de julho de 2013)

No caso desse exemplo, o adolescente queria pagar por taxas cartoriais para oficializar a relação com sua companheira. Ele sabia, entretanto, que sua mãe não poderia arcar com as despesas e que ele só poderia quitá-las com o próprio dinheiro. Isso demonstra muito como foram apresentadas as próprias famílias: como famílias que "têm" ou que "não têm condições". Quando os pais tinham empregos estáveis ou fontes de renda regulares, eles diziam que os pais "tinham condição", ainda que a família estivesse muito longe de ser rica ou de apresentar sinais de capital cultural ou social ligados a classes médias e altas. Quando os indícios de capital cultural e social, incluindo a qualificação da mão de obra pela educação – especialmente o acesso ao ensino superior –, começavam a aparecer, as pessoas passavam a ser consideradas "burguesas"; ou, no linguajar mais comum, *playboys*.

5 Ricardo Antunes (1999) propõe a noção de classe-que-vive-do-trabalho, com intuito de explicar a nova morfologia da classe trabalhadora, salvaguardando a heterogeneidade histórica da classe trabalhadora. Para o autor, a classe-que-vive-do-trabalho é formada por trabalhadores (homens e mulheres) produtivos e improdutivos, desprovidos de meios de produção, trabalhadores precarizados, mas também de desempregados e trabalhadores informais.

Toda a noção do *playboy* estava marcada de estereótipos. O universo dos *playboys* era pouco conhecido e as famílias "trabalhadoras" que "tinham condições" não faziam parte dele. O *playboy*, portanto, era uma espécie de outro generalizado para todas as pessoas que pertenciam a classes ou a frações de classes superiores. Um dos entrevistados tinha uma companheira que tinha "um pouco mais de condição" – ou seja, que vinha de uma família com trabalhadores qualificados com curso superior – e nos contou que ela uma vez lhe disse:

> você sabe o que minha família pensa, alguns da minha família, da parte da minha mãe que você sabe que é parte da *burguesia* não gosta, não quer de jeito nenhum, mas meu pai, minha avó, meu tio, 'tão com você, mesmo se não, eu 'tô com você. (Interlocutor 05, entrevista realizada na cidade de Vila Velha, em 15 de agosto de 2013)

Famílias que são "parte da burguesia" eram vistas como ainda mais opostas à "vida no crime". Em geral, nos depoimentos dos interlocutores, não foram apresentadas grandes distinções entre as classes médias e altas, de forma que a figura do *playboy* parece englobar a todas elas. Ela se distingue assim da figura do "trabalhador", embora dentre os "trabalhadores" possam ser distinguidos os que têm mais ou menos condições materiais.

2 Trabalhadores, *playboys* e vagabundos

A autoidentificação dos entrevistados caminhava para a noção de "vagabundo". O "vagabundo", por seu turno, também não está entre os "trabalhadores", tampouco entre os *playboys* ou como "parte da burguesia". Durante o trabalho de campo, acompanhou-se um diálogo entre quatro adolescentes e um agente socioeducativo (encarregado de vigiá-los), interessante para mostrar como eles entendiam essas noções. Nessa conversa, eles deixam evidenciada a percepção de que se tratam de três categorias objetivamente diferentes: "trabalhadores", "vagabundos" e *playboys*.

O argumento dos adolescentes era de que os "trabalhadores" imitavam a eles ("vagabundos") no modo de se vestir. O agente, aqui claramente identificado como "trabalhador", retrucou dizendo que os "vagabundos" tentam imitar os *playboys* e os "trabalhadores" também, por usarem roupas de marcas. Outros agentes vieram também para distribuir o lanche dos adolescentes e igualmente entraram na conversa. Segundo um dos adolescentes, muitos "trabalhadores" usam roupa mesmo para ficar "parecendo vagabundo". Eles citaram que como "vagabundo" se vive pouco, mas se vive como quer; e também que eles têm sempre roupas caras, estão sempre de "nave" (possuem sempre um veículo de locomoção, como uma motocicleta ou um carro), "pegam" (se relacionam sexualmente com) mais de dez mulheres por dia. Então, perguntaram aos agentes quem é que não quer uma vida assim.

Por seu turno, os agentes apresentavam respostas que lhes conferiam superioridade moral baseada na ética do trabalho. Assim, diziam que "entrar para o crime" qualquer um "entra",

porém, trabalhar e se esforçar é que seria difícil. Mas, em outro momento, um dos agentes reconheceu que ele não acha fácil trocar tiro com outras pessoas. Um dos adolescentes disse que "entrar para o crime" qualquer um entra, mas "representar" são poucos: apontando que existe uma questão de postura, que também é difícil de ser mantida e que nem todo "vagabundo" consegue levá-la adiante.

Detecta-se aqui uma percepção da sociedade de classes a partir da perspectiva dos adolescentes, de forma que eles dividem a sociedade na qual vivem em três classes. Pode-se notar que "trabalhadores" e "vagabundos", apesar de serem classificações diferentes, são unidos por um fator em comum. Na percepção dos adolescentes, o que essas "classes" têm em comum é o que as oporia aos "playboys", portanto os "playboys" não teriam a preocupação imediata com a sobrevivência e com a satisfação das necessidades imediatas – sejam elas do estômago ou da fantasia (MARX, 1983). Logo, "trabalhadores" e "vagabundos" possuem necessidades que requerem respostas urgentes.

O engajamento à quadrilha de traficantes local é uma forma de prover o próprio sustento e, nesse sentido, tem a mesma função do que a entrada no mercado formal de trabalho. Ainda assim, alguns dos adolescentes apontaram que não poderiam ter se aproveitado do provimento de seus pais por mais alguns anos; afinal, mesmo se tratando de uma família de "trabalhadores" que "tinham condição", era uma família de "trabalhadores":

> E eu me arrependi, arrependi porque eu tive muita oportunidade na vida. Eu tive. Meu pai e minha mãe não são ricos, mas têm uma condição boa. Minha família toda tem uma condição boa. Só eu mesmo que fui pra esse caminho louco. Caminho muito louco, mesmo assim, sempre tem oportunidade. (Interlocutor 06, entrevista realizada na cidade de Vila Velha, em 18 de junho de 2013)

Assim, a falta de "condições" da família é sempre vista como uma possível justificativa para a entrada na "vida no crime". Muito embora, apesar de a família poder ter "condições", seria preciso sempre que o adolescente se engajasse, ele também, no mercado de trabalho. Porém esse engajamento nem sempre é fácil e, muitas vezes, é difícil para menores de idade conseguir atividades que lhes proporcionem renda. Além do mais, mesmo que a família possa sustentá-lo, ele pode se sentir um peso para o orçamento doméstico dos pais ou dos responsáveis, sentindo-se dependente da família. Conseguir a própria geração de renda equivale, dessa forma, a sentir-se mais livre:

> Rapaz, pra falar a verdade pra você, eu gosto de trabalhar pra adquirir o que é meu, não tem? Eu não gosto de depender dos outros, nunca gostei de depender do meu pai e da minha mãe. Um dos motivos que eu entrei pro crime foi por causa disso, sempre gostei de ter minhas coisas, meus carros, minhas motos, minhas roupas de marca e meus pais não tinham condição de dar o que eu queria, então... E eu também não gostava de ficar

> pedindo porque eu sabia as condições dos meus pais, então... Por isso que entrei pro crime mesmo, fazer o quê? (Interlocutor 07, entrevista realizada na cidade de Cariacica, em 21 de agosto de 2013)

Merton (1970) chama de "inovação" as situações nas quais os indivíduos aceitam as metas institucionalmente definidas, mas negam os meios definidos como legítimos para atingi-las. Para esse autor, há situações nas quais o sucesso financeiro, socialmente estabelecido como meta principal, pode superar a falta de honra nos meios em adquiri-los. Ele argumenta que para as camadas populares, essa pressão tende a ser sentida de maneira ainda mais forte: elas têm mais dificuldade em obter sucesso nos meios legítimos dada a sua posição na estrutura social, ao mesmo tempo em que tendem a aspirar aos padrões de sucesso definidos de maneira geral, em busca do "sonho americano". Para os adolescentes entrevistados, o envolvimento em carreiras criminais permite atingir o padrão de consumo que eles desejam.

Não obstante, o engajamento nessas carreiras apresenta um problema moral: ele não confere a mesma dignidade que o engajamento no mercado de trabalho legal. A "vida no crime" é criminalizada por definição, logo, interditada e imoral. Não é possível, uma vez engajado nessa "vida", apresentar o discurso ligado à ética do trabalho. Portanto, este será sempre visto como o "caminho mais fácil", mesmo que os riscos de ser preso ou morto aumentem drasticamente. Contudo, essa dimensão criminalizante vai provocar também diferenças objetivas nas vidas de "trabalhadores" e de "vagabundos".

A problemática da diferenciação moral e da diferenciação objetiva de classe aparece também na obra de Karl Marx, principalmente no conceito de lumpemproletariado, em especial, quando analisa o golpe de Estado que torna o presidente da França Luís Napoleão Bonaparte em imperador dos franceses. Não é nosso intuito enquadrar a posição de classe de adolescentes engajados em carreiras criminais na RMGV como lumpemproletariado. Nosso objetivo, resgatando o conceito de Marx, é comparar as situações de forma a compreender melhor a situação dos adolescentes entrevistados. Com relação ao conceito de lúmpen, Marx (2000, p. 97) afirma que:

> A pretexto de fundar uma sociedade beneficente, o lumpemproletariado de Paris fora organizado em facções secretas, dirigidas por agentes bonapartistas e sob a chefia de um general bonapartista. Lado a lado com *roués* decadentes, de fortuna duvidosa e origem duvidosa, lado a lado com arruinados e aventureiros rebentos da burguesia, havia vagabundos, soldados desligados do exército, presidiários libertos, forçados foragidos das galés, chantagistas, saltimbancos, *lazzarani*, punguistas, trapaceiros, jogadores, *maquereaus*, donos de bordéis, carregadores, *literati*, tocadores de realejo, trapeiros, amoladores de faca, soldadores, mendigos – em suma, toda massa indefinida e desintegrada, atirada de ceca em meca, que os franceses chamam de *La bohêmme*.

Deseja-se aqui chamar atenção para o fato de que, na construção de classes sociais de Karl Marx, a propriedade ou não dos meios de produção geralmente é o fator central para a classificação de cada classe como fato objetivo. Há, obviamente, definições mais pormenorizadas na obra de Marx, que englobam o tipo de propriedade ou a qualificação da mão de obra. O lumpemproletariado, contudo, não é definido apenas por isso. Em vários trechos Marx aponta também Luís Napoleão como parte desse grupo, o que coloca o imperador na mesma categorização que mendigos e saltimbancos. O que une o lumpemproletariado é a "necessidade de beneficiar-se às expensas da nação laboriosa"; logo é um "rebotalho de todas as classes [que formam] a única classe em que pode [Bonaparte] apoiar-se incondicionalmente" (Ibidem, p. 98). O lumpemproletariado é identificado por ser uma classe que se apropria daquilo que "a nação laboriosa" produziu. Porém não se confunde com a apropriação dos produtos do trabalho do proletariado que os proprietários dos meios de produção realizam. O comportamento do lumpemproletariado parece a Marx como imoral e inadmissível, seja na sociedade burguesa, seja numa sociedade de triunfo do proletariado. O lumpemproletariado é mostrado como atrelado com o enriquecimento ilícito (Ibidem, p. 186 e ss.), com o consumo imediato de produtos de luxo (p. 101) e com o uso da violência (p. 169), características que aparecem repetidamente nos discursos dos entrevistados.

Se fosse apenas um problema moral, Marx poderia ter reduzido a questão apenas à falta de consciência de classe, como na conceituação de classe em si e para si de Marx, que pode ser apresentada na seguinte forma:

> As classes em si conjunto de membros de uma sociedade que são identificados por compartilhar determinadas condições objetivas, ou mesma situação no que se refere à propriedade dos meios de produção, das classes para si classes que se organizam politicamente para defesa consciente de seus interesses, cuja identidade é construída também do ponto de vista subjetivo. (QUINTANEIRO et al., 2003, p. 43-44)

Esse problema, porém, se apresenta para os "trabalhadores", como os agentes socioeducativos que mencionamos acima, que podem discutir como a dignidade que eles associam a sua posição de trabalhador pode ser revertida em ganhos políticos ou em solidariedade. Porém, não se reproduz entre os "vagabundos", não incluídos moralmente na classe-que-vive-do-trabalho. Uma vez excluídos da categoria de "trabalhadores", eles não podem se mobilizar nessa classe para si, sendo tidos sempre como alguém que escolheu o "caminho louco", como disse um interlocutor já citado, "se beneficiando das coisas mais fáceis", como afirma um outro interlocutor do qual transcreveremos parte do depoimento posteriormente.

Todavia, é importante notar que Marx identifica também que as condições objetivas da vida do lumpemproletariado não se confundem com as do proletariado. O "desejo de enriquecer às custas de uma nação laboriosa" não apenas é desprezível, ele gera práticas e possibilidades objetivas que separam esses grupos e que os afastam dos trabalhadores. Nesse sentido, ela não pode

fazer parte da classe para si não apenas pelas interdições morais, mas também pelas questões objetivas, que a afastam da classe em si. Não pretendemos reduzir nossos jovens engajados ao tráfico de drogas ao lumpemproletariado e com isso explicar toda sua condição de classe. Mas acreditamos que existam pontos em comum entre a separação que Marx faz entre lumpemproletariado e proletariado e a separação que foi coletada no trabalho de campo entre "vagabundos" e "trabalhadores", uma vez que ambas parecem relacionar elementos de condenação moral e de condição de vida. Quando pensa no lumpemproletariado, Marx aponta para uma classe que não se enquadra nas relações sociais de produção nas quais se inscreve o proletariado. Retornando aos adolescentes entrevistados nessa pesquisa, busca-se apontar aqui para o fato de que suas carreiras criminais não geram apenas diferenciação moral, solidificada em processos de rotulação, mas também condições objetivas diferenciadas tanto na obtenção de renda, quanto nas práticas de consumo, como procuraremos demonstrar a seguir.

Contudo, ao contrário da articulação do lúmpen, os adolescentes que entrevistamos não sentem que pertencem a uma classe que é um rebotalho de todas as classes: sua origem está bem fincada no que Marx chamaria de proletariado, que eles chamam de "trabalhadores", e que Antunes (1999) amplia como a classe-que-vive-do-trabalho. Portanto, a pressão para satisfazer as necessidades é a mesma que sentem os trabalhadores, como apontamos há pouco. Nesse sentido, à medida que se tornam adultos e que buscam sua autonomia enquanto membros da sociedade, eles se veem pressionados a poder sustentar a si próprios e a suas famílias. No discurso dos adolescentes, é possível engajar-se à carreira criminal ou ao mercado de trabalho, entretanto, não há uma terceira opção:

> E quem não quer, assim, pô, se não fosse crime você não queria ganhar numa gerência do tráfico de drogas, você ganhar dois mil por semana, se não fosse crime? É difícil. A gente sabe que é um crime, só que é um crime que 'tá te beneficiando as coisas mais fácil. Que nem você recebe, uma auxiliar de serviço gerais fica um mês pra receber seiscentos e quarenta e cinco enquanto que um gerente de uma boca de droga ganha dois mil por semana, enquanto que um vapor tá ganhando trezentos, quatrocentos reais por noite. É triste, entendeu? Aí, as pessoas acabam procurando as coisas mais fácil. E a realidade das favelas que a gente é nascido e criado é essa. Certo é a gente ter o nosso livre-arbítrio pra escolher. Escolha quem faz é nós e o destino quem traça também. Então, se eu fiz uma escolha, eu vou traçar meu destino, e tracei desse jeito. Só quebrei a cara, mas... (Interlocutor 08, entrevista realizada na cidade de Vila Velha, em 06 de agosto de 2013)

Não obstante, para além de pensar nas diferenciações morais, podemos pensar como o engajamento a uma ou outra possibilidade cria diferenças objetivas nas formas de obter renda e de consumir desses adolescentes. Os adolescentes entrevistados passaram a ter rendas muito mais significativas do que a de seus pais e de que a maioria de seus vizinhos adultos. O último depoimento reforça o que foi apontado constantemente: os valores recebidos na "vida do crime"

superam e muito quaisquer possibilidades dos adolescentes no mercado formal de trabalho. Esse é um fator objetivo que permite muito da vazão aos desejos hedonísticos e de consumo:

> Ah, se o cara for fazer rock [*festa*] com o dinheiro de serviço 'tá ligado que não dá. O cara vai fazer um rock igual ele fazia na época que ele era do crime, que roubava, que traficava, tinha não sei quantos mil, dentro lá, várias gente ajudando ele a fazer um rock? Se você for fazer você sabe que vai fazer sozinho, se tu fazer na mão não é uma festa de família, um churrasquinho na mão. Mas esse aí não é o rock que nós gosta. Se for tem que ter não sei quantos de bebida, droga, carne, não sei, várias mulher, é aí é triste, dinheiro vai todo em menos de duas horas de rock. [...] Dinheiro que o cara ganha no mês o cara gasta todo, já no tráfico o dinheiro que você ganha em um dia não tem diferença, amanhã você vai ganhar mais, você vai pegar mais... Se tu pegou dois, três mil hoje, juntou com mais uns amigos ali você comprou mil e quinhentos reais de bebida, droga e essas parada toda e coloca no rock, vai ter os outros que vai ajudar, aquele dinheiro não vai fazer nem falta se você for parar pra pensar, porque amanhã você vai fazer o quê, você vai de pé você vai roubar, você vai pegar ou mais ou menos, mas vai pegar, você vai traficar e você vai ganhar o mesmo tanto que você tinha ontem. Então esse dinheiro não vai fazer diferença, agora pra uma pessoa trabalhadora que tem que se matar o mês todo não dá pra fazer a mesma coisa que nós faz não. (Interlocutor 09, entrevista realizada na cidade de Vila Velha, em 1° de agosto de 2013)

Alguns elementos neste depoimento merecem ser destacados. Em primeiro lugar, a noção de que sempre vai se ganhar mais dinheiro imediatamente. Isso separa "vagabundos" e "trabalhadores", uma vez que estes recebem seus salários mensalmente e precisam fazer com que o dinheiro dure até o próximo pagamento. Para os "vagabundos", a renda obtida com o tráfico de drogas pode ser previsível, mas o dinheiro obtido com assaltos é sempre uma incógnita – não se sabe exatamente quanto vai se auferir e, eventualmente, pode ser muito mais do que o que se imaginava – porém, se o ganho não parecer suficiente, é sempre possível sair para cometer um novo assalto. Desse modo, as diversões dos trabalhadores precisam ser muito mais comedidas.

Estabelece-se também uma lógica de conduta baseada na ideia de gastar o dinheiro assim que o obtém. Em parte, essa lógica pode ser explicada pela situação de privação que os entrevistados viveram durante suas infâncias. A maioria de seus pais "não tinha condições" e, agora que eles obtêm regularmente rendas mais altas, é de se esperar que eles as utilizem de maneira a compensar a ausência prolongada desses produtos. Em trabalho com adolescentes em conflito com a lei no Rio de Janeiro, Cruz Neto, Moreira e Sucena (2001, p. 142) argumentam que:

> Haverá algum jovem que não se compraza diante de tal situação? Afinal, o consumo e todos os seus acessórios – fama, poder e *status* – são valorizados por ser uma característica

> distintiva de uma sociedade que diariamente bombardeia-nos com sua lógica mercantil: vista a roupa *A* para ficar mais bonito e ter sucesso profissional; beba refrigerante *B* para conquistar a garota que você deseja; use a vitamina *C* para ter uma vida saudável; dirija o carro *D* para ter uma vida com mais adrenalina!

Esses adolescentes nos parecerem claramente ligados à sedução do consumo em sua forma mais midiática, embora ela não tenha sido criada por e para eles. Entretanto, isso não explica as gritantes diferenças que eles apontaram entre seus gastos e os gastos dos "trabalhadores", que não se limitam aos montantes, mas também à forma de gastar. Apontemos então mais um depoimento:

> Nós pensava que nós ia ficar tranquilão, ganhando dinheiro, pegando mulher, tudo sem guerra com ninguém… Nós 'tão cheio de problema, processo da justiça, sabendo que qualquer polícia que der batida ni nós, nós vão direto pra cadeia. E aí, o que que nós conquistamos? Nós já tivemos moto, já tivemos carro, já tivemos peça [*arma de fogo*] de tudo quanto é jeito, hoje em dia o que que nós temos? Já perdemos carro, já perdemos moto, não temos nenhuma casa. O dinheiro que tem é esse aqui que tá no bolso. Não temos nada. Aí nós via: "caraca, esse mundo que nós 'tamo é doido mesmo, doido mesmo". Falei: "de repente se eu tivesse trabalhando eu 'taria com um, um dinheiro". Que antes o dinheiro suado, trabalhado, você pensa mil vezes antes de gastar cinco reais. Você vai gastar cinco reais aí você fala assim: "Será que eu tenho necessidade mesmo de gastar pra comprar isso? Esses cinco reais foi quase um dia que eu trabalhei, ou até mais né? Dois dias dependendo do trabalho. Será que vai valer a pena gastar um dia de serviço pra comprar isso? Vou comprar não." Mas já com o dinheiro da droga, você não se preocupa com aquilo ali, porque você ganhou aquilo ali agora, você gasta daqui a pouco e daqui a pouco mesmo você já vai ter outro, é aquele dinheiro amaldiçoado que te dá com uma mão tirando com as duas (Interlocutor 05).

Muitas expressões que indicam que o dinheiro auferido através de práticas incriminá veis é gasto rapidamente eram utilizadas, como "vem fácil, vai fácil"; ou "o diabo dá com uma mão e toma com duas". Muitos elementos se somam para explicar esse tipo de comportamento. Já mencionamos o desejo – ou mesmo a "necessidade da fantasia" – de obter certos produtos. Também não se pode esquecer a sensação fascinante e viciante que a vazão de desejos de prazer proporciona. Entretanto, ainda se somam outros fatores, como a capacidade de planejamento.

Richard Sennett, em *A corrosão do caráter* (2006), aponta que trabalhadores durante o período do capitalismo industrial – até a década de 1970 – tinham maiores possibilidades de projetar seus futuros em um período de maior estabilidade. Assim, ele pôde acompanhar a trajetória de um faxineiro que, fixo no mesmo emprego por décadas, investiu na educação dos filhos,

enquanto os filhos – formalmente bem-educados – tinham dificuldade de prever seus próximos passos nas carreiras, dadas as novas instabilidades que o mercado de trabalho apresentava no final do século XX. Analogamente – e apenas enquanto analogia – os "vagabundos" encontram-se em uma relação de ainda maior instabilidade: podem ser presos a qualquer momento, como o depoimento acima indicou, e têm a mesma possibilidade de serem mortos. Além disso, numa operação policial, podem ter o dinheiro que eventualmente juntaram confiscados – oficial ou extraoficialmente – por policiais; ou ainda ter de gastá-lo com advogados. Por outro lado, eles apresentam muita dificuldade de investir legalmente o dinheiro que adquirem: seria muito complicado possuir bens com documentos em seus nomes, o que dificulta sobremaneira manter contas em banco, ou investir em imóveis ou automóveis de maneira oficial. Os "trabalhadores", por outro lado, podem usar seu dinheiro sem constrangimento legal e mesmo que sejam obrigados a prestarem conta de sua origem não encontram problemas quanto a isto; e também podem se imaginar em uma relação mais estável no longo do tempo – afinal, jovens "trabalhadores" têm boas razões para acreditarem que viverão ainda por muitas décadas.

Nesse sentido, muitos dos adolescentes antes de se engajarem ao tráfico de drogas, tiveram experiências no mercado formal de trabalho e, portanto, podiam comparar as duas experiências. É de se admirar outro aparente paradoxo que eles me apresentavam: quando tinham altas rendas, não tinham qualquer excedente no final do mês; quando recebiam parcos salários, conseguiam economizar. Portanto, eu solicitava sempre aos que tinham tido uma experiência como "trabalhador" que comparassem a forma como gastavam:

> Era diferente porque quando eu 'tava trabalhando... Quando eu 'tava na molecagem mesmo era curtir com o dinheiro, era curtir tipo assim era mais comprar negócio pra fazer festa em casa. Eu botava o som lá e ficava comprando um monte de bobeira, gastava à toa, véi, tipo, sei lá: "ah, 'tô com vontade de comer isso", mais com bobeira. Aí quando eu estava trabalhando não, eu arranjei uma namorada e comecei a morar com ela e ajudar. Aí o que acontecia eu ajudava, minha mãe administrava o dinheiro junto com minha namorada pra poder nós comprar as coisinhas certinhas, entende? Aluguel não preocupava muito não, ajudava mais em água e luz, entende? Caramba, estava com uns planos mesmo já tinha corrido atrás pra poder tirar cartão, ver se conseguia cartão pra poder tirar móvel porque aí eu queria alugar uma casa fora daquele lugar ali porque eu estava dentro da favela ainda, aí eu já queria morar fora da favela, não queria mais ficar na favela. Aí eu comecei a comprar as coisas e caí na bobeira de novo naquela onda. Porque eu 'tava com aqueles planos todos só que estava devagar, as coisas você sabe que quando vai trabalhando não é assim "bum". Não vem. (Interlocutor 10, entrevista realizada na cidade de Vila Velha, em 13 de agosto de 2013)

Depoimentos como esse foram repetidos em todos os casos em que os adolescentes tinham experiência como "trabalhadores". De maneira geral, pode-se dizer que a vida do "trabalhador"

permite que ele junte dinheiro e tente construir patrimônio, enquanto a vida do "vagabundo" demanda que ele gaste o mais rapidamente possível tudo o que conseguir, pela junção de fatores que elencamos. Dessa maneira, as práticas de diversão e de extravasamento do prazer não apenas são perseguidas pelo "vagabundo", mas são permitidas por suas condições objetivas. Eles externavam a sensação de que não importava quanto dinheiro eles ganhassem com práticas incriminâveis, em pouco tempo eles estariam sem nada:

> Entrevistador – Aí tirava mais com o tráfico ou tirava mais com...?
> Entrevistado – Rapaz, na verdade, eu não tirei nada com nada de lugar nenhum.
> Entrevistador – Tudo que tirava ia embora rapidinho.
> Entrevistado – Isso é verdade, isso não é mito não, isso é verdade. Por mais malandro que seja o bandido, ele ganha dez mil aqui, ele deve dez, vinte lá na frente.
> Entrevistador – Deve a quem?
> Entrevistado – Tô falando, ele ganha dez mil aqui, mas aí compra um carro de luxo aqui, compra outro, vai embora. Aí 'cê vê, o cara vai preso, 'cabou, depois de uma semana 'tá com mais nada. Dinheiro, tudo que vem fácil, vai fácil. Porque deve, no sentido assim, você ganha dez, você gasta vinte. Você nunca gasta quanto você ganha, 'cê nunca gasta o que você pode. Aí, nessa vida, só quer mais e mais. Aí esquece do dia de amanhã. (Interlocutor 06)

Os depoimentos sobre quanto era possível adquirir trabalhando no "movimento" eram bastante inconsistentes entre si. Com o tempo, percebemos que isso não era central na situação em que eles se encontravam: não importava quanto fosse a quantia, ela seria gasta de maneira rápida e hedonística.

3 Revolta ao trabalho?

Boa parte dos entrevistados oscilou entre a posição de "trabalhador" e a de "vagabundo" ao menos em algum momento. Em *A máquina e a revolta* (1994), Alba Zaluar demonstra com o trabalho era visto ora como fonte de dignidade, ora como humilhante e análogo à escravidão. A dificuldade de obter renda legalmente a partir dos estratos socioeconômicos mais baixos poderia ser fonte de orgulho para muitos, embora sempre fosse vista como injusta e árdua. É nessa conjuntura, segundo a autora, que alguns se revoltam, colocam "uma arma na cintura" e abandonam a ética do trabalho. Os adolescentes que foram entrevistados nessa pesquisa apresentaram uma lógica muito semelhante:

> Entrevistado: Eles queria que eu trabalhasse em supermercado, embalar compra pros outros e nisso eu não ia trabalhar não.
> Entrevistador: Por que não? Era ruim o horário?

> Entrevistado: Duzentos e vinte reais por mês mano, tá doido? Pra trabalhar o mês todo? Não, mano, eu não quero trabalhar pra ganhar mixaria não; vou me matar. Eu ia estudar de manhã ou à noite, se eu fosse estudar a noite eu ia pegar de oito até cinco e meia, ia em casa tomar banho e ir pra escola… tinha o INSS, pra ganhar duzentos e quatro reais por mês e eu falei: "que isso? Não". Não ia trabalhar de embalador não, não ia fazer isso não, não voltei pra escola, depois fui preso de novo, fiquei três meses, saí agora esses dias e fiquei morcegando na rua, uma semana e meia, e fui preso por homicídio.
> Entrevistador: Você falou que eles tinham oferecido duzentos e vinte por mês e mínimo na época era por volta…
> Entrevistado: Duzentos e vinte a duzentos e cinquenta alguma coisa assim, metade de um salário mínimo, que na época era por volta de quinhentos reais. Era meio salário que eles pagam aqui, então eu não quis não, eu falei pra minha irmã que queria arrumar pra mim, que eu não quis não. (Interlocutor 11, entrevista realizada na cidade de Cariacica, em 03 de julho de 2013)

Muitos se queixavam das péssimas condições que encontraram no mercado de trabalho, que muitas vezes não obedeciam à legislação trabalhista. Alguns diziam que não trabalhariam por um salário mínimo ou que se recusariam a fazer certos tipos de emprego. Era uma reclamação constante na Unimetro a de que não havia oportunidades de trabalho para os internos. Houve um adolescente, contudo, que foi encaixado em um emprego em uma fazenda. A reação que se pôde captar de alguns de seus colegas, no entanto, não foi nada simpática: eles se recusavam a ter um emprego em que fossem obrigados a fazer um trabalho muito pesado ou a lidar com fezes de animais.

Esse tipo de reação está na dimensão do que Alba Zaluar chamou de "revolta". Por outro lado, Normando Jorge de Albuquerque Melo (2013), em sua pesquisa com adolescentes em conflito com a lei na região metropolitana de Recife, indica que o trabalho aparece, na visão de seus interlocutores, como o principal fator para abandono de carreiras criminais, bem como para provar essa "mudança". É quando se insurge contra a ética do trabalho que o estilo de vida do "vagabundo" ganha sua acusação moral mais grave: uma vez contra essa ética, tendencialmente o "vagabundo" deixa de permitir qualquer projeto de ordem moderna, ainda que revolucionário. Nas palavras de Melo (2013, p. 149-150):

> Se os pobres sempre foram alvo de suspeitas, elas foram se intensificando na medida em que a sociedade salarial se constituía, e com ela, uma moralidade que tem como base o amor ao trabalho, ontologizado como fator de humanização e fonte exclusiva da dignidade humana. A ideologia que colocou o trabalho como lei suprema da sociedade, não está presente apenas nos discursos populares, nas representações consideradas leigas da vida social, mas penetrou as análises acadêmicas. Só para citar um exemplo mais irônico, isso pode ser visto na figura do lumpemproletariado, no qual Marx e

> Engels identificam um caráter corroído pelo tempo prolongado de desemprego, e que por sua total ausência de valores é pernicioso à consciência revolucionária do proletariado. É ou não uma leitura feita através das lentes do "amor ao trabalho", da ética capitalista que busca incutir no cativo o amor pelo cativeiro, e assim garantir os braços necessários à sua reprodução?

Podemos afirmar que a posição defendida por Karl Marx e Friedrich Engels é centrada essencialmente no fim da exploração dos homens pelos homens, tendo enfoque em duas premissas: a primeira seria o foco no *trabalho concreto*, que *vis-à-vis* representa a abstração do trabalho útil no contexto de relativização do seu conteúdo particularmente intrínseco (tráfico) do trabalho realizado por alguém, sendo demarcado por Marx como qualquer trabalho humano praticado em geral, do qual consta a utilização de dispêndio físico e/ou intelectual para ser executado, bem como o *trabalho abstrato*, ou o tempo de trabalho socialmente necessário à produção e comercialização (funcionamento do tráfico de drogas) do trabalho (mercadoria). Em suas próprias palavras:

> Todo trabalho é, por um lado, dispêndio de força de trabalho do homem no sentido fisiológico, e nessa qualidade de trabalho humano igual ou trabalho humano abstrato gera o valor das mercadorias. Todo trabalho é, por outro lado, dispêndio de força de trabalho do homem sob forma especificamente adequada a um fim, e nessa qualidade de trabalho concreto útil, produz valores de uso. (MARX, 1983, p.53)

Contudo, o fim da *alienação* do trabalho só poderá ser verificável se conjugado com a segunda premissa, qual seja, a questão da teoria da emancipação social e política em Karl Marx. De maneira resumida, representa a superação da sociedade capitalista, da exploração dos homens pelos homens, a eliminação das classes sociais a partir do próprio proletariado. Ou seja, a revolução social, segundo Marx, é a busca incessante por uma sociedade superior da qual classificou como sociedade comunista, que representaria a emancipação total da humanidade (MARX, 2010).

> Assim, a emancipação humana só será plena quando o homem real e individual tiver em si o cidadão abstrato; quando, como homem individual, na sua vida empírica, no trabalho e nas suas relações individuais, se tiver tornado um ser genérica; e quando tiver reconhecido e organizado as suas próprias forças (*forces propres*) como forças sociais, de maneira a nunca mais separar de si essa força social como força política. (FREITAS; COSTA, 2013, p. 649)

Entretanto, no estado de organização político-econômica da sociedade atual, no qual existe a alienação do trabalho, o "amor ao trabalho" dificilmente poderá ser mais do que a defesa de que os explorados aceitem a exploração. No entanto, apresentamos e analisamos

a perspectivas dos adolescentes, que não se rebelaram contra o trabalho em si, mas estão em desacordo com algumas faces do labor na contemporaneidade: se revoltaram contra o trabalho mal pago, contra os horários ruins e as atividades humilhantes, mas diziam que "teriam coragem de trabalhar", se encontrassem um "bom emprego". A discussão que fazem, portanto, não é revolucionária, buscando a superação do trabalho alienado – e sequer nega o valor do trabalho – em si, mas sua revolta (ZALUAR, 1994) vai contra as possibilidades de trabalho que eles encontram. Logo, os que estavam mais distantes de terminar o Ensino Médio por vezes mencionaram supletivos para "terminarem os estudos"; os que estavam mais próximos pensavam em fazer cursos técnicos, sempre visando o mercado de trabalho. Contudo, mesmo que se consiga um emprego, a "vida difícil" exige disciplina e os obrigará a (re) adquirir a docilidade que Foucault (1991) descreveu: seria preciso abrir mão das possibilidades de extravasamento imediato de desejos de prazer e de consumo que estão presentes na "vida fácil".

Considerações finais

Buscamos aqui entender e elucidar as percepções sobre o pertencimento de classe de adolescentes em conflito com a lei na RMGV engajados no tráfico ilegal de drogas. Algumas categorias nativas indicam fortes analogias entre o "mundo do crime" e o "mundo do trabalho", como por exemplo, a noção de que se faz parte de uma "firma", na qual as pessoas estão organizadas em "plantões" e chefiadas por "gerentes" e por um "patrão". Mesmo o termo "trabalho" chega a ser utilizado nativamente para designar essas atividades incriminá veis. Todavia, a categoria "trabalhador" nunca é mobilizada no mesmo sentido, chamando atenção para a separação entre o "trabalhador" e o "vagabundo".

Muito se considerou as alterações que um processo de rotulação criminal (BECKER, 2008; CICOUREL, 1995; LEMERT, 1972; MATZA, 1969) geram para a vida daqueles que são rotulados e para os que estão em torno deles. É possível pensar desde processos de demonização individual dos adolescentes, que levam ao combate a eles como a personificação da criminalidade (como o processo de sujeição criminal descrito por Misse [1999]), até criminalização da pobreza de maneira mais ampla a partir do medo que a ideia de que criminalidade dentro das favelas permite (MALAGUTI BATISTA, 2003), sob diferentes ângulos.

Nesse sentido, o pertencimento de classe dos adolescentes pode ser discutido. Sabe-se que eles são mais facilmente criminalizados por serem oriundos das classes mais populares. Por outro lado, sabe-se que eles não têm à sua disposição a dignidade que a ética do trabalho confere e não podem se afirmar como trabalhadores iguais àqueles que têm posições no mercado formal de trabalho. É possível pensar que o processo de rotulação criminal os diferencia dos demais membros das classes populares. Logo, estão, de alguma forma, discriminados dentro de suas comunidades de origem, até por terem abandonado integral ou parcialmente a ética do trabalho.

Por outro lado, existem questões que não são oriundas da interação social e do processo de rotulação, que aqui denominamos de objetivas: a renda majorada, a incapacidade de aplicar o dinheiro em investimentos que possam demandar justificativa de sua origem, a incerteza sobre o futuro – não apenas sobre a manutenção dos rendimentos, mas sobre a manutenção da liberdade e da vida em si. Esses fatores diferenciam, mais uma vez, "vagabundos" e "trabalhadores", embora outros fatores objetivos também os aproximem novamente, como a falta de qualificação da própria mão de obra, a necessidade de transformar o dispêndio da própria energia e tempo em dinheiro com urgência, as poucas oportunidades de ascensão profissional e de educação.

Por esse ângulo, acreditamos que muito ainda há por ser analisado a respeito dessa temática. A definição dessas situações é central para a compreensão da situação desses jovens e mesmo para pensar situações de inibição de atividades criminosas. Isso significa abandonar a personificação do problema e investigar as condições no qual ele ocorre.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho:* ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

BECKER, Howard. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CICOUREL, Aaron. *The social organization of the juvenile justice*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1995.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do Diabo*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005.

CRUZ NETO, Otávio; MOREIRA, Marcelo Rasga; SUCENA, Luiz Fernando Mazzei. *Nem soldados nem inocentes*: juventude e tráfico de drogas no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1991.

_____. *Segurança, território, população:* curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREITAS, Amílcar Cardoso Vilaça de; COSTA, Elizardo Scarpati. O direito moderno sob a ótica dos clássicos da sociologia: análises e questionamentos. In: *Cad. CRH* [online], v. 26, n. 69, 2013, p. 639-653.

GRILLO, Carolina Christoph. *Coisas da vida no crime:* tráfico e roubo em favelas cariocas. Tese (Doutorado em Antropologia). PPGSA/UFRJ, Rio de Janeiro, 2013.

JARDIM BARBOSA, Lohaine. Reflexões acerca do valor simbólico do "mundo do crime": a "outra família". *SINAIS* – Revista Eletrônica, Vitória, v. 1, n. 11, jun. 2012.

LEMERT, Edwin. *Human deviance, social problems, and social control*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1972.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. 1, Livro Primeiro, tomo 1.

_____. *O 18 Brumário de Luís Bonaparte*. Versão para eBook. Ridendo Castigat Mores: 2000.

_____. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MATZA, David. *Becoming Deviant*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1969.

MELO, Normando Jorge Albuquerque. *"Suspeitei desde o princípio":* a construção da identidade entre os internos da FUNASE-PE. Tese (Doutorado), PPGSA/IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, 2013.

MERTON, Robert King. Anomia e estrutura social. In: *Sociologia:* teoria e estrutura. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970. p. 203-227.

MISSE, Michel. *Malandros, marginais e vagabundos*: acumulação social da violência no Rio de Janeiro. Tese (Doutorado em Sociologia), Iuperj, Rio de Janeiro, 1999.

QUINTANEIRO, Tânia et al. *Um toque de clássicos*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter:* as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2006.

ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta*: as organizações populares e o significado da pobreza. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Pioneira/UnB, 1981.

Amílcar Cardoso Vilaça de Freitas

Doutor em sociologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-Rio-Grandense (IFSul).

amilcarchicago@yahoo.com.br

Elizardo Scarpati Costa

Doutor em sociologia pela Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra (UC) e professor da Universidade Federal de Rio Grande (FURG).

eliscarpati@hotmail.com

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 07.07.2017
Aprovado: 02.07.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201836

O cárcere e a Assembleia Legislativa Provincial Mineira (1835-1889)

IMPRISONMENT AND THE PROVINTIAL LEGISLATIVE ASSEMBLY OF MINAS GERAIS (1835-1889)

Yuri Alvarenga Maringues de Aquino[1] e *Lucas Frederico Viana Azevedo*[2]

Resumo

O presente trabalho possui como objetivo analisar o desenvolvimento do sistema carcerário na Província de Minas Gerais no período do Brasil Imperial, em especial após o ano de 1830, quando a edição do Código Criminal ampliou as hipóteses de aplicação das penas de prisão, mas não cuidou de um regramento específico para o regime de cumprimento dessa pena, criando, assim, dificuldades para a implementação das prisões em todas as unidades da federação. Para isso, a pesquisa valeu-se de busca da legislação editada na referida Província, bem como de documentos produzidos pelos Presidentes de tais unidades regionais, declarações elaboradas por Ministros da Justiça e notícias publicadas em jornais à época. Ao final, conclui-se, após exposição a respeito de como Minas Gerais lidou com essa temática e quais questões foram priorizadas pelo poder legislativo estadual, que a inexistência de normatização adequada sobre o assunto provocou efeitos nefastos ao sistema penitenciário brasileiro, dando azo ao surgimento de um modelo prisional, desde a sua origem, defeituoso.

Palavras-chave

Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais; competência legislativa; Código Criminal de 1830; cárcere; regime de cumprimento de penas.

Abstract

The present work intends to analyze how the prison system developed in the Province of Minas Gerais in the period of the Empire of Brazil, especially after the year of 1830, when the publication of the Criminal Code did not create a specific regulation of the imprisonment, which by its turn hindered the improvement of prisons in all federate states. This article resorted to a research of laws edited at that time, as well as to documents produced by the Presidents of the beforementioned Province, statements of Attorney Generals, and articles published in newspapers at that time. It is concluded, after exposing how Minas Gerais acted regarding this theme and which issues were prioritized by the legislative power, that the absence of specific laws concerning this subject provoked problematic results to the penitentiary system, favoring the development of a structurally defective prison system.

Keywords

Legislative Assembly of Minas Gerais; legislative competence; Criminal Code of 1830; imprisonment; regulation of imprisonment.

1 Procuradoria da República em Minas Gerais
Belo Horizonte – MG – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-7775-4295

2 Universidade Federal de Minas Gerais
Belo Horizonte – MG – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-8613-1217

CC BY-NC

Introdução

A conjuntura hodierna do cárcere, fruto das condições socioeconômicas, políticas e legais, alimentada por ineficazes políticas públicas e incrementos punitivistas, é prova inconteste do fracasso estatal na condução do cumprimento de penas privativas de liberdade. No entanto, isso não é um fenômeno exclusivo da atualidade, mas consequência de uma construção histórica. Com efeito, diversas fontes e formas envolvem a progressiva construção de um instituto. E com o cárcere não é diferente. A realidade contemporânea é oriunda de vicissitudes vividas na implementação da prisão no país e das influências nacionais e estrangeiras sobre a forma de pensá-lo. O trato da história carcerária é, então, de importante medida, fornecendo uma melhor compreensão dessa figura.

Buscou-se, neste trabalho, a investigação de uma fração dessa história carcerária a fim de melhor conhecer o seu todo, avaliando-se o cárcere nos tempos da Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais. Não é coincidência que o período escolhido diz respeito à instalação do instituto no país, como será visto mais à frente. Tomam-se, portanto, como limites de estudo, os seguintes marcos: o cárcere no tempo de atuação da Assembleia Legislativa Provincial que vigorou de 1835 a 1889 na Província de Minas Gerais.

Havia, à época, a necessidade de se modernizar a estrutura carcerária para o cumprimento das leis, pois a nação brasileira não possuía, excetuando-se alguns parcos exemplos, locais adequados para tanto. A situação se complicava ainda mais na medida em que o Código Criminal de 1830 ampliou as hipóteses de aplicação das penas de prisão, omitindo-se, entretanto, de estabelecer um regramento específico para o cumprimento das penalidades, papel relegado, em grande parte, como se mostrará, às próprias províncias, o que culminou no desamparo não só dos sentenciados, como também do próprio sistema carcerário, que se viu fadado ao fracasso frente à indeterminação legal.

Este trabalho persegue, nesse espeque, uma análise sobre a forma de desenvolvimento do cárcere na Província de Minas Gerais, o que permitirá, de certo modo, pela compreensão da matéria a nível regional, aproximar-se da condição carcerária a nível nacional. Para tanto, aplicou-se a metodologia discriminada a seguir.

Sobre os limites apontados, iniciou-se, junto a plataformas de pesquisa de arquivos e materiais históricos, em especial o Sistema Integrado de Acesso do Arquivo Público Mineiro[1] – em função de sua especificidade e afinidade temática, além de sua qualidade –, a busca por materiais relacionados ao objeto de pesquisa.[2] Complementarmente, optou-se pela análise

1 A plataforma Sistema Integrado de Acesso do Arquivo Público Mineiro pode ser acessada no seguinte *link*: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/>.

2 Outras plataformas utilizadas são as seguintes: Biblioteca Digital da Assembleia Legislativa de Minas Gerais (http://dspace.almg.gov.br/xmlui/handle/11037/121), Plataforma da Biblioteca Nacional (http://www.

de jornais de época, a fim de desvelar o que se asseverava sobre o cárcere na época trabalhada. Para tanto, os jornais disponíveis na Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional foram examinados. Outra fonte de pesquisa foram os relatórios dos Ministros da Justiça e dos Presidentes da Província de Minas Gerais, relativos ao período pesquisado. Por fim, quando da referência a Leis e Decretos de âmbito nacional, formulados à época, a busca valeu-se do acervo disponibilizado nos sites do Palácio do Planalto, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

Intende-se, a partir disso, retratar a realidade do sistema carcerário vivido pela Província de Minas Gerais de 1835 a 1889, a fim de melhor compreender as facetas históricas do instituto do cárcere.

1 A pena de prisão no Código de 1830

A Constituição Imperial de 1824, elaborada após a Independência do Brasil, trouxe a previsão, em seu art. 179, § 18º, de que se deveria conceber um novo diploma penal, prescrição essa posteriormente atendida com o Código Criminal de 1830.

Enquanto este não foi publicado, permaneceram vigentes, no que tange ao Direito Penal, as regras contidas no livro V das Ordenações Filipinas de 1603 (VASCONCELOS; OLIVEIRA, 2016, p. 267-268), as quais representavam, conforme lição de A. Bandeira Filho (1881, p. 29), a negação de um sistema penitenciário, um modelo cujas penas, inspiradas na Lei de Talião, poderiam assumir a forma de castigos físicos.

Com o advento do Código Criminal de 1830, de influência claramente liberal (COSTA, 2015, p. 47),[3] a então nova legislação exibiu grandes novidades relativamente às espécies de penas, tornando consideravelmente concreto o debate intelectual que se travava em torno do fenômeno da punição estatal. Sobre esse destaque da pena de prisão no Código Criminal de 1830, Z. M. T. Machado Neto (1970, p. 104) ressalta que:

bn.br/) e Núcleo de Pesquisa em História Econômica e Demográfica, integrado ao Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional – Cedeplar/Face/UFMG (http://www.nphed.cedeplar.ufmg.br/).

3 A influência liberal do Código Criminal de 1830 também é apontada por Z. M. T. Machado Neto (1970, p. 78-79), que, após detida análise das discussões legislativas que discutiram os projetos e pareceres que culminaram no Código Criminal de 1830, pronuncia: "As idéias de Beccaria e as doutrinas iluministas e enciclopedistas do século XVIII, os princípios da Declaração de direitos do homem e, provavelmente o próprio código francês de 1791 e o código da Louisiania como expressões do humanismo de que transborda o direito penal, através das novas definições do próprio direito de punir e de uma espécie de redefinição do ato criminoso em termos do próprio agente como unidade física e moral, tudo isso, associado, ao que tudo indica, às teorias utilitaristas de Bentham teria trabalhado o espírito dos deputados brasileiros quando da elaboração do código criminal de 1830".

> A pena de prisão, a que no código de 1830 se faz maior número de aplicações (mais de 50% dos crimes definidos imputam tal sanção), é, ainda para o comentador [faz referência aos comentários de Tomaz Alves Júnior ao código de 1830], "a pena por excelência do sistema de um código bem formulado.
> O acolhimento da pena de prisão para a maioria dos crimes definidos no código criminal é por si só um indicador da atitude renovadora resultante das influências das "novas ideias" nos homens responsáveis pelo nosso código penal.

Antes, vale destacar também que a Constituição de 1824 já alavancava as discussões acerca das formas de punição estatal, abolindo,[4] a princípio, a possibilidade das penas de açoite, tortura, marca de ferro quente e quaisquer outras de índole cruel. Contudo, tal mandamento foi obedecido em parte pelo Código Criminal de 1830, que, a despeito da vedação constitucional, previa, em seu art. 60,[5] a possibilidade de aplicação excepcional da pena de açoite aos réus escravos.[6] Além disso, inovou a Constituição de 1824 ao estabelecer que as cadeias deveriam possuir condições mínimas para a detenção dos réus, devendo, ainda, haver a separação destes em conformidade à gravidade dos delitos imputados.

M. B. Motta (2011, p. 78) demonstra que o complexo de penas se organizava da seguinte maneira:

> O arsenal das penas estabelecido pelo Código de 1830 compunha-se da morte na forca (artigo 38); galés (artigo 44); prisão com trabalho (artigo 46); prisão simples (artigo 47);

4 "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XIX. Desde já ficam abolidos os açoutes, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis" (BRASIL, 1824).

5 "Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a traze-lo com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. O numero de açoutes será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta" (BRASIL, 1831).

6 A pena de açoite, apesar de proibida pela Constituição, era comumente aplicada aos escravos, "expediente que tem como função social no sistema de relações e de contrôle daquela sociedade" (MACHADO NETO, 1970, p. 98). Com isso, o escravo, por não dispor de quaisquer direitos civis e políticos (não é cidadão), está, nas palavras de Z. M. T. Machado Neto (1970, p. 97-98), "fora da contemplação legal mais geral, e assim sendo dispositivos existirão para normar em casos específicos suas condutas, exatamente naquêles aspectos em que ela venha de afetar a própria instituição da escravidão que por sua vez é um dos fundamentos da estrutura econômica agrária do país. [...] o Código criminal de 1830, embora influenciado pelas ideias penais mais avançadas de sua época, por fôrça da pressão da estrutura social econômica colonial do país admite dispositivos e penas específicas para alcançarem uma camada da população que por ser escrava está fora do alcance da proteção geral dos direitos civis e políticos dos cidadãos".

> banimento (artigo 50); degredo (artigo 51); desterro (artigo 52); multa (artigo 55); suspensão de emprego (artigo 58); perda de emprego (artigo 59). Para os escravos, havia ainda a pena de açoite, caso não fossem condenados à pena de morte nem às gales. Depois do açoite, o escravo deveria ainda trazer um ferro, segundo determinação do juiz.

Na mesma linha do que já vinha ocorrendo em alguns países europeus, o engrandecimento da importância da pena de prisão fez-se ressoar no Código Criminal de 1830, quando foi estipulada, pela primeira vez, a pena de prisão com trabalho, inaugurando uma nova concepção de punição no Brasil. M. B. Motta (2011, p. 81) assevera que se trata, de fato, de um posicionamento que adere à postura de diversos Estados no século XIX, quando a pena de prisão passa a ocupar um dos mais importantes polos de discussão do sistema penal.

A razão de ser da redistribuição da "economia do castigo" (FOUCAULT, 2004, p. 11) – que culminou na substituição do modelo de pena de inflição espetaculosa e pública de sofrimento físico aos condenados, por um sistema de penas centrado no encarceramento em instituições disciplinares e totais – está diretamente relacionada às influências iluministas liberal e utilitarista que emergem a partir de meados do século XVIII e que muito influenciam os legisladores do Código Criminal de 1830. Para esses, a pena de prisão era o modelo mais afeito aos ideais de humanização e proporcionalidade defendidos pelo movimento das luzes e, portanto, mais adequado ao estágio de civilidade que se acreditava ter alcançado,[7] ainda que as terras brasileiras as recebessem com algumas adaptações (especialmente no que diz respeito à figura do escravo). Sobre a concepção ideológica do Código Criminal de 1830, expõe Z. M. T. Machado Neto (1970, p. 98) que:

> Êle [o Código Criminal de 1830] expressa as ideias de uma sociedade que acaba de ganhar sua autonomia política e que acolhe os princípios liberais mais em voga no tempo, os quais terão de conviver com concessões nascidas, ou melhor, determinadas pela própria estrutura econômica colonial que não se alterou com a independência política; com expedientes que refletem os valores da tradição, o peso do costume cimentado em séculos de acabamento, ou mais que isso, de reconhecimento e exigibilidade.

Sob a égide do estatuto repressivo de 1830, a pena de prisão foi progressivamente alçada ao papel de protagonista, não obstante o fato de as penas de morte e de galés terem continuado

7 Essa influência pode ser notada no pensamento dos juristas da época do Império, que, como destaca R. Sontag (2016, p. 65): "Considerar o encarceramento a pena 'civilizada' por excelência significava, para vários dos juristas da época imperial, criticar, principalmente, a pena de morte, as galés e os açoites. O potencial crítico da noção de 'civilização' poderia variar de acordo com a postura assumida pelo discurso jurídico diante dos regimes excepcionais, em particular no que diz respeito ao escravo, mas o significado do que deveria ser um direito penal 'civilizado' demonstrou-se bastante estável entre todos os juristas analisados".

a ser aplicadas até o início da República. Ademais, interessante notar que os castigos físicos restaram previstos, a despeito do mandamento constitucional, para os escravos, como já mencionado, incongruência essa que seria afastada definitivamente somente com a Constituição de 1891 e o Código Criminal de 1890.

Não obstante, apesar de ter surgido como uma das grandes novidades, a pena de prisão continuou ocupando um papel extremamente problemático no esquema de aplicação de penas. Tal era ainda a sua incipiência que se observa a ausência de normas jurídicas tratando especificamente da regulamentação da sua respectiva aplicação.[8] Aliás, no contexto da promulgação do Código Criminal de 1830, ainda não havia sido criado um Código de Processo de Criminal consentâneo à determinação da Constituição de 1824.

A. Bandeira Filho[9] pontua, trazendo à baila as lições de Friedrich Carl von Savigny, que a Constituição de 1824, ao desenvolver preceitos considerados avançados para a época em torno da temática das penas, trouxe igualmente uma série de inconvenientes, em especial no que concerne à aplicabilidade de tais dispositivos. Tratava-se, como observou o apontado jurista (BANDEIRA FILHO, 1881, p. 29), de uma codificação que prendia o futuro a uma série de conhecimentos ainda bastante limitados em uma época de transição, de modo que a efetividade do novo regramento restou gravemente limitada em face dos inúmeros problemas de índole política e orçamentária.

Vale assinalar que a multiplicidade de penas estabelecidas no citado Código consistia em verdadeiro atestado da transição pela qual passava o Brasil. Apesar de ocupar posição realçada entre as penas, a prisão dificilmente poderia vir disposta como única forma de punição, tendo em vista que, no referido período, o sistema prisional nacional ainda era extremamente precário. Os poucos edifícios destinados ao aprisionamento estavam em péssimas condições e, frequentemente, não eram dotados de estrutura adequada para deter prisioneiros, consistindo em casas que serviam como depósito de pessoas (KOERNER, 2006, p. 209). Daí a advertência de A. Bandeira Filho (1881, p. 30), para quem era altamente imprudente qualquer tentativa de eliminar as penas de morte ou de galés, ainda que evidentemente retrógradas e em descompasso com o ideal humanitário tão amplamente discutido em tal época, uma vez que, no Brasil, a incapacidade de se levar a cabo uma recuperação eficiente dos presos certamente inviabilizava a opção por um modelo unitário baseado na pena de prisão.

8 Sobre essa ausência, Z. M. T. Machado Neto (1970, p. 104-105) destaca que, apesar da influência do utilitarismo de Bentham na promulgação do novo código, o mesmo não aconteceu com "as idéias benthanianas da prática de um sistema penitenciário", uma vez que o Código de 1830 não faz referência a qualquer sistema penitenciário.

9 Segundo A. V. A. S. Blake (1883, p. 188-189), António Herculano Bandeira Filho foi um jurista que recebeu o grau de Bacharel (1873) e de Doutor pela Faculdade de Pernambuco. Durante sua carreira, foi diretor da 2ª seção da secretaria de estado dos negócios da justiça, além de ter sido nomeado "professor de philosophia e direito natural publico e constitucional da escola normal".

Em face da ausência de normas específicas dispondo sobre a matéria, em particular no que tange à pena de prisão, foi editado o Ato Adicional de 1834 (BRASIL, 1834), o qual atribuiu competência às Assembleias Legislativas provinciais para disciplinarem o regime de cumprimento da pena de prisão.[10] O produto dos trabalhos da Assembleia Legislativa da Província de Minas Gerais será, portanto, analisado como forma de demonstrar como a temática foi abordada na mencionada unidade regional, bem como para identificar como o sistema carcerário se desenvolveu durante tal época.

2 As Assembleias Legislativas Provinciais: história, contexto e competências

Nos anos que sucederam ao fim do período colonial, a independência e a formação do Estado do Brasil, o cenário político nacional enfrentou substanciais mudanças. O surgimento das Assembleias Legislativas Provinciais foi uma delas, impactando a dinâmica de governo do Império ao instituir, desde seus primórdios, um instrumento de ação e voz para os membros das oligarquias regionais, detentores do poder econômico.

A criação das Assembleias Legislativas Provinciais ocorreu no Governo Regencial, timbrado, sobretudo, pela sua conjuntura política conturbada e reviravoltas políticas. Naquele governo, sob forte influência liberal e com propostas de cunho descentralizador no âmbito político-administrativo, promulgou-se a Lei n. 16/1834 (BRASIL, 1834), conhecida como Ato Adicional à Constituição. Redigido por Bernardo Pereira de Vasconcelos,[11] o ato cuidou de conferir certo grau de autonomia administrativa e política às Províncias. Tal realização se concretizou, principalmente, pela criação das Assembleias Legislativas Provinciais, órgãos que substituíram os Conselhos Gerais:

> A Regência permanente, em nome do Imperador o Senhor Dom Pedro II Faz saber a todos os súditos do Império que a Câmara dos Deputados, competentemente autorizada para reformar a Constituição do Império, nos termos da Carta de Lei de 12 de outubro de 1832, decretou as seguintes mudanças e adições à mesma Constituição.

10 "Art. 10 da Lei n. 16/1834: Compete às mesmas Assembléias legislar [...] 9º) Sobre construção de casas de prisão, trabalho, correição e regime delas" (BRASIL,1834).

11 Bernardo Pereira de Vasconcelos foi um importante político mineiro nos tempos do Brasil Império. Eleito deputado para a primeira Assembleia Geral Legislativa (1826-29), continuou sendo reeleito até 1838, quando assumiu a posição de Senador por Minas Gerais. Foi, ainda, ministro da Fazenda (1831/32), ministro do Império (1837), e responsável pela pasta da Justiça no Ministério das Capacidades (1837). Teve importante papel na adoção do regime parlamentar durante o Brasil Império e foi fundador do Partido Conservador (INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO, s. d.).

> Art. 1º O direito, reconhecido e garantido pelo art. 71 da Constituição, será exercido pelas Câmaras dos Distritos e pelas Assembléias, que, substituindo os Conselhos Gerais, se estabelecerão em todas as províncias, com o titulo de: Assembléias Legislativas Provinciais. (BRASIL, 1834)

O Ato Adicional, em seu levante descentralizador, almejou distribuir competências de relevância política e administrativa às Assembleias Legislativas Provinciais, possibilitando maior poder deliberativo aos poderes regionais. Todavia, nos termos do art. 12 do mesmo ato (BRASIL, 1834), o rol de competências das Assembleias era taxativo, compreendendo apenas o disposto nos art. 10 e 11 da mesma lei. Seguem, a título de exemplo, algumas dessas competências:

> Art. 10. Compete às mesmas Assembléias legislar: 1º) Sobre a divisão civil, judiciária e eclesiástica da respectiva Província e mesmo sobre a mudança da sua Capital, para o lugar que mais convier. [...] 4º) Sobre a polícia e economia municipal, precedendo propostas das Câmaras. 5º) Sobre a fixação das despesas municipais e provinciais, e os impostos para elas necessários, contanto que estes não prejudiquem as imposições gerais do Estado. As Câmaras poderão propor os meios de ocorrer às despesas, dos seus Municípios. [...] 8º) Sobre obras públicas, estradas e navegação no interior da respectiva Província, que não pertençam à administração geral do Estado. **9º) Sobre construção de casas de prisão, trabalho, correição e regime delas.** [...] Art. 11. Também compete às Assembléias Legislativas provinciais: 1º) Organizar os Regimentos Internos sobre as seguintes bases: [...] 2º) Fixar sobre informação do Presidente da Província, a força policial respectiva; [...] 4º) Regular a administração dos bens provinciais. Uma lei geral marcará o que são bens provinciais. [...] 9º) Velar na guarda da Constituição e das leis na sua Província, e representar à Assembléia e ao Governo Geral contra, as leis de outras Províncias que ofenderem os seus direitos. (BRASIL, 1834, grifos nossos)

O desenho da política interna posto pelo Ato Adicional à Constituição era marcado por três instâncias de poder, com os municípios ocupando o menor grau, seguidos das províncias, que tinham amplos poderes para interferir e tutelar aqueles, e, por fim, o poder central do Império, com força sobre todos os demais. No entanto, essa segmentação política de maior autonomia durou pouco, pois, fragilizado pelas exacerbações políticas decorrentes dos constantes impasses políticos e rebeliões,[12] o governo da regência deparou com o fortalecimento e as pressões do Movimento Regressista.[13]

12 O governo imperial enfrentava constantes impasses políticos, que tencionavam a relação entre o poder central e as regiões, fenômenos atribuídos à existência de inúmeras zonas de indeterminação de poder. Tratava-se de herança de uma confusa divisão territorial quando da delimitação das Províncias, que se agravou com a des-

O Movimento Regressista propunha, em suma, uma imediata reestruturação do poder imperial, prezando por um poder central preponderante frente às demais instâncias de poder do Império, e tinha força, inclusive, nas Assembleias Provinciais Legislativas, encontrando grande apoio entre os parlamentares das províncias, até mesmo a Mineira. Nesse levante, sob a batuta de Bernardo Pereira de Vasconcelos, o mesmo que deu redação ao Ato Adicional, agora aliado ao Movimento Regressista, surge, então, a Lei de Interpretação ao Ato Adicional – Lei n. 105/1840 (BRASIL, 1840).

Essa Lei, promulgada inicialmente a pretexto de esclarecer o Ato Adicional à Constituição, teve, como advertem M. A. Faria e O. S. Dulci (2005, p. 36), como real intento "[...] infundir a reforma de 1834, significando o oposto ao que antes propusera", ou seja, reescrever e substituir a função descentralizadora do Ato Adicional à Constituição, restabelecendo maior concentração do poder político e administrativo do Império em uma figura central.

M. A. Faria e O. S. Dulci (2005, p. 19) destacam o impacto dessa política na Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais, com as seguintes palavras: "Em decorrência da hipertrofia do governo Imperial, sua Assembléia Legislativa [Minas Gerais], a exemplo do que ocorreu em outras províncias, não teve desempenho significativo, principalmente depois de 1840". Pode-se dizer que as Assembleias Legislativas Provinciais viveram dois períodos distintos. O primeiro de cinco anos (1835 a 1840), marcado por certa autonomia política e administrativa. E o segundo, vivenciado a partir de 1840, no qual seus poderes de autodeterminação foram novamente restringidos pelo poder central e, notadamente, pela Lei de Interpretação do Ato Adicional.

Embora possa se pontuar a existência desses dois momentos – o primeiro de maior liberdade e o segundo de maior restrição –, a influência e a intervenção do poder central sempre estiveram muito presentes nas Assembleias Legislativas Provinciais.[14] As deliberações do

centralização administrativa e a natural luta por influência/controle das zonas de penumbra pelos poderes regionais. O governo da regência apresentava-se bastante fragilizado e as exacerbações políticas, oriundas de todos os fatores apresentados acima, tomaram a forma de rebeliões, revoltas e conflitos, que envolviam as Províncias e o governo central; v.g. Cabanagem, Balaiada, Revolução Farroupilha e a Sabinada.

13 Com ideais contrários aos da descentralização, o Movimento Regressista acreditava que a autonomia levaria à ruína do Império brasileiro e que, para evitar isso, deveriam restringir a autonomia das províncias e as atribuições de suas Assembleias Legislativas. A chamada Reação Conservadora ou Reação Monárquica ocorreu com a união de Conservadores com Liberais moderados que se articularam em combate à "'anarquia'[13] que vicejou no país após a lei do processo criminal de 1832 e o ato adicional de 1834" (FARIA, 2005, p. 36). O movimento não logrou seus objetivos de imediato e a instabilidade política se manteve até meados da década de 1940.

14 No entanto, é válido ressaltar que diversos historiadores notam que, na prática, ainda assim havia considerável margem de autonomia nas Províncias, circunstância essa que é alvo de interessante debate historiográfico. V. M. Gregório, por exemplo, explicita essa peculiaridade com amparo nas lições de Miriam

órgão regional encontravam esse óbice mesmo antes da Lei de Interpretação, oriundo de vários instrumentos.

O próprio texto constitucional vedava, por meio de seus arts. 83 e 84,[15] a deliberação de assuntos de vultosa relevância política, econômica ou administrativa pelas Províncias (incisos I, II e III), prevendo seu controle pelos poderes Executivo (geral) e Legislativo (geral) (inciso IV). Essa última medida também era prevista no próprio Ato Adicional, que, em seu art. 20,[16] estabelecia o Poder Legislativo Geral como órgão de controle das deliberações das Assembleias Legislativas Provinciais. Assim:

> Cerceada por uma legislatura rígida, não possuía atribuições para discutir o que era de fato relevante à Província, como questões referentes à produção econômica, à infra-estrutura, à arrecadação de impostos e à segurança. O que sobrava à discussão dos deputados provinciais eram temas de somenos importância, como a aprovação obrigatória do orçamento e veleidades políticas. (FARIA; DULCI, 2005, p. 19)

Nesse sentido, é possível afirmar que os constantes embates políticos – entre Liberais e Conservadores e poderes centrais e regionais –, que marcaram a mudança de um momento mais livre para outro mais restrito, desenvolveram-se sobre uma legislatura já muito rígida. A briga se relacionava, portanto, a um exercício de competências de gênese muito limitada, que foi cerceado com a Lei de Interpretação. Dessa forma, a efetiva atuação das Assembleias sobre as matérias de sua competência, apesar de seu extenso rol de atribuições, cingia-se a legislações

Dolhnikoff, segundo a qual "embora o Regresso de fato tivesse possuído grande significação para o contexto político da época, seu objetivo era tão somente centralizar o judiciário, e não todas as esferas de poder do Estado. E, para isso, ele contava com a concordância tanto das elites provinciais quanto dos líderes do partido liberal, uma vez que representava um esforço para preservar a integridade do império. Neste sentido, a centralização absoluta, tão preconizada por José Murilo e Ilmar Matos, não teria sido uma realidade, uma vez que o pacto federativo instituído com o Ato Adicional de modo algum teria sido anulado pelas reformas conservadoras" (GREGÓRIO, 2012, p. 207).

15 "Art. 83. Não se podem propôr, nem deliberar nestes Conselhos Projectos: I. Sobre interesses geraes da Nação; II. Sobre quaesquer ajustes de umas com outras Provincias; III. Sobre imposições, cuja iniciativa é da competencia particular da Camara dos Deputados. Art. 36. IV. Sobre execução de Leis, devendo porém dirigir a esse respeito representações motivadas á Assembléa Geral, e ao Poder Executivo conjunctamente. Art. 84. As Resoluções dos Conselhos Geraes de Provincia serão remetidas directamente ao Poder Executivo, pelo intermedio do Presidente da Provincia" (BRASIL, 1824).

16 "Art. 20. O Presidente da Província enviará à Assembléia e Governo Geral cópias autênticas de todos os atos legislativos provinciais que tiverem sido promulgados, a fim de se examinar se ofendem à Constituição, os impostos gerais, os direitos de outras Províncias ou tratados, casos únicos em que o Poder Legislativo Geral os poderá revogar" (BRASIL, 1824).

de menor importância. Porém, a limitação não se punha como empecilho ao debate de matérias relevantes, nem mesmo a provocações da instância superior pelo órgão Provincial, solicitando-se medidas sempre que se julgava necessário (FARIA; DULCI, 2005, p. 54).

Fato é que, contudo, a autonomia transmitida às Províncias pelo Ato Adicional à Constituição, apesar de restrita, foi, ante a tensão crescente entre o poder central e o regional,[17] suficiente para incomodar e agitar os setores mais conservadores da política brasileira, ainda que se defenda que a atuação das Assembleias não teve grande expressão.

As Assembleias Legislativas Provinciais, formadas em 1835 pelo Ato Adicional à Constituição, perduraram durante todo o Império e tiveram seu fim com a Proclamação da República em 1889, quando as Províncias deram lugar aos Estados e as Assembleias Legislativas Provinciais passaram a ser denominadas de Assembleias Legislativas Estaduais.

2.1 A competência relativa ao cárcere

No tocante à temática ora analisada, há de se destacar a competência expressa das Assembleias Legislativas Provinciais acerca da matéria relativa ao cárcere. O art. 10, § 9º, do Ato Adicional pontua a atribuição da Assembleia para legislar sobre a "construção de casas de prisão, trabalho, correição e regime delas" (BRASIL, 1834). Como tratado no tópico anterior, o Código Criminal de 1830 trouxe como uma de suas maiores novidades, em um sistema de multiplicidade de sanções criminais (SONTAG, 2016, p. 47), a previsão da pena de prisão com trabalho e da pena de prisão simples, fato esse extremamente significativo no sentido de anunciar o carcerocentrismo que começava a se delinear não só no Brasil, mas também em diversos países europeus.

Não obstante isso, a novidade de previsão do cárcere veio acompanhada de uma espantosa lacuna acerca de seu regime de cumprimento, dificultando-se a realidade dos estabelecimentos prisionais nas províncias, pelo que se afirmava ser premente a sua normatização, como advertiu o Ministro da Justiça em exercício no ano de 1832:

> N'estes ultimos tempos tem sido extraordinário o esforço dos presos em arrombar as prisões. Desde que suberão, que o arrombamento não he crime, não há nem vigilancia nem meios de obstar ás tentativas. O governo espera, que a Assembléa Geral retocando o novo Codigo criminal n'esta sessão para pôr em melhor proporção as penas com os delictos, se não esquecerá d'este importante objecto. Cumpre igualmente, que o Poder Legislativo Decrete o gênero, e a quantidade de castigos correccionaes, que os Carcereiros possão infligir aos presos, quando recusão cumprir com seus deveres. Esta falta produz huma immoralidade espantosa: ameaça a existencia dos Empregados na prisão, e dificulta sobre maneira o tratamento dos presos. (BRASIL, 1832, p. 12)

17 Vide nota de rodapé n. 15.

Tal fato contribuiu para que, posteriormente, o Ato Adicional atribuísse às Assembleias Legislativas a competência para disciplinar tal matéria. Ressalte-se que se tratava de delegação absolutamente primordial, na medida em que o sistema jurídico de aplicação de penas demanda a formalização de alguma espécie de regulamentação.

Como visto, a Lei de Interpretação do Ato Adicional buscou tolher a autonomia das Províncias, restringindo as atribuições das Assembleias Legislativas Provinciais. Contudo, o referido diploma não fez referência à competência das Assembleias em relação à organização do cárcere, permanecendo válido o disposto no Ato Adicional.

Depreende-se de texto do Ministro da Justiça Manuel Antônio Duarte de Azevedo, em relatório do ano de 1873, apresentado à Assembleia Geral Legislativa, que, mesmo havendo um forte controle do poder central sobre as províncias, a competência das províncias relativa à matéria afeta ao cárcere (art. 10, item 9º do Ato Adicional) era respeitada. No entanto, salientou o Ministro que deveria o governo central inspecionar tal seara a fim de se garantir o rigoroso cumprimento da normatização constitucional e legal, além da possibilidade de imposição e execuções de regras de natureza geral, como as realizadas no Regulamento n. 120/1842 (BRASIL, 1842):

> Uma das dificuldades que se notam neste importante assumpto [reforma penitenciária] é a competencia das assembleias provinciais (art. 10, §9º do acto addicional) para legislaram sobre a construção de casas de prisão, trabalho, correcção e regimen dellas.
> Mas essa attribuição não exclue, antes se subordina á inspecção, que póde e deve o governo exercer pelos seus delegados, para que sejam respeitadas a constituição e as leis geraes: é nestas que se determinam os meios mais adequados á intimidação e ao melhoramento do condenado como fins principaes da pena; aquella estatue que as cadeias sejam seguras, limpas e bem, arejadas, havendo diversas casas para separação dos réos, conforme suas circunstancias e natureza dos crimes.
> A construcção e regimen das prisões influem essencialmente na gravidade da pena, comminada em um só codigo para todo o Imperio, e cuja execução sem duvida alguma é de natureza geral. Por isso no regulamento n. 120 de 31 de janeiro de 1842, arts. 144 a 170, se lançaram as bases para os regulamentos das prisões, que são organizados pelos chefes de policia com approvação provisória dos presidentes, e definitiva do governo geral.
> É conhecido o parecer da secção dos negócios do Imperio do conselho d'estado, segundo o qual ainda que esteja nas faculdades das assembleias provinciais legislar sobre as casas de prisão, cumpre todavia que os presidentes das províncias apresentem ao governo os planos dos edificios, porque dizia aquella secção, além de ser objecto geral e não provincial a segurança e a salubridade das cadeias, não póde o governo deixar de exercer sua inspecção sobre a disciplina com a qual deve estar de harmonia a construcção do edifício. Res. de cons. De 4 de Novembro de 1843.

> Na verdade legislando sobre a construcção e regimen das prisões, não podem as assembléias provinciais contrariar, alterar ou modificar a natureza e regimen das penas creadas para protecção e garantia da ordem social.
> A privação da liberdade, á que se reduzem hoje quase todos os meios da repressão penal, está sujeita a diversos regimens, que exigem para a sua execução casas de construcção diferentes. (BRASIL, 1874, p. 39-40)

O governo geral, desta forma, acabou invadindo competência das Assembleias Legislativas Provinciais por intermédio do Regulamento n. 120/1842 (BRASIL, 1842). Contudo, não o fez de forma absoluta, de sorte que o âmbito de atuação das Províncias não foi esvaziado pelo ato.

O regulamento cuida de forma geral da execução e do regime das penas. Dentre suas disposições, havia, por exemplo, a forma de inspeção das unidades, a forma geral (ideal) de como deve ser feita a divisão dos presos, as responsabilidades e deveres dos carcereiros, as regras gerais de obediência e sua forma de sanção, os procedimentos após a condenação e as regras gerais de regime e conversão de pena.

Consoante sublinhou o Ministro da Justiça, a competência das Assembleias deveria, entretanto, obedecer aos regramentos gerais impostos, não os desrespeitando quando do exercício de suas atribuições. O regulamento não cuidou de toda a matéria afeta ao cárcere, restando silente sobre diversos aspectos e legando a regulamentações especiais o trato de inúmeras outras questões. Nesse ponto, impõe-se apontar o art. 148 do Regulamento n. 120/1842 (BRASIL, 1842, grifos nossos), que reforça a intenção de se desconcentrar o detalhamento da execução das penas:

> Art. 148. Os presos deverão ser classificados por sexos, idades, moralidade e condições, separando-se essas classes, quanto for possivel, e observando-se o maior numero de subdivisões, que permittir o edificio. **Essas classificações e divisões serão estabelecidas, bem como o modo pratico de as pôr em execução, no Regulamento especial da prisão e nunca ficarão ao arbitrio do Carcereiro.**

Mesmo após o regulamento indicado, fazia-se imprescindível a construção de um sistema carcerário em todo o país, de situação ainda precária, sendo que a Assembleia Legislativa Provincial era o órgão a frente dessa tarefa, devendo não só determinar a construção de cadeias pelo seu território, mas também regular o funcionamento dos estabelecimentos prisionais, inspecionando, junto ao governo geral, o cumprimento das normas.

3 O cárcere na Província de Minas Gerais de 1835 a 1889

A Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais foi instalada em 31 de janeiro de 1835, e figurou, a despeito de suas limitações institucionais e políticas, como importante órgão de

discussão e deliberação de assuntos respeitantes à realidade regional da Província durante sua vigência. O trabalho daquele órgão era de, juntamente com o Presidente da Província, organizar e dirigir, ainda que com as limitações impostas pelo poder central, a política administrativa, econômica, social e de segurança da Província.

A economia da Província de Minas Gerais, àquela época, era composta por uma estrutura dinâmica, prosperando por meio de uma gama diversificada de atividades produtivas. Embora já iniciado o arrefecimento da mineração (CARRARA, 2001, p. 47), o fomento a atividades econômicas diversas auxiliou a recuperação econômica da Província, o "[...] que transformou a economia da Província em algo distinto e com especificidade muito própria da no cenário do Império" (FARIA; DULCI, 2005, p. 20). Dona da maior população do país e de um grande plantel de escravos, a Minas Gerais oitocentista desenvolvia-se por um mosaico de atividades produtivas, um positivo diferencial, que garantiu a autossuficiência econômica da região.

O fervilhar econômico e a grande população de homens livres e escravos, além da autossuficiência econômica da Província, são fatores que contribuíram para o desenvolvimento de papel relevante da Assembleia na discussão de diversos assuntos de significativa importância, dentre os quais se encontrava o cárcere.

A situação carcerária assumida pela Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais era problemática, já que havia pouquíssimas e precárias unidades para o cumprimento de penas na província. Demonstrando isso, confira-se o seguinte relato na Villa de S. João d'EL Rei.

> Câmara constitucional da Villa de S. João. Conclusão n. 725. Leo se o seguinte – Illms. Sr. – A comissão encarregada da visita das prisões, e da Casa da Misericórdia na forma do art. 56 da lei de 1 de Outubro de 1828, tendo examinado cuidadosamente a Cadêa desta Villa julga que não He susceptível de melhoramento pelo mao estado, em que está o Edificio, e localidade, e so alguns pequenos reparos em quanto se não conclue a nova cadêa. O cárcere do Quartel da Guarda Municipal Permanente precisa de hum xadrez na porta para ser mais bemarejado; o Calabouço no mesmo quartel he muito pequeno, e estreito, e não tem toda limpeza necessaria. A prisão militar do Quartel do Destacamento acha-se no antigo estado, sem que tenha havido reforma alguma, tendo sido já reclamadas por outras Comissões. Igualmente examinou com escrupulosa attenção as enfermarias e prisões dos doutos da Santa Casa da Misericórdia; quanto as enfermarias achou estar em muito bom estado de limpesa, e as prisões se achão no antigo estado. He quanto a Comissão tem de informar a VV. SS. Deos Guarde a VV. SS. S. João de El Rei 4 de junho de 1832. (ASTRO DE MINAS, 1832, p. 3)

Agravando essa realidade, havia, ainda, a eminente necessidade nacional de construir um aparato para a imposição das penas elencadas em seu Código Criminal, que, acompanhando a já mencionada tendência carcerocentrista do século XIX, ampliara, em seu rol de sanções, a importância da pena de prisão. Assim, salvo poucos exemplos, o território brasileiro não possuía

locais aptos para o cumprimento de tal sanção, o que tornava a situação bastante problemática, pois não havia apenas a necessidade de manter um sistema carcerário, mas também de construí-lo e discipliná-lo. Os anseios pela sua implementação eram evidentes, conforme se exemplifica com a notícia a seguir:

> O Edificio, em que a Camara Municipal desta cidade [Ouro Preto] celebra suas Sessões, e que pode oferecer, quando acabado, cômodos muito decentes para o estabelecimento de uma Relação, de que carece a Província, é elegante, solido, e vasto; em uma parte dele existe a cadeia publica, espaçosa e com os repartimentos convenientes para a separação dos réos, e dos indivíduos não convencidos ainda da perpetração de delictos. Na parte que está por acabar, será fácil estabelecer-se, posto que em pequena escala, uma Caza de correcção, onde se ensaie p systhema penitenciário, cujos resultados não deixarão de ser profícuos á Sociedade, que em lugar de criminosos, que regeitar, receberá em seu seio homens corrigidos, industriosos, e uteis. (O UNIVERSAL, 1837, p. 13)

O sistema carcerário, como hoje, tomava, à época, a pauta jornalística constantemente, com as notícias de ausência de cadeias para a execução das penas, a má condição dessas, as frequentes fugas de presos e a ausência de regulação dos regimes de cumprimento. Assim, as notícias de jornal refletem não só um relato dos anseios sociais, como também um panorama da situação carcerária da província de Minas. Vejam-se alguns exemplos:

> [...] desejamos que o governo empregue toda a sua sollicitude para evitar a repetição de actos que se tornão escandalosos [*constantes fugas*] já pela impunidade dos réos, já pela sua frequencia. Entre as medidas que nos parecem couvenientes de se adoptar, é sem duvida a primeira, a de reclamar do Poder Legislativo Provincial Lei coercitiva de um semelhantedelicto, é que nos parece estar dentro da esfera de suas atribuições. A Constituição reformada deo as Assembléias Provinciaes o direito de legislarem sobre a policia e regimen das prisões publicas, e a ellas pertence hoje a despeza com a construcção e reparos de taes casas: cabe-lhes por tanto prover em suas Leis de modo que não seja tão fácil aos presos tentarem a sua fuga. Aggravar a pena de prizão, fazer responsáveis pelos prejuisos resultantes dessas tentativas aquelles que se acharem nas Cadeias, ou os que para isso concorrerem, quando conhecidos, e outras medidas policiaes seguidas nas casas de correcção, e que bem podem adoptar-se, e observar-se entre nós são os meios que podem, senão inteiramente evitar o mal, todavia minora-lo, ou faze-lo menos pezado à Provincia. [...] Mas é para que não cheguemos a este estado que nós julgamos útil chamar a attenção dos Legisladores Proviciaes sobre dous pontos, a organização de uma polícia e regimen para as Casas de prizão, e uma melhor disciplina para o Corpo Policial. (O UNIVERSAL, 1835, p. 2)

> O Vice-Presidente da Provincia, respondendo ao officio do Sr. Juiz de Direito interino do Termo desta cidade com a data de hontem, tem a declarar-lhe, que achando-se muito arruinadas as Cadeias da mesma Província de sorte que sem a presença de uma Guarda, ou Corpo Policial, que não é sufficiente para o serviço mais urgente, para que foi creado, ou a Guarda Navional, que não deve ser onerada om a guarnição das prizões, não é possível conservar-se em segurança os réos que nessa existirem, podem os que tiverem sido condemnados a prisão simples cumprir a pena na Cadeia d'esta Capital, embora pertenção á outras comarcas, ou Termos, por que isto se não opõem ao Artigo 48 do Codigo Criminal, maximime se nas suas Sentenças se tiver designado a mesma Cadeia, como é permittido pelo citado Artigo. Ouro-preto, Palacio do Governo em 30 de Abril de 1836. Antônio da Costa Pinto. (O UNIVERSAL, 1836, p. 2)

A Assembleia Legislativa Provincial era a responsável por gerenciar essa situação. Por meio da documentação catalogada, foi possível observar que esse órgão dedicou extensa legislação para cuidar da matéria carcerária, em conformidade com a autorização estabelecida no Ato Adicional. A busca permitiu verificar quais eram os temas que mais chamavam a atenção das autoridades provincianas, demonstrando também, indiretamente, que determinados assuntos, apesar de sua importância, não eram tratados com o necessário cuidado ou nem mesmo recebiam alguma espécie de regramento.

Em primeiro lugar, a existência de poucos estabelecimentos carcerários no início do Império, reflexo da não utilização da prisão como modalidade principal de pena, acabou por pautar significativamente a política legislativa na Província de Minas Gerais até o início da República.

Vale pontuar aqui que a falta de estabelecimentos em absoluto[18] e de estruturas adequadas é constante em todo o Império, sendo comum que presos de municípios e vilas interioranas fossem cumprir sua pena na capital da Província,[19] como destaca a notícia abaixo:

> [...] Em 2.º lugar indica S. Exc. A falta de Cadeias seguras, que torna freqüentes as fugidas dos réos; a impunidade que dahi resulta; e o receio dos julgadores em punir os criminosos; e por isso exige como de absoluta necessidade a hablitação para fazer ao menos uma cadeia em cada comarca; Por esta falta nota S. Exc. Que o Governo tem sido obrigado a fazer

18 Vale destacar que se trata de fenômeno generalizado àquela época, bem destacado na obra coletiva História das prisões no Brasil, a exemplo dos textos de Amy Chazkel (2013, p. 7), a respeito da Casa de Detenção no Rio de Janeiro, e de Flávio de Sá Cavalcanti de Albuquerque Neto (2013, p. 39), que menciona o interessante caso dos porões navios como alternativas à falta de "prisões de terra".

19 Esse fenômeno de transferência de presos para estabelecimentos mais adequados, não necessariamente em capitais, contudo, foi observado por Tiago da Silva Cesar em estabelecimentos prisionais no Rio Grande do Sul (CESAR, 2014, p. 64-66).

> recolher á Cadeia desta cidade os réos das differentes Comarcas, e não podendo prestar a força necessaria para guarnecer as Cazas chamadas de prisão quer pela força municipal, que alias e se emprega em muitas diligencias por toda a extensão da Provincia, quer pela G. N. para não desviar os Cidadãos de suas diárias e uteis occupações, e para não gravar em extremo a despesa provincial. (O UNIVERSAL, 1839, p. 3)

A falta de estabelecimentos também é reiteradamente apontada nos relatórios dos Ministros da Justiça na época retratada. Abaixo, exemplos desse relato, nos quais se faz referência a 1866, já na metade do período averiguado:

> O Acto Addicional confere ás Assembléias Provinciaes a attribuição de legislar sobre o regimen e construcção das prisões, que, na phase da Constituição do Imperio, devem ser seguras, limpas e arejadas, com diversas casas para separação dos réos, conforme suas circunstancias e natureza dos crimes. Mas as nossas cadeas são edifcios sem a capacidade necessaria, construídos sem plano, e unicamente com os fracos e poucos recursos dos cofres provinciais. Ellas não offerecem divisões para a separação dos reos, e são fortes escolas de perversidade do que casas pentenciarias, onde o arrependimento e o habito do trabalho corrijão o criminoso, fazendo-o arripiar e tranformando-o em cidadão honesto e respeitador das leis. Não sendo apropriadas para a realisação da pena de prisão com trabalho, é esta reduzida á prisão simples, que para muitos serve mais de recompensa do que castigo. Uma reforma da legislação e a mais seria inspesção da parte do Governo imperial, a quem incumbe a manutenção da segurança publica e a execução do Codigo Criminal, são os melhoramentos, que mais reclama este ramo da administração da Justiça. [...] Minas-Geraes – As únicas cadeias, que nesta Provincia apresentão as condições precsas de commodidade, segurança e salubridade, são as da Capital, S. João d'El-Rei, Campanha, Marianna, Barbacena, Araxá, Caethé e Christina. D'ahi resulta que na primeira é excessivo o numero de presos, sendo este atualmente de 150. (BRASIL, 1867, p. 32)

> Exceptuando as casas de detenção e as de correcção ou penitenciarias existentes na corte e nas capitaes de algumas províncias, póde-se dizer que não temos prisões que satisfaçam as mais modestas exigências da organização e regimen de taes estabelecimentos. (BRASIL, 1887, p. 172)

Percebe-se a referência expressa do Ministro à atribuição das Assembleias Legislativas Provinciais e sua tarefa na urgente construção e regulação de um sistema carcerário nas Províncias.

No exercício dessa atribuição pela Assembleia Legislativa, constata-se um extenso conjunto de leis, regulamentos, resoluções e decisões que cuidaram, basicamente, de destinar parte do orçamento disponível na Província à construção de cadeias em vilas e municípios que não

possuíam tais edifícios ou que, quando os possuíam, não os tinham em conformidade ao preceito constitucional que impunha uma estrutura adequada para o recebimento de presos.

Uma das leis mais importantes decretadas pela Assembleia Legislativa foi a de n. 189/1840 (MINAS GERAIS, 1840a). Por meio desta, é possível observar como, progressivamente, a questão carcerária passa a ocupar um aspecto central da política na Província de Minas Gerais. De acordo com o aludido diploma, a edificação de uma cadeia se tornou obrigação para todas as cidades, a qual deveria ser construída de acordo com os preceitos constitucionais.

A grande importância concedida às cadeias também pode ser verificada na Lei n. 1.977/1873 (MINAS GERAIS, 1873), a qual declarou que nem mesmos as vilas poderiam ser instaladas sem que, anteriormente, além da presença de uma Câmara e uma cadeia, fosse também construído um estabelecimento para a instrução primária de crianças. Assim, percebe-se que, à época, o citado tripé formava um agrupamento de instituições essenciais para o surgimento e o desenvolvimento das Vilas.

Pela pesquisa realizada, é possível constatar que, desde o primeiro momento em que foi atribuída a competência para legislar acerca da matéria de execução, o Governo Provincial apresentou grandes dificuldades de, por intermédio de suas próprias forças, construir todas as cadeias necessárias para dar cumprimento às sentenças criminais. São inúmeros os diplomas normativos nos quais se autorizou que o Presidente da Província destinasse verbas a sua disposição para ressarcir ou pagar particulares pelas obras por eles levadas a cabo nos municípios e vilas.

Foram encontradas, por exemplo, as Resoluções n. 135/1839 (MINAS GERAIS, 1839b) e n. 149/1839 (MINAS GERAIS, 1839c), por meio das quais se autorizava que as Câmaras Municipais da Vila de Queluz e de Araxá, respectivamente, rescindissem os contratos de construção de cadeias com particulares. A intensa colaboração da iniciativa privada também restou comprovada nas Resoluções n. 223/1841 (MINAS GERAIS, 1841) e n. 369/1848 (MINAS GERAIS, 1848b), que permitiram que o Governo da Província indenizasse os cidadãos que despenderam vultosas quantias para a construção de cadeias nas cidades de Ouro Preto e Vila Nova de Formiga, respectivamente. Ainda, foi possível analisar as Leis n. 2.332/1876 (MINAS GERAIS, 1876) e n. 2.886/1882 (MINAS GERAIS, 1882a), que creditaram ao Presidente da Província a quantia necessária para pagar os cidadãos responsáveis pela construção das cadeias de Paracatu e Mariana.

Também se logrou observar grande preocupação da Assembleia com os gastos de pessoal nas cadeias, bem como em relação às quantias a serem destinadas às próprias pessoas reclusas. A Lei n. 96/1838 (MINAS GERAIS, 1838) e a Lei n. 132/1839 (MINAS GERAIS, 1839a), por exemplo, tratavam especificamente de elevar a remuneração dos carcereiros na Vila de Diamantina e na Vila de Paracatu. Ademais, a Decisão n. 63/1858 (MINAS GERAIS, 1859) do Governo da Província determinou a elevação da diária marcada para sustento de presos pobres recolhidos em Diamantina e, ainda, a Lei n. 2.443/1877 (MINAS GERAIS, 1877) aumentou, em toda a Província, o valor da diária de sustento dos pobres recolhidos nos estabelecimentos prisionais.

O maior número de leis, todavia, destinou-se a determinar a construção ou a reforma de cadeias nas diversas vilas e municípios da Província de Minas Gerais, unidades urbanas essas que tiveram um aumento considerável ao longo do século XIX.[20]

A grande preocupação com a construção de estabelecimentos carcerários resta também evidenciada em diversos relatórios elaborados pelos Presidentes da Província de Minas Gerais no período analisado. Na fala dirigida à Assembleia Provincial em 1840, pelo Presidente da Província Bernardo Jacintho da Veiga, nota-se que uma das políticas estratégicas da Província era a construção de, pelo menos, uma cadeia em cada Comarca (MINAS GERAIS, 1840b, p. 52). No mesmo relatório, também são apresentados diversos dados sobre a estrutura altamente deficitária da referida unidade regional, cuja ampla maioria das cadeias praticamente não possuía a estrutura minimamente necessária e exigível para o recolhimento de presos. Nem mesmo a Cadeia de Ouro Preto, na capital, tinha, àquela época, a sua construção completamente acabada (MINAS GERAIS, 1840b, p. 53), sendo que, efetivamente, apenas três Comarcas possuíam cadeias estruturalmente consolidadas, de modo que as demais consistiam apenas em "casas de prisão" (MINAS GERAIS, 1840b, p. 54).

Dois anos depois, o Relatório do Presidente da Província possui conteúdo bastante desalentador, no qual se expõe que a falta de recursos financeiros tem prejudicado sobremaneira as obras nas Comarcas, onde quase não se observaram avanços significativos (MINAS GERAIS, 1842, p. 22). De seu turno, o Relatório de 1843 (MINAS GERAIS, 1843) aponta a problemática da legislação especificamente em relação ao Regulamento n. 120/1842 (BRASIL, 1842), o qual, complementando disposições da Lei n. 29/1832 (BRASIL, 1832), manteve a tradicional ausência de dispositivos acerca da execução de penas e, ainda, inovou o ordenamento trazendo dispositivos impossíveis de serem observados na prática em razão da falta de estrutura e recursos financeiros, tal como a quantidade de pessoal necessária para levar a cabo a organização administrativa cogitada. A situação também se repete quase uma década depois, quando, no Relatório de 1853, é retratada uma conjuntura bastante conturbada, na qual ainda se fazem necessários diversos reparos e obras nas cadeias da província, bem como se alerta para o fato de que serão requeridas diversas consignações para as edificações (MINAS GERAIS, 1853, p. 16).

Como se pode observar, a despeito da grande margem de discricionariedade concedida à Assembleia Legislativa da Província para legislar acerca da execução penal por meio do Ato

20 Nesse sentido, foi possível encontrar 33 diplomas: as Leis n.: 619/1853, 664/1854, 691/1854, 705/1855, 722/1855, 951/1858, 1.428/1867, 1.585/1868, 1.816/1871, 1.978/1873, 2.017/1873, 2.018/1873, 2.091/1875, 2.104/1875, 2.293/1876, 2.347/1876, 2.496/1878, 2.608/1880, 2.609/1880, 2.720/1880, 2.735/1880, 2.745/1880, 2.832/1881, 2.849/1881, Lei n. 3.149/1883, 3.156/1883, 3.158/1883, 3.188/1884, 3.390/1886, 3.391/1886, 3.508/1887, 3.606/1888 e 3.724/1889; e o Regulamento n. 93/1881. Todos estão disponíveis para consulta no sítio eletrônico do Arquivo Público Mineiro.

Adicional de 1834 (BRASIL, 1834), as disposições emanadas da Província de Minas Gerais se restringiram basicamente a questões orçamentárias, tendo sido raro encontrar leis que não tenham tratado apenas da destinação de verbas para a construção ou reparo de presídios. Nesse grupo de disposições legais de natureza distinta, é possível realçar a Lei n. 375/1848 (MINAS GERAIS, 1848a), que regulamentou a realocação dos presos mais importantes da Província de Minas Gerais em quatro cadeias de tal região. Também se encontra nesse seleto grupo o Regulamento n. 93/1881 (MINAS GERAIS, 1882b), o qual determinou a instalação de cadeiras de instrução primária nas cadeias das cidades de Mariana, São João Del Rey, Montes Claros, Barbacena e Diamantina.

A inexistência de regramento específico acerca da execução das penas no Código Penal de 1830 ou em qualquer outro diploma legislativo deu origem a uma grande lacuna no ordenamento jurídico nacional, a qual não veio a ser colmatada por qualquer lei da Província de Minas Gerais, cujos atos normativos produzidos se resumiram essencialmente a questões financeiras relacionadas à construção de cadeias. Tal fato denota, consoante apontado anteriormente, a fase de transição pela qual ainda passava o Brasil, que ainda testemunhava o lento desenvolvimento do carcerocentrismo.

Além disso, a preocupação predominantemente orçamentária revela que, desde os primórdios do desenvolvimento do sistema prisional brasileiro, a reeducação dos detentos foi relegada a um papel subsidiário, haja vista a desastrosa inexistência de recursos materiais e pessoais para levar a cabo a recuperação dos presos. Em relatório apresentado no ano de 1873, o Ministro da Justiça assinala a ausência de programas de reeducação dos detentos, além da situação de superlotação e precariedade das cadeias, o que, segundo consta da exposição, estimularia a perversão dos prisioneiros e aumentaria seus vícios e a delinquência no país:

> Todos os dias repetimos que as prisões collectivas ou communs são escolas do vicio, sendo talvez preferível, como mal menor, deixar impunes os delinquentes, quando moços e não avezados ao crime, do que reuni-los aos homens corrompidos, aos criminosos da pior especie que habitam as cadeias, e ahi influem e dominam sobre a sociedade em que vivem. Não obstante, são ainda estas as nossas prisões.
> Entre ellas mencionarei a cadeia de Ouro Preto, que contém actualmente 371 réos; pronunciados 15 e condemnados 356: á morte, 22; á prisão, 161; e a galés, 173. As únicas separações que se observam são as dos sexos e das penas, não de todas, pois que os réos de morte estão juntos aos de galés. O edifício é dividido em dous pavimentos; no inferior ou térreo há oito vastas enxovias com capacidade para 273 presos; uma delas póde conter 39, e a outra 61. Em três enxovias estão alojados sem distincção 138 condemnados a galés, e nas outras 128 sentenciados a prisão; ao todo 264. Esses infelizes não têm camas, dormem no soalho; porque a província só lhes fornece roupa e alimento.
> É fácil de prever as conseqüências de uma agglomeração de criminosos de todos os gêneros, de menores de 25 annos em sociedade continua, dia e noite, com perversos da mais triste

> celebridade. Sobre isso a ociosidade em que jazem, a difficuldade da inspecção, a falta do indispensavel asseio concorrem poderosamente para que esse estabelecimento se transforme em foco de corrupção, sementeira de vicios, casa mais apropriada para crear criminosos do que para os melhorar ou mesmo para puni-los.
> Não é de admirar que isso succeda em um paiz novo, onde não ha ainda systema de prisões, nem são conhecidos os progressos da reforma penitenciaria. Cumpre, poréem, que ensaiemos estas reforma hoje que tanto podemos colher da experiencia e das tentativas bem succedidas em outros paizes. (BRASIL 1874, p. 44)

Dessa maneira, é possível relacionar parte da responsabilidade pela falência do sistema prisional brasileiro à incapacidade originária do Brasil em lidar com a questão penitenciária, que apresenta, desde o seu início, um modelo inevitavelmente falho e imerso em deficiências. É certo que muitos outros fatores e episódios ocorridos desde essa gênese contribuíram e contribuem para o atual estado do nosso sistema prisional e devem ser considerados em qualquer pesquisa a respeito dos motivos da realidade prisional brasileira. Todavia, é possível identificar, nas impropriedades e omissões do poder público ao implementar inicialmente o instituto, um fator que auxiliou para que o sistema prisional se desenvolvesse com inúmeros vícios.

Nesse sentido, a legislação do Governo Provincial é bastante sintomática no sentido de indicar a ausência de estabelecimentos suficientes e adequados nos Municípios e Vilas, os quais, não obstante terem sido obrigados, desde a sua fundação, a construírem cadeias, por diversas vezes, desobedeciam a tal determinação por limitações econômicas.

Nessa senda, a opção política de multiplicidade de penas do Código Penal de 1830 se justifica não só em razão do incipiente carcerocentrismo, mas da inabilidade do país em desenvolver, naquele momento histórico, uma organização penitenciária minimamente adequada, razão pela qual a expressa previsão de prisão com trabalho veio acompanhada, por exemplo, da possibilidade de sua conversão em prisão simples justamente em face da inviabilidade de construção de estabelecimentos para o cumprimento adequado da primeira modalidade de pena. Não por outro motivo também que, embora não se trate de posicionamento defendido por estes autores, compreende-se, com evidentes ressalvas, o porquê de A. Bandeira Filho (1881, p. 32) destacar que a pena de morte jamais poderia ter sido excluída do Código, ainda que já se notasse, à época, a sua ineficiência e o seu caráter humanitário duvidoso, porquanto a pena de prisão ainda não era capaz de responder aos anseios de tranquilidade social da população brasileira.

Conclusão

Tal como se dá na atualidade, o sistema carcerário, também no âmbito da Assembleia Legislativa Provincial mineira, ocupou posição destacada na pauta de discussões da época. Era premente a implementação de uma estrutura que atendesse aos anseios de um incipiente carcerocentrismo do Código Criminal de 1830. A situação se fazia ainda mais urgente em função

da impropriedade e insuficiência das unidades existentes, bem como em razão das variadas atribuições conexas igualmente precárias, a exemplo da regulamentação dos regimes de execução, a inspeção dos estabelecimentos, entre tantas outras.

Apesar da afligente necessidade descrita acima, a atuação da Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais despendeu a maior fração de seu trabalho, ao tratar de matéria carcerária, a medidas para a construção de novas unidades prisionais. As normas destinadas a temáticas distintas, na área de sua competência examinada, foram arquitetadas, contudo, de forma desajustada. Assim, a Assembleia mineira acabou por ignorar tais matérias em sua atuação, prejudicando sobremaneira a implementação do sistema carcerário na Província.

Importante ressaltar, adicionalmente, que o desarranjo instalado no período imperial assumiu contornos ainda mais graves quando se analisa o panorama jurídico da época, cenário esse que ganha linhas nefastas no que tange ao sistema carcerário. Do levantamento realizado acerca da normatização das Assembleias Provinciais, bem como pelos Relatórios elaborados pelos Presidentes das Províncias, constatou-se que a inexistência de um regramento legal específico acerca da matéria de execução da pena, que se perpetuaria por longo tempo, contribuiu, dentre outros fatores, para que, desde os primórdios do *boom* da pena de prisão, a situação carcerária estivesse relegada a um segundo plano, abandonada no campo legislativo e na efetivação de políticas públicas por parte dos governantes.

Além disso, quando existente o interesse em criar dispositivos legais respeitantes à temática, a produção legislativa se circunscreveu a questões orçamentárias, voltadas primordialmente para a construção de estabelecimentos carcerários com uma estrutura minimamente adequada para o acolhimento de presos, mas, ainda assim, sem o substrato necessário para se colocar em prática o ideal de reeducação de detentos que já permeava o imaginário da sociedade. Tal situação veio a reforçar o já lacunoso tratamento da matéria, importando drásticas consequências na administração prisional.

O quadro fático das cadeias durante todo o Império era instável, já que essas não atendiam aos requisitos mínimos de segurança, salubridade e higiene. Constantes, à época, relatos de superlotação nas cadeias existentes. O ambiente era pernicioso, já vigorando a ideia do cárcere como escola do crime, de modo que a estrutura não promovia o ideal de reeducação e reinserção dos condenados. As unidades funcionavam como verdadeiros depósitos de humanos que deveriam tão somente aguardar o cumprimento total de suas penas. As cadeias sequer tinham estrutura para cumprir as determinações mais básicas da lei, como a divisão dos presos por natureza do crime e modalidade de pena, além de que eram rotineiros os episódios de fuga e destruição. Toda essa conjuntura punha em xeque a efetividade de seu emprego até mesmo naquela época.

Portanto, o sistema carcerário dos tempos da Assembleia Legislativa de Minas Gerais viveu problemas de ordem institucional, estrutural e legal. O exercício das competências atribuídas foi tímido, o que agravou a instável situação carcerária, gerando efeitos lesivos para a administração da justiça, a segurança da sociedade e o propósito de recuperação dos detentos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE NETO, Flávio de Sá Cavalcanti de. Da cadeia à Casa de Detenção: a reforma prisional no Recife em meados do século XIX. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013. v. 2, p. 34-47.

ASTRO DE MINAS. São João d'El Rei, n. 727, 24 jul. 1832.

BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza. *A questão penitenciária no Brazil*. Rio de Janeiro: Typ. de J. D. de Oliveira, 1881.

BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. *Diccionario Bibliographico Brazileiro*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1883. 7 v.

BRASIL. *Constituição Politica do Imperio do Brazil de 25 de Março de 1824*. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. *Lex:* Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*. *Lex:* Publicada na Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, Rio de Janeiro, 8 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Ministério da Justiça. *Relatório do Ministro da Justiça - Ano 1831 - Ministro Diogo Antônio Feijó*. Apresentado à Assembleia Geral Legislativa na sessão ordinária de 1832. Publicado em 1832. Disponível em: <http://www-apps.crl.edu/brazil/ministerial/justica>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834 (Ato Adicional à Constituição). Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. *Lex:* Coleção de Leis do Império do Brasil – 1834, v. 1, p. 15. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei n. 105, de 12 de maio de 1840 (Lei de Interpretação ao Ato Adicional). Interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional. *Lex:* Secretaria de Estado dos Negocios de Imperio a folhas 78 v. do Liv. 7º de Leis, Alvarás, e Cartas. Rio de Janeiro, 20 de maio de 1840. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/Leis/LIM/LIM105.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. Ministério da Justiça. *Relatório do Ministro da Justiça - Ano 1834 - Ministro Manuel Alves Branco.*

Apresentado à Assembleia Geral Legislativa na sessão ordinária de 1835. Publicado em 1835. Disponível em: <http://www-apps.crl.edu/brazil/ministerial/justica>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Ministério da Justiça. *Relatório do Ministro da Justiça - Ano 1866 - Martim Francisco Ribeiro de Andrada*. Apresentado à Assembleia Geral Legislativa em 1867. Publicado em 1867. Disponível em: <http://www-apps.crl.edu/brazil/ministerial/justica>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Ministério da Justiça. *Relatório do Ministro da Justiça - Ano 1873 - Manuel Antonio Duarte de Azevedo*. Apresentado à Assembleia Geral Legislativa. Publicado em 1874. Disponível em: <http://www-apps.crl.edu/brazil/ministerial/justica>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Ministério da Justiça. *Relatório do Ministério da Justiça – Ano 1886 - Ministro Samuel Wallace Mac-Dawell*. Apresentado à Assembleia Geral Legislativa na 2ª sessão da 20ª legislatura. Publicado no ano de 1887. Disponível em: <http://www-apps.crl.edu/brazil/ministerial/justica>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842. Regula a execução da parte policial e criminal da Lei n. 261 de 3 de dezembro de 1842. *Lex:* Coleção da Leis do Brasil de 1842. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm>. Acesso em: 24 jun. 2015.

CARRARA, Angelo Alves. A capitania de Minas Gerais (1674-1835): modelo de interpretação de uma sociedade agrária. *História Econômica & História de Empresas*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 47-63, 2001.

CESAR, Tiago da Silva. *A ilusão panóptica:* encarcerar e punir nas imperiais cadeias da Província de São Pedro (1850-1888). 2014. Dissertação (Mestrado em História). Escola de Humanidades, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

CHAZKEL, Amy. Uma perigosíssima lição: a casa de detenção do Rio de Janeiro na primeira República. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013. v. 2, p. 5-19.

COSTA, Pedro Jorge. Notas sobre a Parte Geral do Código Criminal do Império. *Revista IHGB*, Rio de Janeiro, ano 176, v. 467, p. 41-62, abr./jun. 2015.

FARIA, Maria Auxiliadora de; DULCI, Otávio Soares. *Diálogo com o tempo:* 170 anos do Legislativo Mineiro. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GREGÓRIO, Vitor Marcos. *Dividindo as Províncias do Império:* A emancipação do Amazonas e do Paraná e o sistema representativo na construção do Estado nacional brasileiro. 2012. Tese (Doutorado em História). Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO. *Sócios falecidos brasileiros:* Bernardo Pereira de Vasconcelos. s. d. Disponível em: <https://ihgb.org.br/perfil/userprofile/bpdevasconcelos.html>. Acesso em: 19 mai. 2018.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua Nova*, n. 68, p. 205-242, 2006.

MACHADO NETO, Zahidé Maria Torres. *Direito penal e estrutura social:* comentário sociológico ao código criminal de 1830. Tese apresentada à Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia para o concurso de Professor Assistente do Departamento de Sociologia. [s.l.; s.n.], 1970.

MINAS GERAIS. Decisão n. 63, de 15 de setembro de 1858. Eleva a quatrocentos réis a diária marcada para sustento de presos pobres recolhidos à cadeia da cidade Diamantina. *Lex:* Tomo 24. Parte 3. Ouro Preto: Tipografia Provincial de Minas, 1859, p. 43. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=1855>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Fala dirigida á Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais na sessão ordinária do ano de 1840, pelo presidente da província, Bernardo Jacintho da Veiga. Ouro Preto, Typ. do Correio de Minas, 1840b. Disponível em: <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/443/>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Fala dirigida à Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais na sessão ordinária do ano de 1842, pelo doutor Luiz Antonio Barboza, presidente da mesma província. Ouro Preto, Typ. do Correio de Minas, 1853. Disponível em: <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/457/>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Fala dirigida á Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais na sessão ordinária do ano de 1842, pelo vice-presidente da província, Herculano Ferreira Penna. Ouro Preto, Typ. do Correio de Minas, 1842. Disponível em: <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/445/>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Fala dirigida à Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais na sessão ordinária do ano de 1843, pelo presidente da província, Francisco José de Souza Soares d'Andréa. Ouro Preto, Typ. do Correio de Minas, 1843. Disponível em: <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/446/>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei n. 96, de 6 de março de 1838. Aprova o ordenado anual de oitenta mil réis, arbitrado ao carcereiro da cadeia da Vila Diamantina pela Câmara Municipal respectiva, e eleva de igual quantia o

do carcereiro da cadeia da Vila do Príncipe. *Lex:* Tomo 4. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia do Correio de Minas, 1838, p. 23-24. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=617>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Lei n. 132, de 15 de março de 1839. Eleva à quantia de oitenta mil réis o ordenado anual do carcereiro da cadeia da Vila de Paracatu. *Lex:* Tomo 5. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia do Correio de Minas, 1839a, p. 41-42. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=659>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Lei n. 189, de 6 de abril de 1840. Manda construir em cada Comarca da Província no lugar designado pelo Governo, uma cadeia com as comodidades recomendadas pela Constituição do Império, contendo outras disposições sobre o mesmo objeto. *Lex:* Tomo 6. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia do Correio de Minas, 1840a, p. 83-84. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=719>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Lei n. 375, de 9 de outubro de 1848. Autoriza o Governo da Província a designar quatro das cadeias desta Província, para nelas se recolherem os criminosos mais importantes dos municípios, ou comarcas, que especificar, e contendo outras disposições sobre a guarnição das ditas cadeias, e sobre o modo, por que deve ela ser feita. *Lex:* Tomo 14. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia Social, 1848a, p. 74-75. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=929>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Lei n. 1.977, de 10 de novembro de 1873. Declara não poder ser instalada nenhuma Vila, sem que os respectivos habitantes, além da Casa da Câmara e Cadeia, apresentem edifícios próprios para as escolas de instrução primária de ambos os sexos, e contém outras disposições. *Lex:* Tomo 40. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia de J. F. de Paula Castro, 1873, p. 14-15. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=2973 >. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Lei n. 2.332, de 12 de julho de 1876. Credita ao Presidente da Província na quantia necessária para pagamento do encarregado da construção da cadeia de Paracatu e contém outras disposições a respeito. *Lex:* Tomo 43. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia de J. F. de Paula Castro, 1876, p. 174-175. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=3288>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Lei n. 2.443, de 14 de novembro de 1877. Eleva o preço da diária do sustento dos presos pobres recolhidos à cadeia desta Capital. *Lex:* Tomo 44. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia da Atualidade, 1877, p. 137-138. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=3288>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Lei n. 2.886, de 22 de setembro de 1882. Autoriza o Governo da Província a mandar pagar a João Antonio Gonçalves Pereira a importância da conservação da estrada do Juiz de Fora à Barbacena, relativa ao 3º e 4º trimestres de 1875 e 1º e 2º de 1876, e a indenizar o cidadão Pedro Claudino dos Santos da quantia de dois contos seiscentos e cinquenta e oito mil duzentos e setenta réis, que demais despendeu nos consertos da cadeia de Mariana, relevado da multa que lhe foi imposta por excesso de prazo. *Lex:* Tomo 49. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia do Liberal Mineiro e Tipografia de Carlos Gabriel Andrade, 1882a, p. 19-20. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=3947>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Regulamento n. 93, de 21 de julho de 1881. Cadeiras de instrução primária nas cadeias centrais. *Lex:* Tomo 48. Parte 2. Ouro Preto: Tipografia de C. G. Andrade, 1882b, p. 21-23. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=3906>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Resolução n. 135, de 2 de abril de 1839. Autoriza a Câmara Municipal da Vila de Queluz a rescindir o contrato feito com o cidadão Adriano Joze de Oliveira sobre a construção de uma cadeia. *Lex:* Tomo 5. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia do Correio de Minas, 1839b, p. 51-52. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=662>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Resolução n. 149, de 7 de abril de 1839. Autoriza a Câmara Municipal da Vila do Araxá não só a rescindir o contrato celebrado com Jose Ferreira Cardozo para a construção da obra da cadeia da mesma Vila, como também a dispender com a dita obra a quantia, que para esse fim recebeu da Fazenda Pública. *Lex:* Tomo 5. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia do Correio de Minas, 1839c, p. 91-92. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=678>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Resolução n. 223, de 14 de abril de 1841. Autoriza o Governo da Província para indenizar o cidadão José Bento Soares do prejuízo sofrido na arrematação da obra da cadeia desta cidade com as condições nela declaradas. *Lex:* Tomo 7. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia de Silva, 1841, p. 96-97. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=761>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Resolução n. 369, de 6 de outubro de 1848. Autoriza a Câmara Municipal da Vila Nova da Formiga para pagar ao cidadão João Caetano de Souza a quantia de 562$480 réis, que despendeu com a conclusão da obra da cadeia e Casa da Câmara, contendo outras disposições a respeito. *Lex:* Tomo 14. Parte 1. Ouro Preto: Tipografia Social, 1848b, p. 62-64. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/leis_mineiras/brtacervo.php?cid=914>. Acesso em: 24 jun. 2015.

MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da razão punitiva:* nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

O UNIVERSAL. Ouro Preto, n. 2.066, 7 dez. 1835.

_____. Ouro Preto, n. 54, 6 maio 1836.

_____. Ouro Preto, n. 2, 6 fev. 1837.

_____. Ouro Preto, n. 20, 18 fev. 1939.

SONTAG, Ricardo. "Curar todas as moléstias com um único medicamento": os juristas e a pena de prisão no Brasil (1830-1890). *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 177, p. 45-72, 2016.

VASCONCELOS, Karina Nogueira; OLIVEIRA, Rodrigo Teles. Penalidade e colônia: da liberdade punitiva às Ordenações Filipinas numa análise da punibilidade dos homens livres na Capitania de Pernambuco. *Revista Brasileira de História do Direito*, v. 2, p. 261-283, 2016.

Yuri Alvarenga Marinques de Aquino

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Assessor Jurídico da Procuradoria da República em Minas Gerais.

yurialvarenga10@gmail.com

Lucas Frederico Viana Azevedo

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

lucasfva09@gmail.com

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 15.07.2017
Aprovado: 17.09.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201837

ICMS: crise federativa e obsolescência

ICMS: FEDERATIVE CRISIS AND OBSOLESCENCE

José Roberto R. Afonso[1], *Melina Rocha Lukic*[2] e *Kleber Pacheco de Castro*[3]

Resumo
Este artigo discute a hipótese de que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de comunicações (ICMS) se tornou obsoleto, perdendo cada vez mais espaço no sistema tributário brasileiro e, com isso, também aprofundando a crise dos governos estaduais nessa federação. Apesar de ainda ser o imposto que individualmente mais arrecada no país, pesa relativamente cada vez menos na carga tributária global, fora as consequências negativas para equidade social e competitividade das empresas. Mudanças legislativas recentes se voltaram apenas para o passado, de modo a convalidar benefícios da guerra fiscal, mas em nada ajustaram o tributo para o futuro da era digital. Na nova e futura era, em que mercadorias certamente perderão importância para serviços e direitos de imagem, o ICMS se tornará ainda mais ultrapassado e os estados podem serem ainda menos relevantes na federação. Esse cenário não mudará sem a substituição do ICMS por um imposto sobre valor adicionado. Ainda assim, é muito provável que seja preciso reinventar todo o sistema tributário, brasileiro e mundial, para corresponder aos desafios impostos pela nova economia e sociedade.

Palavras-chave
Finanças estaduais; federalismo; imposto sobre circulação.

Abstract
This article argues that the tax on goods and communications (ICMS) has become obsolete, losing more and more space in the Brazilian tax system and with that also deepening the crisis of the state governments in this federation. Although it is still the most important tax of the country in terms of collection, it weighs relatively less and less on the global tax burden, as well as cause damages to social equity and company competitiveness. Recent legislative changes have turned only to the past, in order to validate benefits of the fiscal war, but no efforts were made to adjust the tax for the future of the digital age. In a new era in which goods will be inevitably loosing relevance, the ICMS will become even more obsolete and the states even less relevant in the federation. This scenario will not change unless replaced by a value-added tax, and yet it may be necessary to reinvent all tax system to correspond to the new economy and society.

Keywords
State finances; federalism; indirect taxes.

1 Instituto Brasiliense de Direito Público
Brasília – DF – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-8434-5764

2 York University
Toronto – Ontario – Canada
https://orcid.org/0000-0002-0966-8539

3 Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-3451-2659

CC BY-NC

Introdução

O imposto que mais arrecada no Brasil está ficando obsoleto. Isto se deve pelo fato de que tal imposto incide apenas sobre mercadorias em uma economia que é cada vez mais baseada em serviços. E o único serviço relevante em que incide diretamente – o de comunicações – é um dos raros que perde espaço na sociedade, que cada vez mais se comunica por aplicativos no lugar dos tradicionais telefonemas. Mais do que os aspectos tributários, como esse é um imposto de competência estadual, a sua obsolescência contamina também o equilíbrio federativo, revelando a face mais marcante da inegável e profunda crise desse nível de governo.

Criado em 1965 com a denominação de Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), esse tributo, ainda que restrito exclusivamente às mercadorias, foi pioneiro no que tange aos Impostos sobre Valor Adicionado (IVA) no mundo.[1] Ele sucedeu um antigo imposto estadual sobre faturamento bruto – o Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC) – e, na votação da emenda constitucional que o criou, houve forte oposição dos governos estaduais, notadamente de São Paulo. Ou seja, direta e regularmente, não mais há incidência desse imposto estadual sobre a receita dos seus contribuintes.

A Constituição Federal (CF) de 1988 extinguiu impostos federais específicos (sobre petróleo e combustíveis, energia elétrica e mineração) e, como previsto no seu artigo 155, II, ampliou a base do imposto estadual para alcançar todas as mercadorias, parte dos serviços de transportes e os de comunicação – dando origem assim ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – o ICMS. Embora, tenha acrescentado a letra S à sua sigla,[2] apenas parcela de dois serviços passaram a ser alcançadas (inclusive em alguns casos derrubados por decisão judicial) e, sendo um tributo não cumulativo, só geram receita no que acabar no consumo final.[3] Em 2017, por exemplo, apenas 7,8% do ICMS arrecadado

1 Para um maior detalhamento sobre o histórico do ICMS ver: Rezende (2009) e Rezende (2012).

2 A sigla ICMS surgiu na primeira fase de trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, de 1987/1988, quando na subcomissão de tributos chegou a ser aprovada a expansão do imposto para alcançar todos os serviços – ou seja, o Imposto Municipal sobre Serviços (ISS) seria também fundido ao antigo imposto estadual sobre mercadorias. Mas a proposta foi abandonada logo em seguida, por pressão dos Prefeitos e diante da falta de empenho dos Governadores – ou seja, foi mantido o ISS municipal. Talvez de forma equivocada se manteve, porém, o costume de agregar a letra S ao ICM, no lugar de serem apenas letras CTI.

3 No caso dos serviços de transportes, nem todos estão na base do ICMS – os locais, estão sujeitos ao ISS municipal, e os internacionais, têm imunidade. No caso do transporte aéreo, primeiro, o Senado fixou em 4% a alíquota incidente sobre a prestação de serviço de transporte aéreo interestadual. Depois, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 1.600-8 (publicada em 17 de dezembro de 2001), afastou a incidência de ICMS sobre a prestação de serviço de transporte aéreo de passageiros intermunicipal, interestadual e internacional e sobre o transporte aéreo internacional de cargas. Por fim, a prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros não está sujeita à incidência do ICMS. Importa atentar que a grande parte dos demais serviços de transportes e que não são locais constituem basicamente

no país (R$ 445,6 bilhões) proveio de comunicações (R$ 34,7 bilhões) e tão somente 1,7% do ICMS de transportes (R$ 7,7 bilhões).[4]

Atualmente, a sua cobrança se desfigurou a ponto de se distanciar da concepção original de um tributo incidente sobre o valor agregado (VARSANO, 2010) e a sua arrecadação perdeu espaço na estrutura da carga tributária nacional (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2016, p. 49). O ICMS já não é o tributo indireto com a base mais abrangente exigido no país, pois as contribuições sociais da União sobre a receita e o faturamento (conhecidas como Cofins e PIS/Pasep) incidem também sobre todo o setor terciário, como serviços, instituições financeiras, entidades sem fins lucrativos e até mesmo o próprio setor público (no caso do Pasep). Conflitos federativos, desconcentração regional, tendência de depreciação da arrecadação, concentração setorial e falta de visão macro de longo prazo são, possivelmente, os principais desafios impostos ao ICMS e que serão discutidos no presente artigo.

Apesar disso, o ICMS continua concentrando as atenções quando se discute reforma tributária, sobretudo quando se propôs realizá-la de forma "fatiada" – na qual esse imposto compreenderia a maior fatia. Nas últimas duas décadas, os vários projetos de reforma – seja de iniciativa do governo federal, seja parlamentar – quase sempre tiveram o ICMS como eixo central das mudanças. E do que raramente se aprovou, o foco restou nos incentivos fiscais, ora para limitar os de importação, ora para convalidar os atos passados – diante da iminente ameaça do Supremo Tribunal Federal (STF) condenar o poder público e os contribuintes.

O objetivo do presente artigo é, portanto, discutir a hipótese de que o ICMS está ficando ultrapassado em termos de base de arrecadação, tendo em vista os avanços econômicos, sociais e, principalmente, tecnológicos, que ocorreram desde a sua criação.

Para desenvolver a hipótese, demonstraremos que a obsolescência do ICMS pode ser comprovada por meio de três vieses: 1) impactos negativos na federação e na distribuição

consumo intermediário (como fretes para empresas, ou seja, são prestados a outros contribuintes do imposto e a eles geram crédito) e no final não resultam em incidência e arrecadação efetiva do imposto. No caso das comunicações, muitos dos serviços de tecnologias a eles associados acabam sujeitos ao ISS – pois leis complementares recentes ampliaram a lista de serviços sujeitos ao imposto municipal explorando a tênue fronteira entre os dois impostos, em uma economia em que cada vez mais mercadorias e serviços são integrados na mesma transação (TORRES, 2014; SZELBRACIKOWSKI, 2017). O exemplo mais típico é a venda vinculada de serviços de telefonia com internet e TV a cabo pelas operadoras do setor). De novo, não custa recordar que os serviços de comunicações comprados por contribuintes do imposto geram créditos e, em tese, também não resultam em arrecadação final em um tributo sobre o valor adicionado. De qualquer forma, vale pontuar que, nas contas nacionais, comunicações e transportes responderam por apenas 2,7% e 3,8% do valor adicionado no país, em 2017, respectivamente (inverte a situação do ICMS por conta da base e, sobretudo, das alíquotas adotadas). Mesmo que o ICMS alcançasse plenamente esses dois serviços (o que não ocorre) ainda é uma parcela pequena diante do chamado setor terciário da economia.

4 Dados da arrecadação setorial do ICMS são divulgados pelo Confaz em seu portal na internet. Disponível em: <https://goo.gl/erdP4R>.

regional dos recursos; 2) consequências sobre a competitividade, isonomia e no processo de industrialização; e 3) administração disfuncional. Para isso, serão utilizadas metodologias tanto empíricas – com a apresentação de dados e estatísticas fiscais – quanto uma abordagem teórica, baseada na em uma revisão da literatura sobre o tema, para oferecer subsídios técnicos ao debate sobre os desafios do ICMS e dos estados na federação brasileira.

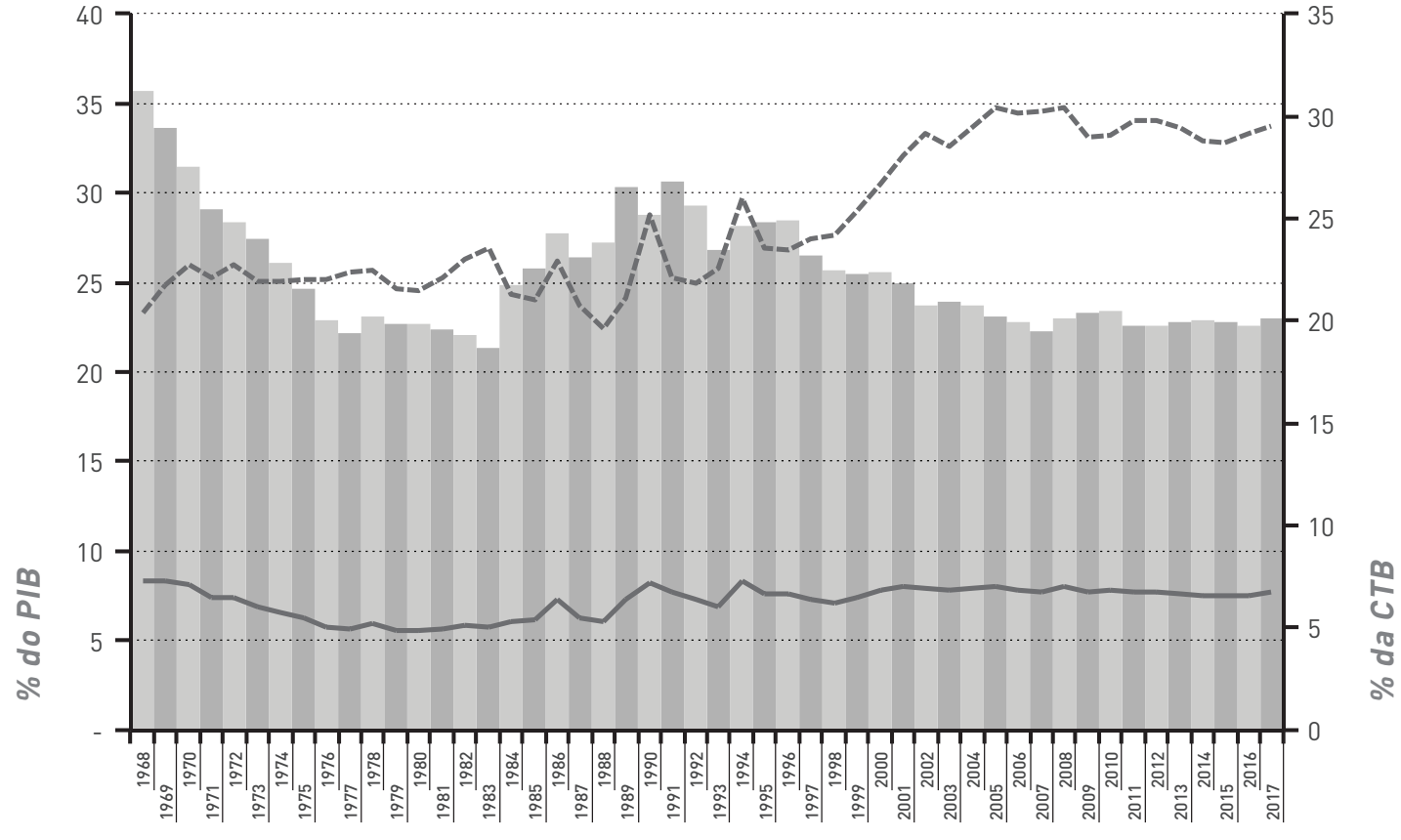
O artigo iniciará com uma discussão sobre a evolução e o papel atual do ICMS na federação brasileira, enfatizando que a evolução da arrecadação do ICMS e sua distribuição regional trouxeram consequências negativas para o equilíbrio entre os entes federativos. Em seguida, O ICMS será tratado a partir de suas principais disfuncionalidades: a guerra fiscal e seu impacto na competitividade e isonomia dos contribuintes, as consequências criadas pelo ICMS no que tange ao processo de desindustrialização e, por fim, os problemas administrativos da arrecadação do ICMS. Por último, discutiremos brevemente as propostas passadas de reforma tributária bem como algumas sugestões de mudança na tributação sobre o consumo.

1 O ICMS e a federação

1.1 Esvaziamento federativo

A melhor expressão da decadência do ICMS pode ser traduzida em números: a comparação entre o quanto arrecadava quando foi criado e o quanto arrecada atualmente é a síntese de sua inépcia como fonte de recursos. O Gráfico 1 apresenta sua série histórica *vis-à-vis* a evolução da carga tributária do Brasil.

GRÁFICO 1 – **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ICMS E DA CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA**: 1968–2017



Fontes: Afonso e Castro (2016), STN, RFB, CEF e IBGE.

O ICM (antiga versão do ICMS), que não alcançava petróleo, gás e combustíveis, energia elétrica, minerais e serviços de comunicações e transportes, e tinha uma alíquota genérica de 17%, arrecadou em 1968 o equivalente a 7,28% do produto interno bruto (PIB), e gerou sozinho 31% da carga tributária bruta global. Ampliado pela Constituição de 1988 com novas, sólidas e crescentes bases de cálculo (combustíveis, energia elétrica e comunicações) e submetido a alíquotas internas diversificadas e muito maiores (de até 25% ou 30%), o ICMS arrecadou em 2017 o equivalente a 6,79% do PIB, e respondeu por 20% da mesma carga nacional. Logo, mais de quatro décadas depois de criado o ICM, com base mais ampla e maiores alíquotas, o ICMS passou a arrecadar relativamente menos na economia brasileira.

Essa evolução do ICM/ICMS contribuiu sensivelmente para uma trajetória de desequilíbrio no federalismo fiscal brasileiro: o peso relativo dos estados na divisão da receita tributária nacional passou a ser cada vez menos relevante, como pode ser notado na Tabela 1.

TABELA 1 – **EVOLUÇÃO DA DIVISÃO FEDERATIVA DA RECEITA* TRIBUTÁRIA POR NÍVEL DO GOVERNO**: 1965–2017

	% do PIB				% do total			
CONCEITO	Central	Estadual	Local	Total	Central	Estadual	Local	Total
ARRECADAÇÃO DIRETA								
1960	11,14	5,45	0,82	**17,41**	64,00	31,30	4,70	100,00
1970	17,33	7,95	0,70	**25,98**	66,71	30,60	2,69	100,00
1980	18,31	5,31	0,90	**24,52**	74,67	21,65	3,69	100,00
1990	19,29	8,52	0,97	**28,78**	67,03	29,59	3,37	100,00
2000	20,38	8,45	1,73	**30,56**	66,69	27,64	5,68	100,00
2010	22,36	8,81	2,07	**33,23**	67,27	26,51	6,22	100,00
2013	22,66	8,76	2,19	**33,62**	67,42	26,06	6,51	100,00
2014	21,91	8,72	2,26	**32,89**	66,62	26,51	6,87	100,00
2015	21,67	8,80	2,36	**32,83**	66,00	26,82	7,18	100,00
2016	21,96	8,96	2,37	**33,29**	65,97	26,92	7,11	100,00
2017e	22,10	9,11	2,39	**33,60**	65,77	27,13	7,10	100,00
RECEITA DISPONÍVEL								
1960	10,37	5,94	1,11	**17,41**	59,54	34,10	6,36	100,00
1970	15,79	7,59	2,60	**25,98**	60,77	29,23	10,00	100,00
1980	16,71	5,70	2,10	**24,52**	68,16	23,27	8,57	100,00
1990	16,95	7,94	3,89	**28,78**	58,90	27,60	13,50	100,00
2000	17,07	8,16	5,33	**30,56**	55,86	26,69	17,45	100,00
2010	18,76	8,34	6,13	**33,23**	56,46	25,09	18,45	100,00
2013	19,13	8,20	6,29	**33,62**	56,92	24,38	18,70	100,00
2014	18,31	8,22	6,36	**32,89**	55,66	24,99	19,35	100,00
2015	18,11	8,23	6,49	**32,83**	55,17	25,07	19,76	100,00
2016	18,20	8,42	6,68	**33,29**	54,67	25,28	20,05	100,00
2017e	18,51	8,47	6,61	**33,60**	55,10	25,22	19,67	100,00

Fontes: STN, RFB, CEF e IBGE.

* Receita disponível: arrecadação própria mais e/ou menos repartição constitucional de receitas tributárias e outros repasses compulsórios.

Ao se comparar a divisão federativa da arrecadação entre 1960 e 2017, os estados perderam 4,2 pontos de participação, enquanto os municípios ganharam 2,7 pontos e a União outro 1,5 ponto. O baixo dinamismo do ICMS, a melhora de desempenho do ISS e a contínua expansão

das contribuições sociais federais explicam, respectivamente, os movimentos dos três níveis de governo na participação da arrecadação direta de tributos no período em questão.

Se computada a repartição constitucional de tributos e, assim, calculada a receita tributária disponível por esfera de governo, observa-se que o aumento dos fundos de participação não compensou o esvaziamento progressivo do ICMS e os estados foram os que mais perderam espaço na federação: estes saíram de 34,1% para 25,1% da receita nacional entre 1960 e 2017 – uma queda muito mais acentuada do que a verificada na União, sendo novamente os municípios os maiores beneficiados.

Os estados nunca pesaram tão pouco na divisão federativa da receita tributária, enquanto a União pouco perdeu, se comparada com sua posição relativa em pouco mais de meio século. Já os municípios, estes se tornaram, sem a menor dúvida, o elemento crescente e dinâmico da federação no longo prazo (REZENDE, 2006, p. 38; SERRA; AFONSO, 2007).

O cenário só não foi pior para os estados porque a redução de sua fatia relativa foi mais do que compensada pelo aumento do bolo: a carga tributária cresceu fortemente no longo prazo, com incremento de aproximadamente 16 pontos do PIB em 57 anos. Observa-se, contudo, que, desde o final da década passada, a carga global parou de crescer e começou a declinar (AFONSO; CASTRO, 2016), o que coincidiu com o agravamento da crise estadual. De qualquer forma, o tamanho do orçamento estadual cresceu como proporção do PIB, mas diminuiu sua importância relativa na composição da arrecadação do governo consolidado brasileiro.

1.2 Distribuição regional da arrecadação

Um segundo sinal de obsolescência do ICMS referente à federação diz respeito à distribuição regional da arrecadação. A inclusão de novas bases de tributação (combustíveis, energia elétrica e comunicações, comumente chamadas de *blue chips*) dentro do escopo do ICMS quando da transição do ICM para o ICMS (1988) permitiu uma trajetória de desconcentração regional da arrecadação do tributo. Tais bases pesam proporcionalmente mais nos estados menos desenvolvidos (REZENDE; OLIVEIRA; ARAUJO, 2007, p. 208), o que permitiu que os fiscos de estados menos abastados acelerassem mais rapidamente o recolhimento de ICMS do que nos estados do eixo Centro-Sul. Ademais, o aprofundamento, em 1989, da "mão dupla" nas alíquotas interestaduais, caindo para 7% a aplicada quando de origem no Centro-Sul destinada para as três regiões menos desenvolvidas, e mantido em 12% no sentido inverso, também contribuiu para a desconcentração.

Muito contribuiu para essa evolução a generalização do uso da figura do contribuinte substituto,[5] e o uso crescente de barreiras ao comércio interestadual, com a cobrança antecipada por estados mais pobres nos postos de entradas em suas fronteiras.

5 A substituição tributária é aplicada em operações interestaduais quando existir acordo (protocolo ou convênio) entre os estados. O remetente deve calcular o ICMS retido, cobrar do destinatário em sua nota fiscal e repassar o imposto ao estado de destino.

Algumas comparações entre o desempenho do ICMS por unidade federada entre 1988 e 2015, que são apresentadas na Tabela 2, corroboram a explanação anterior, apontando para uma profunda desconcentração regional do imposto ao longo deste período. Apenas quatro estados perderam participação, sendo que apenas os mais industrializados se incluem neste grupo, como é o caso de São Paulo, que caiu de 43% para 31% do total arrecadado pelo imposto. A maior parte dos estados experimentou ganho de participação na arrecadação e os maiores ganhos relativos foram observados nas unidades de menor tamanho.

TABELA 2 – **DISTRIBUIÇÃO REGIONAL DA ARRECADAÇÃO DO ICMS**: 1998 x 2015

		1988			2015			2015-1988			
REGIÕES	**UF**	**DISTR.%**	**% PIB**	**PER**	**DISTR.%**	**% PIB**	**PER**	**DISTR.%**	**% PIB**	**PER**	**ARREC.**
	BRASIL	**100,0%**	**4,96%**	**640**	**100,0%**	**6,82%**	**1.968**	**0,0%**	**1,86%**	**2,1%**	**5,6%**
NORTE	AC	0,1%	2,0%	117	0,3%	8,1%	1.275	0,2%	6,1%	9,9%	12,3%
	AM	1,2%	3,4%	506	1,9%	8,1%	1.901	0,7%	4,7%	2,8%	6,2%
	PA	0,8%	2,6%	152	2,4%	7,3%	1.191	1,6%	4,7%	6,8%	10,1%
	RO	0,4%	4,6%	321	0,8%	9,1%	1.781	0,4%	4,5%	4,5%	9,4%
	AP	0,0%	1,2%	122	0,2%	5,7%	1.047	0,2%	4,5%	7,6%	11,3%
	RR	0,0%	1,8%	137	0,2%	6,5%	1.283	0,2%	4,7%	8,4%	8,4%
	TO	-	-	-	0,5%	7,8%	1.359	-	-	-	10,3%
	TOTAL	**2,5%**	**3,1%**	**227**	**6,2%**	**7,7%**	**1.426**	**3,7%**	**4,6%**	**5,3%**	**8,6%**
NORDESTE	MA	0,5%	3,4%	102	1,2%	6,7%	727	0,7%	3,2%	6,1%	10,7%
	PI	0,3%	4,7%	127	0,8%	9,3%	1.006	0,5%	4,6%	6,9%	9,1%
	CE	1,5%	4,4%	220	2,5%	8,2%	1.107	1,0%	3,8%	4,0%	6,2%
	RN	1,3%	9,5%	509	1,1%	7,9%	1.315	-0,2%	-1,5%	1,6%	7,9%
	PB	0,6%	4,7%	182	1,1%	8,8%	1.143	0,5%	4,2%	5,3%	7,3%
	PE	2,6%	5,4%	363	3,2%	8,2%	1.374	0,6%	2,8%	2,8%	6,5%
	AL	0,5%	4,9%	231	0,8%	7,5%	934	0,3%	2,7%	3,0%	6,4%
	SE	0,4%	3,3%	258	0,7%	7,5%	1.301	0,3%	4,1%	4,0%	7,1%
	BA	4,5%	4,8%	373	4,8%	8,5%	1.269	0,3%	3,7%	2,4%	6,1%
	TOTAL	**12,3%**	**5,0%**	**283**	**16,2%**	**8,1%**	**1.155**	**3,9%**	**3,2%**	**3,1%**	**6,8%**
SUDESTE	MG	9,0%	4,8%	563	9,4%	7,0%	1.818	0,4%	2,2%	2,2%	5,8%
	ES	1,4%	4,7%	519	2,4%	7,3%	2.411	1,0%	2,6%	3,6%	5,3%
	RJ	9,4%	3,9%	733	8,2%	4,7%	1.996	-1,2%	0,8%	1,7%	4,2%
	SP	43,0%	5,7%	1214	31,3%	6,6%	2.838	-11,7%	1,0%	1,3%	4,4%
	TOTAL	**62,8%**	**5,2%**	**924**	**51,3%**	**6,3%**	**2.408**	**-11,5%**	**1,2%**	**1,6%**	**4,6%**

SUL	PR	5,9%	4,9%	676	6,2%	6,7%	2.234	0,3%	1,9%	2,3%	7,5%
	SC	3,6%	5,3%	765	4,0%	6,8%	2.357	0,4%	1,5%	2,1%	7,0%
	RS	7,5%	4,8%	785	6,7%	7,4%	2.412	-0,8%	2,6%	2,1%	5,4%
	TOTAL	**16,9%**	**4,9%**	**739**	**16,9%**	**7,0%**	**2.331**	**0,0%**	**2,1%**	**2,2%**	**6,4%**
CENTRO-OESTE	MT	1,2%	7,2%	648	2,3%	9,2%	2.780	1,1%	2,0%	3,3%	10,1%
	MS	1,3%	6,8%	608	2,0%	10,4%	3.000	0,7%	3,6%	3,9%	11,2%
	GO	2,2%	6,3%	536	3,4%	8,2%	2.079	1,2%	1,9%	2,9%	7,8%
	DF	0,8%	1,4%	540	1,7%	3,5%	2.332	0,9%	2,1%	3,3%	5,9%
	TOTAL	**5,5%**	**4,3%**	**573**	**9,3%**	**7,0%**	**2.433**	**3,8%**	**2,7%**	**3,2%**	**8,4%**

Fontes: Confaz e IBGE.

O ICMS, quando expresso em proporção do PIB de cada unidade federada, mostra com ainda mais clareza que não apenas os estados mais pobres ganharam proporcionalmente mais que os estados mais ricos, como também passaram a arrecadar relativamente mais. A carga do ICMS cresceu 4,6 pontos do PIB no Norte, 3,2 pontos no Nordeste e 2,7 pontos no Centro-Oeste, enquanto no Sul aumentou apenas 2,1 pontos e Sudeste 1,2 ponto – ou seja, se a carga do imposto cresceu no período pós-Constituinte, ela o fez de forma mais intensa nas regiões menos desenvolvidas. Em termos de dimensão, a razão ICMS/PIB em 2015 no Norte e no Nordeste supera 7,5% do PIB, superando a razão nacional (6,8%) e a do Sudeste (6,3%). Na análise por estado fica ainda mais visível esse contraste, pois todos os estados nordestinos ostentam uma carga de ICMS maior que a de São Paulo (próxima à média nacional).[6]

A evolução comparada da receita *per capita* do ICM em 1988 para o ICMS em 2015 também repete a tendência de melhor desempenho relativo dos estados e das regiões menos desenvolvidas. Sob esta ótica, a arrecadação cresceu anualmente 5,3% no Norte contra apenas 1,6% no Sudeste. O estado de São Paulo (1,3%) cresceu abaixo da média nacional (2,1%) e ostentou a taxa mais baixa entre as 27 unidades federadas.

Portanto, seja pela dimensão regional da carga do ICMS, seja pelo crescimento em longo prazo de sua receita *per capita*, se verifica que não apenas a arrecadação se desconcentrou como os estados menos desenvolvidos já arrecadam atualmente, proporcionalmente às suas economias, mais do que em estados desenvolvidos, em grande parte explicada pela redução das alíquotas interestaduais do Centro-Sul (em 1989) e pela maior exploração das *blue chips*.

6 Para uma análise comparada entre os estados da carga de todos os tributos, ver estudo de Oliveira et al. (2009).

2 Disfuncionalidades do ICMS: guerra fiscal, desindustrialização e administração tributária

Se o ICMS diminuiu sua importância no sistema tributário brasileiro com o passar do tempo, as distorções que o cercam ou que dele decorrem aumentaram exponencialmente no mesmo período (AFONSO; ARAÚJO, 2006). O ICMS ainda continua onerando indiretamente tanto os investimentos produtivos (FIESP, 2010), quanto as exportações (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2008; MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2008; FIESP, 2009a; FIESP, 2009b, AFONSO et al., 2018) porque os créditos acumulados na aquisição de bens de capital, ou mesmo de insumos, não são integral e rapidamente devolvidos. Do mesmo modo, esse imposto acaba também gerando cumulatividade na própria produção, pois continua incidindo sobre bens de uso e consumo.

Por ser o tributo indireto que mais arrecada no país, o ICMS quase sempre está no centro do debate quando se discute competitividade da produção brasileira. Usualmente o empresariado aponta os tributos, ou, mais precisamente, a carga tributária, como o principal empecilho ao crescimento econômico, ao lado dos juros. Quando detalhado por tributo, o ICMS aparece, quase sempre, como o maior ou um dos maiores "vilões", por motivos tais como: incidir sobre bens de capital e retardar ou (simplesmente) não devolver créditos acumulados aos exportadores (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2008; FIESP, 2009b) e investidores; aplicar alíquotas diferenciadas por estados e significativamente elevadas sobre insumos estratégicos; impor um custo indireto (*compliance*) alto, obrigando as firmas a cumprirem pesadas obrigações acessórias (WORLD BANK, 2016, p. 139) e acompanhar a regulamentação do tributo, em constante mutação;[7] e, finalmente, promover uma intensa guerra fiscal, decisiva para a tomada de decisões de investimento industrial no país e por tornar preferível importar a comprar um bem nacional.

Muitas dessas questões que atrapalham a competitividade do produto nacional deveriam ter sido equacionadas pela Lei Complementar n. 87, de 1996 – a chamada Lei Kandir, que trouxe as normas gerais referentes ao imposto, salvo no que dizia respeito às decisões colegiadas das fazendas estaduais sobre benefícios fiscais, que continuou regulamentada pela Lei Complementar n. 24, de 1975. Porém, essa lei não teve êxito em melhorar a competitividade nacional (VARSANO, 2013, p. 15), pois os avanços previstos na legislação original foram: postergados e nunca adotados até hoje (como no caso da permissão para créditos de bens de uso e consumo); alterados e atenuados (caso do crédito integral e imediato do imposto embutido nos bens de capital adquiridos, que foi posteriormente atrasado para ser realizado em até 48 meses); e se revelaram insuficientes (como no caso de assegurar aos contribuintes o

7 "ICMS sofre 20 mudanças ao dia e atrapalha negócios", Folha de São Paulo, 27 ago. 2012. Disponível em: <http://bit.ly/RqPFcP>. Acesso em: 10 out. 2018.

aproveitamento de saldos credores acumulados). A tendência ao acúmulo de créditos que já decorria de um aspecto estrutural do imposto – a incidência nas transações interestaduais[8] – foi agravado pela Lei Kandir, que isentou todas as exportações, inclusive dos chamados semielaborados.

Um paradoxo cerca a implantação da Lei Kandir e raramente é comentado: as fazendas estaduais sempre reclamaram de perdas de receita, que não teriam sido compensadas pela União, mas omitem os ganhos que tiveram com a consolidação da prática da substituição tributária.[9] A evolução da arrecadação do ICMS depois de implantada a Lei Kandir não decresceu no médio e longo prazo, tendo apresentado retração apenas no curto prazo – a saber, a média da carga desse imposto foi de 6,69% do PIB no biênio 1995-1996 (antes da lei), caiu para 6,35% no triênio 1997-1999, mas subiu e tem ficado acima da casa de 7% do PIB a partir de 2000. Outro paradoxo é que, enquanto reclamam e até retaliam exportações (ao represar créditos),[10] os mesmos estados não deixam de incentivar pesadamente aqueles empreendimentos que muito ou cada vez mais vendem para outros estados – ou seja, é a antítese da estratégia necessária para lidar com um mundo cada vez mais globalizado e integrado (AFONSO; CASTRO, 2012, p. 17-18). Apesar das diversas facetas das distorções proporcionadas pelo ICMS, este artigo opta por concentrar as atenções nos danos à competitividade, em razão da guerra fiscal entre os Estados, a questão da desindustrialização e das disfuncionalidades referentes à administração tributária, conforme a seguir detalhado.

8 Tal distorção decorre basicamente da forma como é aplicado o ICMS sobre as transações interestaduais, nas quais uma parcela razoável da receita fica no estado de origem: 12% no caso das saídas realizadas de contribuintes localizados no Sul-Sudeste para as próprias regiões (que devem responder pela maior parte das transações dada a sua importância na economia) e 7% no caso das saídas daquelas regiões para as demais. Quando é essa a origem de parcela expressiva dos créditos acumulados pelos exportadores de um determinado estado, não é de se estranhar que haja alguma resistência deliberada do fisco estadual a devolver aquele crédito que não gerou arrecadação para o mesmo estado e, muitas vezes, também não pode ter sua autenticidade atestada uma vez que o contribuinte que vendeu o insumo ou o bem está localizado fora das fronteiras estaduais.

9 O instrumento, ainda que de uso concentrado em poucos produtos antes da Lei Kandir, foi objeto de questionamentos judiciais, a maior parte delas convertidos em vitórias para o fisco depois daquela lei de 1986. Uma exceção a essa regra foi a decisão recente, mas por medida cautelar da Presidente do STF, que suspendeu algumas regras de substituição tributária do ICMS, que tinham sido objeto do igualmente recente Convênio ICMS n. 52 de 2017. A decisão foi tomada na ADI n. 5866, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) – noticiada pelo STF em <https://goo.gl/u4Dwwg>. É importante pontuar que a tese principal foi que o Confaz extrapolou suas atribuições e regulamentou o que deveria ser matéria de lei complementar – ou seja, não houve questionamento à lei em si, mas a um dos atos que tratou da matéria. As decisões anteriores sobre substituição tributária permaneceram válidas.

10 A reação dos estados foi glosar (na prática, estornar) os créditos de mercadorias vindas de estados e negócios incentivados (BEVILACQUA, 2009), tomando por base as sanções já previstas na legislação de 1975, mas que eram evitadas.

2.1 Guerra fiscal: impactos na competitividade e isonomia

A guerra fiscal[11] do ICMS deve ser a característica mais marcante do desequilíbrio proporcionado pelo imposto. Não custa alertar que o problema não está em um estado conceder incentivos fiscais, mas em fazê-lo à custa dos demais: de uma ou de outra forma (tal como ao arbitrar um suposto crédito tributário para cada saída interestadual, ou como ao conceder empréstimos sem juros e sem correção), é devolvida uma parcela do imposto que caberia ao estado de origem quando da venda para outro estado.

Essa prática tem por consequência uma diminuição da receita tributária estadual (PRADO, 1999), especialmente depois que todos os estados passaram a conceder incentivos fiscais, como reação aos incentivos iniciais (MELLO, 2007). Ela ainda desarranja a competitividade interna, ao fazer com que produtos iguais tenham custos, lucros e preços diferentes, constituindo na forma mais grave de intervencionismo estatal na livre concorrência. Até mesmo a iniquidade tributária,[12] que decorre de um sistema que tributa muito mais o consumo do que a renda em um país muito desigual, também é agravada pela guerra fiscal do ICMS, já que concentra incentivos em bens que não compõe a cesta básica da população mais pobre – como é o caso típico dos automóveis, uma das indústrias mais incentivas pelos estados.[13]

Embora o tema seja muito comentado, cabe ressaltar que são escassas as avaliações mais precisas dos impactos dos incentivos concedidos (RODRIGUES, 1998; NASCIMENTO, 2008; LIMA; LIMA, 2010), se foi efetivamente gerado o número de empregos e se foi ampliada a produção estadual tal como pretendida pelo governo que concedeu o incentivo.

Em consequência à guerra fiscal, não faltaram ações de inconstitucionalidade impetradas por um estado contra outros no STF, que, esporadicamente, votou uma ou outra ação, sempre condenando os incentivos concedidos à revelia do Confaz.[14] O STF surpreendeu em 2011 ao votar conjuntamente várias ações, envolvendo diversos estados e diferentes setores, e mais uma vez se posicionando contra a guerra fiscal. Em 2012, o STF ainda passou a examinar uma a possibilidade de adoção de uma súmula vinculante sobre a matéria, proposta pelo Ministro

11 Para uma análise histórica do fenômeno da guerra fiscal, ver: Varsano (1997), Prado e Cavalcanti (1998).

12 O livro "Tributação e Desigualdade", publicado em 2017 e organizado por Afonso, Lukic, Orair e Silveira, traz uma longa coletânea sobre as diferentes facetas dessa distorção do sistema tributário brasileiro, incluindo algumas referências à guerra fiscal do ICMS.

13 A guerra fiscal em torno da indústria automobilística é citada, dentre outros autores, por Fernandes e Wanderlei (2000).

14 Além de afetar o equilíbrio competitivo, as decisões unilaterais dos estados, à revelia do Confaz, promovem uma espécie de "leilão" em favor de investidores (e em detrimento do poder público). Segundo Martins (2012), o entendimento do STF em torno da unanimidade autorizativa do Confaz no âmbito da concessão de incentivos fiscais serviu justamente para marcar sua posição contrária a estes "leilões".

Gilmar Mendes e consolidada na proposta de súmula vinculante (PSV) n. 69: "Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do Confaz, é inconstitucional".[15]

Em uma tentativa de resolver este problema politicamente, o congresso editou a Lei Complementar (LC) n. 160 em 7 de agosto de 2017. A LC n. 160/2017 convalida os atos de concessão de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros vinculados ao ICMS concedidos pelos estados ou pelo Distrito Federal até 1º de maio de 2014 sem a prévia aprovação por unanimidade do Confaz, assim como concede remissão e anistia dos créditos tributários referentes. Pela LC n. 160/2017, não é mais preciso a aprovação unânime dos estados no Confaz para aprovação de um benefício fiscal. Pela nova regra, o convênio poderá ser aprovado com o voto favorável de no mínimo 2/3 dos Estados no total e, pelo menos, de 1/3 dos estados de cada uma das regiões do país.[16] Segundo o projeto aprovado pelo Senado, a concessão de novos incentivos fiscais e a prorrogação dos que já estejam em vigor, só poderão ter vigência por um prazo determinado, a depender do setor de negócios beneficiado, podendo chegar até um período de 15 anos.

Em conclusão, cabe ressaltar que a pior faceta da guerra fiscal não passa pela tributação em si, nem mesmo pelo fato de impactar na receita efetiva e nas finanças estaduais, mas pela grave distorção que impõe à livre concorrência no país e o desrespeito à garantia constitucional de isonomia tributária entre os contribuintes. Como é um incentivo que afeta diretamente o nível de preço e permite uma elástica arbitrariedade, plantas iguais, de produtos iguais, suportam um ônus de carga razoavelmente diferente, dependendo do local em que forem instaladas e das vantagens que conseguirem angariar do estado em uma negociação individualizada. Criou-se, assim, uma lógica perversa: muitos empreendedores, mesmo que talvez preferissem evitar o risco de um benefício irregular, são compelidos à guerra fiscal simplesmente pelo fato de o seu concorrente ter conseguido uma vantagem fiscal que o deixou em uma melhor condição para competir. Ao fazer com que contribuintes iguais paguem impostos

15 Outra decisão na esfera judicial com repercussões importantes contra a guerra fiscal diz respeito à confirmação pelo STF da competência do Ministério Público para propor ação civil pública em relação a essas questões. Segundo noticiado, em meados de 2010, já havia cerca de 700 ações em tramitação na justiça questionando renúncias de até R$ 8 bilhões, e que teriam deixado de ser sobrestadas por decisão da Corte maior, contrária à posição anterior do STJ. Conferir em: "Leia voto de Lewandowski que reforça poderes do MP". Disponível em: <http://bit.ly/RyScTq>.

16 Entretanto, insta destacar que houve uma razão para a adoção da exigência de unanimidade e que diz respeito ao equilíbrio federativo: o ICMS, por sua natureza, é um imposto legislado nacionalmente e cobrado de forma compartilhada entre as 27 unidades federadas (AFONSO; FUCK; SZELBRACIKOWSKI, 2016, p. 236). Ademais, na experiência internacional a unanimidade também é exigida para tratar de matérias tributárias em outros arranjos federativos – como é o caso particular da União Europeia (PEREIRA, 2014, p. 416).

diferentes, a guerra fiscal do ICMS se torna a forma de intervenção estatal, no plano tributário, mais aguda na economia, distorcendo completamente as condições de concorrência.

2.2 Desindustrialização

Um dos principais problemas inerentes ao ICMS continua sendo relativo às exportações. A falta de interesse dos estados em plantas com vocação para a venda externa e o acúmulo de volumosos e crescentes saldos credores tributários (AFONSO; CASTRO, 2012) induzem a uma redução do valor agregado nas exportações brasileiras, de modo que o ICMS afeta pouco (apenas) as vendas de produtos primários. Quanto maior a agregação de valor, mais o imposto se torna um elemento perturbador (e até impeditivo) da produção voltada para a exportação – sobretudo se uma parcela superior à metade das vendas do contribuinte não for feita para o mercado interno.

Sendo uma barreira para as atividades de alto valor agregado voltadas para a exportação, o ICMS acaba promovendo, direta e indiretamente, um processo de desindustrialização no país – fato que já ocorreria em condições normais, tendo em vista o crescente peso dos serviços na economia como um todo (MEIRELLES, 2006).

Soma-se a isso a intensa incidência do imposto sobre as *blue chips*, configurando mais um fator de desincentivo à industrialização. Quanto mais se onera a atividades de energia elétrica e comunicações, mais as indústrias intensivas no uso de tais insumos acabam sendo afetadas e incentivadas a se transferir para o exterior – como no caso da indústria de alumínio.

A importância relativa diferenciada das três nobres bases do ICMS por unidade federada também merece mais atenção. A Tabela 3 ilustra como aumentou a dependência da arrecadação de poucas bases no período pós-Constituinte.

TABELA 3 – **Arrecadação setorial* de ICMS por UF**: 1998 x 2017

REGIÕES	UF	Primário		Secundário		Terciário		Energia elétrica		Comunicação		Petróleo, combustível		Demais	
		1998	2017	1998	2017	1998	2017	1998	2017	1998	2017	1998	2017	1998	2017
	BRASIL	**1,4%**	**1,1%**	**34,7%**	**23,3%**	**27,4%**	**36,7%**	**9,6%**	**9,9%**	**8,6%**	**7,2%**	**12,6%**	**16,5%**	**5,7%**	**5,3%**
NORTE	AC	1,5%	0,1%	0,3%	27,2%	15,7%	46,0%	37,4%	11,5%	0,0%	7,0%	45,1%	3,6%	0,0%	4,7%
	AM	0,5%	0,0%	42,3%	33,2%	48,0%	31,5%	1,9%	4,2%	0,0%	5,6%	7,0%	21,6%	0,2%	3,8%
	PA	3,5%	0,9%	14,4%	22,9%	53,6%	30,5%	9,1%	10,3%	5,5%	6,5%	4,7%	27,8%	9,1%	1,2%
	RO	1,5%	2,5%	23,0%	3,7%	49,7%	52,1%	2,9%	7,7%	5,7%	5,8%	1,2%	25,1%	15,9%	3,0%
	AP	1,0%	0,9%	18,6%	14,7%	49,9%	43,2%	0,0%	0,2%	0,0%	8,8%	30,5%	32,1%	0,0%	0,1%
	RR	0,0%	0,1%	9,2%	32,5%	45,0%	44,3%	0,3%	1,0%	9,0%	7,3%	34,8%	0,1%	1,7%	14,7%
	TO	12,2%	1,8%	5,5%	14,6%	43,4%	33,8%	10,3%	10,7%	0,0%	6,6%	27,8%	31,8%	0,8%	0,7%
	TOTAL	**2,4%**	**0,8%**	**25,8%**	**23,1%**	**49,0%**	**35,2%**	**5,8%**	**7,7%**	**2,7%**	**6,3%**	**9,5%**	**24,2%**	**4,7%**	**2,7%**

NORDESTE	MA	n.d.	0,7%	n.d.	13,2%	n.d.	38,7%	n.d.	10,2%	n.d.	6,0%	n.d.	21,6%	n.d.	9,6%
	PI	0,2%	6,6%	13,8%	13,5%	54,5%	32,7%	8,6%	11,5%	5,0%	6,1%	16,5%	29,3%	1,3%	0,2%
	CE	0,3%	0,0%	35,5%	18,4%	30,7%	37,6%	11,8%	12,0%	9,2%	6,4%	8,6%	22,1%	4,0%	3,6%
	RN	7,5%	1,9%	17,4%	15,6%	52,4%	45,9%	8,6%	10,0%	8,9%	5,9%	4,9%	20,7%	0,3%	0,0%
	PB	0,1%	0,1%	25,1%	13,1%	64,1%	43,3%	3,0%	11,0%	6,9%	6,0%	0,8%	22,1%	0,0%	4,4%
	PE	5,2%	0,1%	22,3%	14,7%	37,9%	50,6%	5,8%	10,3%	7,2%	6,1%	9,0%	17,3%	12,6%	0,8%
	AL	0,3%	0,1%	21,7%	31,1%	37,0%	42,9%	9,3%	9,2%	7,5%	5,9%	0,3%	8,9%	23,8%	2,0%
	SE	4,5%	4,2%	9,0%	22,1%	34,7%	39,8%	8,3%	9,1%	0,0%	6,7%	15,8%	16,0%	27,6%	2,0%
	BA	1,2%	0,6%	29,0%	23,2%	31,2%	35,1%	8,9%	10,1%	8,2%	6,1%	19,1%	22,0%	2,4%	3,1%
	TOTAL	**2,3%**	**0,9%**	**25,8%**	**18,6%**	**37,7%**	**40,6%**	**8,2%**	**10,5%**	**7,6%**	**6,1%**	**11,6%**	**20,4%**	**6,7%**	**2,9%**
SUDESTE	MG	0,6%	0,4%	36,2%	23,1%	20,1%	31,9%	12,1%	12,7%	8,8%	6,6%	17,2%	20,5%	5,1%	4,8%
	ES	9,8%	0,0%	20,9%	29,3%	44,1%	35,8%	9,9%	11,5%	6,2%	5,5%	8,3%	15,7%	0,9%	2,2%
	RJ	0,1%	1,7%	31,4%	17,2%	26,0%	43,2%	13,2%	13,8%	13,5%	11,2%	9,9%	11,0%	5,9%	2,0%
	SP	0,1%	0,2%	44,9%	29,8%	21,4%	38,0%	8,2%	7,1%	8,0%	7,9%	10,7%	11,0%	6,7%	6,0%
	TOTAL	**0,6%**	**0,5%**	**40,3%**	**26,5%**	**22,9%**	**37,4%**	**9,7%**	**9,5%**	**9,0%**	**8,0%**	**11,4%**	**13,2%**	**6,1%**	**5,0%**
SUL	PR	4,1%	1,7%	18,9%	18,8%	30,3%	27,3%	13,4%	12,9%	9,8%	6,1%	17,3%	14,8%	6,2%	18,5%
	SC	0,4%	0,4%	30,4%	29,4%	30,1%	33,4%	10,4%	11,9%	10,2%	5,5%	17,3%	18,8%	1,2%	0,6%
	RS	0,6%	0,4%	34,9%	28,8%	25,9%	32,7%	11,3%	9,9%	6,8%	7,4%	16,7%	15,7%	3,6%	5,1%
	TOTAL	**1,7%**	**0,9%**	**28,8%**	**25,3%**	**28,2%**	**30,9%**	**11,8%**	**11,4%**	**8,6%**	**6,5%**	**17,0%**	**16,1%**	**3,9%**	**8,9%**
CENTRO-OESTE	MT	5,4%	5,1%	21,9%	10,7%	31,9%	38,4%	8,5%	9,2%	8,0%	7,1%	20,2%	22,9%	4,2%	6,5%
	MS	18,9%	8,1%	3,9%	2,4%	37,2%	39,6%	8,2%	10,4%	10,4%	4,5%	20,6%	18,6%	0,8%	16,3%
	GO	3,7%	12,0%	26,9%	5,4%	29,3%	39,3%	9,7%	5,6%	8,6%	5,0%	13,1%	30,1%	8,6%	2,6%
	DF	0,2%	1,8%	18,9%	17,2%	37,7%	34,2%	8,5%	11,1%	15,5%	6,7%	18,4%	24,3%	0,9%	4,6%
	TOTAL	**5,7%**	**0,1%**	**20,1%**	**15,0%**	**33,3%**	**43,2%**	**8,9%**	**8,1%**	**10,5%**	**13,1%**	**17,1%**	**18,8%**	**4,4%**	**1,6%**

Elaboração própria. Fonte primária: Confaz.

* 1. Setor secundário exceto energia elétrica e petróleo. 2. Setor terciário exceto energia elétrica, petróleo e comunicação. 3. "Demais" compreende a arrecadação da dívida ativa e outras fontes de arrecadação, além de eventuais discrepâncias. n.d. = não disponível.

Os combustíveis são a base mais importante do imposto, gerando 16,5% do ICMS nacional. Esta base ainda apresenta razoável discrepância entre unidades da federação, pois, se responde por apenas 11,0% em São Paulo e 11,0% no Rio de Janeiro, chega a 32,0% no Amapá. A energia elétrica supera a comunicação como a segunda base mais importante: 9,9% é a média nacional. Da mesma forma que no caso dos combustíveis, é possível notar alguma dispersão regional do indicador, mas desta vez em sentido inverso, no qual esta base é mais relevante para regiões desenvolvidas. Por exemplo, a energia elétrica gerou 12,9% da arrecadação de ICMS do Paraná, enquanto em Roraima esta participação foi de 1,0%. Já a arrecadação no setor de comunicação – média nacional de 7,2% do total – apresenta a menor dispersão de todas. Isto

é, há uma razoável homogeneidade entre unidades federadas neste caso, com a notável exceção do Rio de Janeiro, que ficou em 11,2%.

Adicionalmente a este movimento de intensificação da tributação sobre as bases "nobres", os fiscos estaduais – sob uma perspectiva arrecadatória imediatista – têm interesse em estimular a venda de gasolina em detrimento do etanol, pois a alíquota do primeiro produto é superior à do segundo. Assim, a arrecadação do ICMS se aproveita da piora na eficiência energética, ao inverso do pleiteado para a sustentabilidade ambiental.

A desindustrialização até entrou recentemente na agenda nacional de debates (OREIRO; FEIJÓ, 2010; SONAGLIO et al., 2010; CANO, 2012), porém, ainda não falta uma leitura com profundidade de seus impactos para o ICMS – ao menos não em termos nacionais e contextualizados no debate federativo. Afinal, sendo esse um tributo alicerçado fortemente sobre a indústria de transformação, o seu potencial acaba se tornando igualmente limitado. E, pior, tem o seu próprio futuro ameaçado caso a redução do peso relativo da indústria na economia, brasileira ou em todo o mundo, torne-se inevitável.

Outro impacto sobre a arrecadação do ICMS decorre das profundas mudanças tecnológicas e, sobretudo, sociais que cercam os serviços de comunicações. O uso, pela população e depois por empresas, da telefonia tradicional foi substituído por aplicativos gratuitos vinculados à internet, diminuiu não apenas a receita das concessionárias, como sobretudo a arrecadação federal – com óbvio e maior impacto no ICMS. Este é o fator decisivo para explicar que comunicações que respondiam por 10,4% da arrecadação nacional do imposto em 2000 caiu para 7,8% em 2017.

Não faltam, portanto, contradições de modo que o que pode favorecer a arrecadação do ICMS no prazo mais curto acaba por se tornar um condicionante negativo para a mesma arrecadação no prazo mais longo, sobretudo porque vão sendo quebradas e empobrecidas as cadeias de produção nacionais. Quanto maior a tendência à desindustrialização, mais comprometida fica a expansão e até mesmo a sustentação do ICMS.

Se o ICMS continuar um imposto restrito apenas às mercadorias (basicamente, agrícolas e industriais) e alcançar poucos e parcialmente alguns serviços, é de se esperar que siga perdendo espaço no sistema tributário. Isso decorrerá da irreversível tendência de qualquer economia moderna, em que mercadorias representarão uma parcela decrescente da atividade e perderão espaço para os serviços de mais alto valor agregado. Entretanto, parece que uma visão estratégica, ampla e atenta aos aspectos da macroeconomia não se faz mais presente no horizonte dos fiscos estaduais.

2.3 Administração disfuncional

Por fim, outro problema que demonstra a obsolescência do ICMS é o uso de instrumentos que deveriam ser limitados a poucas operações, mas têm sido adotados em larga escala no país, sobretudo como forma de atenuar os efeitos das crises na receita. Estes instrumentos são: o contribuinte substituto, a cobrança antecipada na fronteira (interna) e a retenção de créditos

tributários (acumulados ao longo da cadeia produtiva e de comercialização e raramente reconhecidos e devolvidos). Na prática, constituíram formas de tentar aumentar a arrecadação sem incorrer no desgaste popular e político de majorar alíquotas e de negociar projetos de lei com assembleias estaduais.

Também viraram distorções quando seu uso se revelou exagerado, com eventual má calibragem da alíquota de substituição. Neste caso, nem todos os contribuintes à frente conseguem recuperar o imposto substituído, também impactando as condições de concorrência.

Um caso particularmente preocupante é quando a substituição tributária alcança as microempresas e empresas de pequeno negócio que aderiram ao regime simplificado (Simples Nacional): além de contrariar o preceito constitucional de diferenciar o tratamento desses contribuintes, a substituição acaba criando um ônus adicional sobre tais empresas e muitas vezes funcionando como uma dupla tributação (QUICK, 2012).

Com relação à substituição tributária para frente, em 2016 o STF concluiu o importante julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 593.849 que versava sobre a constitucionalidade da restituição do ICMS cobrado antecipadamente pelo regime de substituição tributária quando a base de cálculo presumida for superior ao valor efetivo da operação. Com este julgamento, o Supremo mudou o entendimento até então vigente, garantindo a restituição do imposto pago a maior nos casos em que o valor efetivo da operação posterior for menor ao valor presumido. O que chamou a atenção neste julgamento não foi a interpretação jurídica do § 7º do art. 150 da CF, mas a discussão em torno dos fundamentos práticos da substituição tributária. Alguns ministros levantaram a questão da evolução tecnológica. Segundo eles, se o instituto no passado foi criado para facilitar a atuação do fisco na cobrança do imposto (já que é melhor concentrar a arrecadação em um dos agentes da cadeia do que em todos), atualmente, com todo o aparato tecnológico de que hoje as administrações tributárias dispõem tanto para cobrar e fiscalizar, quanto para aferir o real valor da operação, a existência da substituição tributária não mais se justificaria.[17]

Se na esfera política pouco se avançou para melhorar a articulação federativa, o inverso se deu no campo da administração tributária, em particular, em torno da aplicação das mais modernas tecnologias de informação e de comunicação. Não apenas se lançou mão de técnicas e tecnologias mais modernas, como se promoveu uma integração sem precedente entre as

17 Neste sentido, o ministro Luís Roberto Barroso foi categórico ao afirmar que a técnica de fiscalização evoluiu muito nos últimos 15 anos e que, portanto, não é mais tão difícil verificar o valor real da operação e do imposto devido, tanto é que alguns estados já fazem isso. Ele chama ainda a atenção ao fato de que se está aplicando uma lógica que foi elaborada para uma realidade diversa. A ministra Carmen Lúcia igualmente justificou seu voto alegando que "as receitas estaduais já possuem uma estrutura para a verificação efetiva". O relator, ministro Edson Fachin e o ministro Luiz Fux também parecem ter convergido para a tese de que a praticidade, economicidade e eficiência trazidas pela substituição tributária não podem se sobrepor a outras garantias dos contribuintes.

diferentes administrações tributárias: com a realização de encontros nacionais, a celebração de convênios de cooperação técnica e diferentes outras formas de atuação conjunta.[18]

As administrações fazendárias estaduais e a federal (SIQUEIRA, 2009) em muito avançaram nos últimos anos, inicialmente estimuladas por financiamentos de organismos internacionais e depois movidas por receita própria, uma vez que são inversões que demandam um montante baixo de recursos e tendem a gerar bom e rápido retorno (KIDD; CRANDALL, 2006; PITA, 2008). Diversas ações na direção da integração de cadastros e sistemas de informações vêm sendo realizadas (BARRETO, 2012), desde a emissão eletrônica de notas fiscais (MELLO, 2006), iniciativas de incentivo e premiação a contribuintes (BRONDOLO, 2008), troca de informações e experiências, até a articulação para ações conjuntas de fiscalização e cobrança. Em particular, menciona-se que a nota fiscal eletrônica (NF-e) foi concebida em 2005 e desenvolvida em parceria pelos fiscos federal e estaduais, já alcançando 768 mil estabelecimentos em todo o país e devendo ultrapassar 4,3 bilhões de emissões, números que por si só dão uma dimensão da escala das mudanças promovidas.

A modernização gerencial permite rever alternativas que foram descartadas no passado como inviáveis – como é o caso do eventual recurso à câmara de compensação de transações interestaduais, que já pode ser considerado possivelmente operacional na medida em que os sistemas dos diferentes governos forem integrados e o uso da nota fiscal eletrônica vier a ser universal.[19]

Essa integração e a modernização das fazendas têm reflexos importantes e favoráveis no ICMS (PINHANEZ, 2008). Porém, o contraste entre o cenário da administração das receitas e o da legislação e política tributária constitui uma situação paradoxal no Brasil. Quanto mais se retrocedeu em aplicar os princípios básicos da boa tributação, na qual a política tributária deixou cada vez mais a desejar em termos das distorções e dos desequilíbrios que ela acarreta para a economia, mais as administrações fazendárias avançaram na integração. Com efeito, suas práticas tributárias informatizadas se situam entre as mais modernas do mundo. Quer dizer, se cobra de forma moderna tributos que têm caráter arcaico – o ICMS é um bom retrato.

18 Pode ser considerado um marco dessa nova atitude a mudança no capítulo da Administração Pública da Constituição da República (art. 37, inciso XXII), promovida por emenda do fim de 2003, que valorizou as atividades da administração tributária e, principalmente, que determinou uma atuação integrada das três esferas de governo, inclusive prevendo o compartilhamento de cadastros e dos sistemas de informações.

19 O desempenho poderia ser ainda melhor caso fossem definitivamente unificadas as identificações dos contribuintes, pessoas físicas e jurídicas. Adotar um cadastro próprio para seus impostos significa menos autonomia e perda de oportunidade de ter uma cobrança mais eficiente.

3 Tentativas e alternativas para a reforma tributária

3.1 Tentativas fracassadas de reforma

Com tantas distorções e problemas, inúmeras foram as tentativas de equacionamento do ICMS. Não por acaso, o imposto se tornou o alvo central das principais propostas de reforma tributária que surgiram no país poucos anos depois de promulgada a nova Constituição. Tais propostas se sucederam ao longo dos anos e tiveram origens, motivações e formatações as mais diferentes, como destaca Varsano (1994) e Lukic (2014). Ressalta-se que as propostas quase sempre tiveram o ICMS como principal ou, às vezes, até único objeto da reformulação sugerida.

Em comum, nunca avançou e muito menos foi aprovada uma reforma no sentido mais amplo do termo. Porém, as propostas de iniciativa do executivo federal quase sempre acabavam resultando em mudanças pontuais, a maioria visando aumentar a carga tributária federal e centralizar poderes e recursos.

A primeira grande onda de debate em torno da reforma tributária ocorreu poucos anos depois de promulgada a nova Constituição. De maneira simplificada, via-se apenas uma única e grande barreira para a competitividade: o grande número de tributos cobrados no país. Miraculosamente, propunha-se uma reforma radical e inusitada: a criação de um imposto único sobre transações financeiras (CINTRA, 1994, p. 273). Tal projeto não foi aprovado, mas lançou as bases para poucos anos depois ser criado mais um tributo, a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF (originalmente Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF), que ficou conhecida como "o imposto sobre cheque".

Trajetória parecida percorreu outra proposta[20] que seria uma variante menos radical: em vez do imposto único, caberia adotar um grande imposto seletivo no lugar dos impostos gerais sobre consumo ou vendas. O projeto do imposto seletivo não foi à frente, mas, de certa forma, sua tese acabou sendo parcialmente adotada quando o ICMS e outros tributos indiretos federais (Cofins, PIS e Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE), passaram a tributar pesadamente os chamados insumos estratégicos – combustíveis, energia elétrica e comunicações (REZENDE, 2012, p. 41) – revertendo, parcialmente, a decisão da Assembleia Constituinte de dedicar exclusivamente ao ICMS a tributação de energia, combustíveis, transportes, comunicações e minérios.

Propostas de reforma do capítulo constitucional do sistema tributário, mas que concentravam as atenções no ICMS estadual, foram enviadas ao Congresso no início dos mandatos dos últimos três presidentes eleitos (LUKIC, 2014).

20 Proposta de Emenda à Constituição n. 46-A/1995.

Em 1995, o governo federal, na presidência de Fernando Henrique Cardoso, enviou uma proposta de emenda em torno da qual, ao final dos anos 1990, chegou-se a acordar um substitutivo com mudanças vultosas (parecer Mussa Demes). Basicamente buscava-se adotar o princípio de destino no ICMS interestadual, ao transformar esse em um imposto sobre o valor acrescentado (IVA) dual, se aproximando do que já era praticado no Canadá (BIRD; GENDRON, 1998), bem como fundia o ISS municipal ao mesmo imposto e criava um adicional estadual do imposto de renda das pessoas físicas. Porém, o próprio executivo federal abortou a tramitação da matéria, receoso de não cumprir o ajuste fiscal necessário à saída da crise externa (OLIVEIRA; BIASOTO JUNIOR, 2015; LUKIC, 2014). A proposta sequer chegou a ser votada em plenário na Câmara dos Deputados, mas foi que pretendeu promover alterações mais profundas (estruturais) entre todas as reformas já propostas à Constituição de 1988.

Já o projeto enviado em 2003 pelo governo federal, na gestão do presidente Lula, também procurava modernizar o ICMS, inclusive abrindo espaço para mudar a tributação interestadual e combater a guerra fiscal – fato que gerou um forte movimento no parlamento para assegurar os benefícios já concedidos. Aprovada na Câmara, a única mudança no ICMS que passou no Senado foi a imunidade para as exportações – elevando o *status* da isenção antes determinada na Lei Kandir – pois aquela casa pediu uma reforma mais abrangente, que contemplasse a criação de um IVA simples, amplo e moderno, com a fusão de impostos federais. Tal matéria, uma vez devolvida à Câmara, nunca voltou a tramitar (LUKIC, 2014).

No segundo governo Lula, ainda foi apresentada nova proposta de reforma tributária, que propunha a criação de um IVA no âmbito federal e de um "novo ICMS" com legislação unificada entre os 27 estados, tendo como principal objetivo melhorar a competitividade da produção brasileira (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2008, p. 22). Mais uma vez, a proposta não passou sequer da Câmara dos Deputados, na qual os estados revelaram fortes divergências em torno da matéria:

> [...] os estados se opuseram. Não era apenas autonomia que estava em jogo, mas recursos. A proposta de unificação da legislação do ICMS provocou insegurança quanto aos valores futuros das alíquotas do imposto e, consequentemente, quanto à arrecadação futura dos governos estaduais (JUNQUEIRA, 2015, p. 101).

Posteriormente, durante a presidência de Dilma Rousseff, surgiu a tese da "reforma fatiada" (AFONSO, 2013), segundo a qual as mudanças seriam realizadas por medidas diferentes e sequenciais, evitando as que exigissem emendar a Constituição. Mais uma vez, a melhoria da competitividade foi a justificativa para a proposta, que se converteu na Resolução do Senado n. 13, de 25 de abril de 2012. Tal Resolução, a pretexto de acabar com a chamada guerra fiscal dos portos, reduziu a 4% a alíquota interestadual de ICMS sobre bens importados e destinados à industrialização em outros estados, mas admitindo uma série de exceções, que

tornaram ainda mais complexa e difícil sua operacionalização. Na sequência, também foram aprovadas mudanças do ICMS referentes às transações interestaduais das compras realizadas no chamado comércio eletrônico.

Em um balanço dos projetos de reforma, pode-se concluir que fracassaram as tentativas de promover mudanças significativas no ICMS estadual e em todo o sistema tributário, em que pese terem sido realizadas muitas alterações na Constituição em matéria de tributação. Todas as mudanças no ICMS possuíam caráter muito focalizado e seletivo. A única exceção a essa regra foi a estratégia defendida por uma comissão do Senado em 2009, que defendeu a construção de um novo sistema tributário em vez de uma reforma (DORNELLES; AFONSO, 2010).

3.2 Alternativas ao ICMS

Mudanças recentes foram realizadas no âmbito do ICMS, mas são irrelevantes para reverter a sua deterioração. A convalidação dos incentivos do ICMS tende a provocar uma onda de guerra fiscal a partir do chamado mecanismo da "cola" (um estado poderá adotar incentivos dos outros).[21,22] E mesmo quando os Estados se acordam no Confaz, a Justiça vem e derruba algumas decisões – como no caso da substituição tributária.

No lugar de preparar o imposto para uma economia futura radicalmente diferente da atual, as novas regras se voltaram para o passado e, ainda assim, para confessar e perdoar os pecados antes cometidos – ou seja, especificamente, tratam dos incentivos concedidos unilateralmente pelos estados e sem submissão ao Confaz. Conforme já exposto, a LC n. 160/2017 suspendeu excepcionalmente a regra de unanimidade daquele colegiado e tão somente para a remissão dos créditos tributários decorrentes de incentivos e benefícios concedidos sem amparo constitucional. O resultado único dessa lei foi a edição do Convênio n. 190, de dezembro de 2017, que regulamentou em detalhes tal processo.[23] Apesar disso, os estados que não aprovaram o convênio no Confaz questionam a constitucionalidade dos atos no STF e, o pior de tudo, não há mínima garantia de que a guerra fiscal do ICMS cessará (DOMENE; BÔAS, 2017).

Em um contexto de tantas barreiras a serem superadas, cabe questionar a possibilidade de reforma do ICMS, na expectativa de que ocorra, em um futuro próximo, uma definitiva e profunda reforma do sistema tributário brasileiro. Autoridades e técnicos estaduais deveriam avaliar com algum desprendimento e muita racionalidade se faz sentido manter um imposto

21 Conferir: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/convenio-icms-190-2017-regra-da-convalidacao-20122017>.

22 Conferir: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-22/fernanda-kotzias-confaz-define-regras-convalidacao-beneficios>.

23 Vide íntegra dos dois atos citados em: <https://goo.gl/wBrsAq> e <https://goo.gl/j1kxCQ>.

de base econômica restrita e decadente, diante do futuro inexorável da economia – cada vez menos produtiva e cada vez mais prestadora de serviços. Tal fato exigiria um constante estresse de sobrecarregar a base de incidência limitada (PAES, 2009) que ele alcança e recorrer a expedientes pouco ortodoxos, como acúmulo de créditos tributários, substituição tributária e cobrança nas fronteiras estaduais, conforme já ressaltado (ANGELIS, 2016).

Se alguém tivesse coragem de propor a substituição da base valor adicionado por receita bruta, significaria substituir o ICMS pelo imposto sobre vendas e consignações, que ele sucedeu na reforma de 1965. Esse avanço para o passado agravaria ainda mais as condições de competitividade dos contribuintes brasileiros porque haveria uma óbvia incidência cumulativa – aliás, da mesma forma que no ICMS. Não se resolverá o problema do acúmulo do crédito suspendendo o preceito constitucional da não cumulatividade. É verdade que, hoje, o regime das microempresas (o Simples) alcança a receita no lugar do valor adicionado mas é opcional aos contribuintes e responde por parcela irrelevante da arrecadação (2,5% do que se arrecadou de ICMS no país ou 3,6% se contado tudo que se pagou no Simples e a carga bruta global).[24]

Para mudar essa situação, um primeiro passo para viabilizar finalmente uma reforma do ICMS passa por um diagnóstico atualizado e abrangente de sua arrecadação, suas características e implicações. Depois de tanto que já se discutiu sobre o porquê e como reformar o ICMS, é inusitado reconhecer que não se conhece tão bem o imposto como se imagina. Na verdade, a economia passou por profundas transformações nas últimas décadas e isso se refletiu no imposto estadual. Logo, o diagnóstico precisa ser atualizado e validado.

Uma alternativa de mudança do imposto que é muito "ventilada" é a fusão do ISS ao ICMS. Esta nos parece mais improvável, inclusive politicamente, do que a criação de um único e amplo imposto sobre valor adicionado, que abrangesse todos os (ou a maioria dos) impostos e contribuições das três esferas de governo, que incidem sobre o mercado doméstico de bens e serviços. Quanto maior a abrangência das mudanças, mais oportunidades surgem para equacionar as diferentes questões, inclusive ao mesclar competências e distribuição de recursos, de modo que a perda de uma unidade federada com a alteração de um imposto possa ser compensada por ganho na mudança de outro imposto ou transferência intergovernamental (LUKIC, 2014).

Se reformado o ICMS, seja qual for a sua envergadura, os impactos na receita disponível e a transição entre a sistemática atual e a futura tendem a despertar dúvidas e, por conseguinte,

24 Fora o Simples, outros regimes que alcançam apenas a receita bruta compreendem os ditos monofásicos e são mais adotados no âmbito dos tributos federais do que o ICMS. Não se deve confundir tal prática com a da substituição tributária, aí sim generalizada e cada mais intensa naquele imposto estadual, mas que não o transforma em um imposto sobre receita – porque, em tese, se está apenas substituindo contribuintes, aqueles que vendem ou compram daquele escolhido como substituidor, tem seu imposto arbitrado e concentrado em uma única fase.

resistências das autoridades estaduais. Há uma grande desconfiança entre os estados diante de promessas do governo federal de oferecer compensação financeira, sobretudo na forma de fundos transitórios. Também se julgam inadequados os suportes ofertados na forma da concessão de empréstimos por bancos públicos federais, em que se troca uma receita recorrente para outra temporária e restituível no futuro.

O que daria mais conforto às autoridades estaduais seria considerar as prestações vincendas da dívida refinanciada junto ao Tesouro Nacional e assegurar ao estado uma compensação ao reduzir do pagamento mensal o montante que teria perdido com a reforma. Na mesma direção, caberia resgatar a sistemática original do chamado "seguro-receita", que regulava as compensações da Lei Kandir na sua formatação inicial, de modo a tentar mensurar o valor justo (mais próximo possível) da perda de receita a ser compensada.

Para superar os antagonismos que marcam o ICMS, faz-se necessário politizar suas questões de modo a se conseguir construir uma aliança entre estados para se chegar a um consenso mínimo em torno da necessidade de atualização do imposto e para uma ação mais articulada de defesa dos interesses da esfera intermediária de governo. O ideal seria a criação de uma instância política de peso, com atuação direta dos governadores, mas abastecida pelos melhores e mais completos subsídios técnicos, visando propor e defender medidas que, no mínimo, preservem o atual espaço fiscal e político dos estados e que, idealmente, promovessem uma recuperação gradual desse poder. Poderia, neste caso, ser apropriada a criação de um fórum político de articulação dos governadores, o qual fosse composto e comandado diretamente pelos chefes dos executivos estaduais.[25]

Se o Brasil sequer consegue disparar um processo de criação do IVA e de aproximação em relação ao padrão de tributação dominante no mundo, é ainda pior saber que até o paradigma mudará. Dentre outros autores, Miguez (2017) sintetiza as bases da atual tributação mundial e, também, antecipa tendências futuras. Fica evidente o contraste entre o Brasil, que mal consegue ter coragem de transformar o ICMS em um IVA, com os demais países que já estão estudando alternativas de sistemas tributários adaptados à nova economia. A Europa, por exemplo, adotou recentemente um plano de ação[26] e economistas têm estudado o custo do VAT diante do cenário atual (BARBONE; BIRD; VAZQUEZ-CARO, 2012). Hoje, ao

25 A proposta seria que o órgão colegiado de Governadores também fosse apoiado por um órgão assessor de caráter técnico, composto por secretários (Fazenda, Planejamento e Administração), permitiria assistir e acompanhar o fórum, de modo que essa instância pudesse prestar amplos e consistentes subsídios técnicos para a ação política. A experiência internacional poderia oferecer algumas lições de colegiados de governos subnacionais presentes em algumas federações. É importante notar que, de certa forma, até as prefeituras das capitais já usem esse caminho, ainda que sem grande repercussão na cena política nacional.

26 As propostas e decisões para reforma do IVA na União Europeia são divulgadas na seguinte página de sua Comissão: <https://goo.gl/rTLjYN>.

mesmo tempo em que há impostos sobre mercadorias e serviços, cada vez mais estão presentes outras formas de negócio e produção que não mais são físicos (GRECO, 2011). É o caso de armazenamento de arquivos em nuvens, uma infinidade de aplicativos para ouvir música, assistir a filmes, telefonar e filmar, assim como há, nessa mesma atualidade, artistas a atletas cedendo seu direito de imagem. Em cada um desses casos, não há a presença de um fato gerador que se enquadre exatamente no quadro normativo dos impostos atuais.

A grande dificuldade será tributar os crescentes negócios em torno de direitos e bens intangíveis. Ainda mais quando estão "nas nuvens", de modo que o provedor desse serviço não tem um endereço físico preciso. O reconhecimento tributário do capital intelectual é citado cada mais na literatura internacional e os fiscos buscam de diferentes formas o alcançar e tributar (ASLAM; SHAH, 2017; ANTON; ESTRADA, 2016; ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2018) É dito que se trata daquilo que não possa ser fisicamente tocado, mas que tem um valor econômico aferível, e se este é um conceito vago e amplo, por outro lado, é certo que não se trata do caso de mercadoria e, por tanto, estará fora da base do ICMS estadual (e muito pouco do valor que esse negócio envolve se conseguirá alcançar pelos serviços de comunicações e de transporte não locais destinados a consumo final).

O consumo crescente e cada vez mais difícil de identificar, medir e taxar é todo aquele que passa ao largo de mercadorias e, portanto, fora da base do ICMS. Que mais lembra este imposto é a nova e crescente guerra fiscal global, com países oferecendo múltiplos incentivos para atrair novas instalações ou sede dos empreendimentos que predominam nessa economia digital. Se é evidente a dificuldade para harmonizar internacionalmente a tributação das transações intangíveis, tanto ou mais desafiador será pacificar a tributação dos lucros e sobretudo de grandes corporações internacionais, pois a globalização financeira facilita sua transposição entre fronteiras e com difícil controle das autoridades fazendárias de cada país, se seguirem atuando tradicional e isoladamente.[27]

É crescente o debate sobre quais devem ser as novas formas tributárias. Uma proposta emblemático é da ideia de cobrar um imposto sobre robôs (VAROUFAKIS, 2017) para compensar a perda de empregos e da arrecadação sobre estes – o que tornará ainda mais sombrio o cenário de custeio da previdência social. Sobre o impacto da robotização no mercado de trabalho, Acemoglu e Restrepo (2017) estimam que, na média, mais um robô para cada mil trabalhadores reduz o emprego em cerca de 0,18%-0,34% e os salários em 0,25%-0,5%. Outros pretendem tributar pesadamente os bens de capital, ou ainda punir aqueles empregadores que demitirem mais que a média setorial ou nacional. Também voltam os olhares para os antigos impostos sobre heranças e os tradicionais sobre propriedade.

27 Acerca dos impactos da globalização na habilidade dos governos de cobrar impostos, ver Tanzi (2014).

De qualquer forma, nessa miríade de proposições que agitam o debate internacional mais recente de finanças públicas raras são as medidas que, aplicadas no Brasil, poderiam vir a resgatar o ICMS. Ao contrário, explorar mais outras bases e novos impostos, em sua maioria próprios do nível central de governo, esse cenário aponta para manter e acelerar o esvaziamento relativo daquele imposto estadual. Nenhuma outra economia importante hoje aplica o principal tributo sobre mercado doméstico e de serviços como um tributo legislado, cobrado e fiscalizado a nível subnacional, como faz o Brasil (não só pelo ICMS estadual, mas imposto geral sobre serviços de competência municipal também entra na mesma situação). As hipóteses abertas para tributação da economia digital, mesmo nos casos mais inusitados, em princípio, nenhuma parece ser apropriada para ter definição e gestão por governo que não seja o nacional. Na verdade, se já será muito difícil para um país alcançar os negócios digitais, o que dizer de o fazer de forma diferenciada dentro do território nacional supondo que, no caso de federações ou de governos descentralizados, que os subnacionais possam administrar de forma autônoma a tributação de uma base tão fluída e flexível.

Aliás, não só na tributação, mas também no que tange ao debate sobre orçamento, dívida, enfim, em todos os campos das finanças públicas, até o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial já sentenciaram que se caminha, de forma inevitável, para uma era digital nesse campo (GUPTA et al., 2017).

Se a aplicação do imposto (municipal) de serviços sobre novas tecnológicas não é simples, certamente é menos ainda o caso de aplicar um imposto (estadual) sobre mercadorias. Por este motivo que mesmo leis recentes, como a LC n. 157, de 2016, já foi objeto de várias contestações envolvendo a questão de até onde pode ir a fronteira do ISS sem uma reforma tributária profunda (TORRES, 2014; SZELBRACIKOWSKI, 2017).

É incerto quais devem ser os novos impostos para essa nova economia e sociedade. É certo, porém, que o ICMS e muito dos atuais impostos brasileiros se tornarão cada vez mais obsoletos, ineficientes e desproporcionais. Será preciso adotar uma estratégia de reforma baseada na simplicidade e na flexibilidade.

Curiosamente, sob o olhar nacional e da história e política brasileira, é tida como ousada a proposta de reforma tributária em debate atualmente na Câmara dos Deputados, relatada pelo Deputado Luiz Carlos Haully, que propõe extinguir os atuais tributos indiretos para criar duas novas figuras e nacionais – um imposto sobre valor adicionado e um seletivo.[28] Os estados não se posicionaram e nem apresentaram uma contraproposta, mantendo a falta de uma visão coordenada e estratégica. Porém, sob olhar dos debates internacionais e em termos perspectivos, ainda mais com a revolução digital em curso, até essa proposta pode ser considerada tímida ou ultrapassada – é preciso ir além de se criar um IVA convencional para lidar com o valor que é agregado não apenas na forma de mercadoria ou de serviço.

28 As linhas gerais da proposta do Deputado Haully são apresentadas em: <https://goo.gl/CKqG2A>.

O Brasil tem um desafio maior do que o resto do mundo. Um novo sistema de fato mais simples para todos os contribuintes (e não apenas para os pequenos negócios) requer uma "lipoaspiração" na matéria tributária presente e abundante no corpo de sua Constituição (FUCK, AFONSO, 2017). Nenhuma outra em todo o mundo trata de forma tão extensa e detalhada de matérias tributárias. Não apenas são definidas as competências tributárias e distribuídas entre esferas de governo, como a nossa Carta Magna ainda pormenoriza regras sobre a forma de incidência, de incentivos, até fixa alíquotas – aliás, no caso da partilha da receita, especifica as proporções a distribuir e antecipa critérios de rateio. Este fato já uma fonte de problemas, sobretudo porque quase toda disputa judicial acaba no STF. Surgirá, no entanto, um novo e terrível obstáculo: engessar o futuro.

Será um grande desafio antecipar e prever no texto constitucional até mesmo as competências tributárias. Diante das incertezas e mudanças, o ideal seria definir as competências no Código Tributário Nacional: lei que exige quórum qualificado (menor do que o exigido para alteração constitucional) e, hierarquicamente, tem *status* de lei complementar.

Existem alternativas para a reforma do ICMS e aqui foram apontados apenas alguns caminhos. Esta é uma agenda inegavelmente difícil, complexa, abrangente e, porque não dizer, ousada. Se a preferência dos estados for por não correr riscos e preservar na essência a atual formatação do ICMS, esta será, seguramente, a opção por continuar perdendo espaço no sistema tributário e na federação brasileira.

Conclusão

Evidências estatísticas aqui apresentadas comprovam a hipótese desenvolvida no presente estudo: a obsolescência do ICMS estadual. Sua principal base de cálculo (o valor adicionado na indústria e na agricultura) tem tendência decrescente diante na economia moderna, enquanto os serviços, já majoritários e crescentes na formação do produto, contribuem apenas indiretamente para a arrecadação do imposto (através dos insumos). A realidade econômica é ainda agravada por decisão política das autoridades estaduais em promover o desenvolvimento regional pela concessão de incentivos fiscais – a chamada guerra fiscal do ICMS. Este também se afasta cada vez mais de sua concepção inicial como tributo sobre valor adicionado a partir da utilização excessiva de instrumentos como a substituição tributária e o crescente acúmulo de créditos tributários. As contradições nas quais está mergulhado revelam a derrocada do ICMS como forma de tributar o consumo.

Na era da revolução digital, em que mercadorias cedem lugar a serviços, e estes, por sua vez, são cada vez mais substituídos pelos negócios envolvendo direitos intangíveis, não há a menor perspectiva de que o ICMS volte a ser o importante e grande imposto do sistema tributário nacional. Sem uma visão estratégica e sem ousar nas proposições, não há hipótese de os estados recuperarem o papel de protagonistas nos processos de descentralização fiscal e política que já tiveram no passado recente, ao menos enquanto continuarem presos a um

imposto obsoleto como o ICMS. Os conflitos na federação se tornaram inevitáveis e parecem irreversíveis diante da falta de mínima articulação e coesão entre os estados.

Sem uma radical transformação do ICMS para que se torne finalmente um amplo e nacional imposto sobre valor adicionado, será mantido o *status quo* de flagrante obsolescência deste imposto. O pior é que esse processo significa não apenas uma diminuição da importância de tal imposto dentro do sistema tributário, mas também um desequilíbrio federativo em desfavor dos estados, que ocupam um lugar cada vez mais marginal dentro da Federação brasileira.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Juliana Damasceno, Thiago Felipe e Bernardo Monteiro auxiliaram nas pesquisas e Ângelo de Angelis deu contribuições valiosas para análise da substituição tributária. Artigo elaborado com base em informações disponíveis até abril de 2018.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; RESTREPO, Pascual. Robots and jobs: evidence from US labor markets. *NBER Working Paper No. 23285*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2017.

AFONSO, José Roberto R. *A Economia Política da Reforma Tributária*: o caso Brasileiro. Washington: Wilson Center, set. 2013. Disponível em: <http://bit.ly/1pLGV3Q>. Acesso em: 10 out. 2018.

AFONSO, José Roberto R.; ARAÚJO, Erika. Pós-constituinte e impostos indiretos: deformar ou reformar? In: PINTO, Márcio Percival Alves; BIASOTO Jr., Geraldo. *Política fiscal e desenvolvimento no Brasil*. Campinas: Editora Unicamp, 2006. p. 289-330.

AFONSO, José Roberto R.; CASTRO, Kleber Pacheco de. Carga Tributaria en Brasil: Redimensionada y Repensada. *Revista de Administración Tributaria* n. 40, p. 1-16, mar. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2svKvXQ>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Tributação: insuficiente reformar, necessário novo sistema. *Revista Controle*, TCE-CE, v. 10, n. 2, p. 11-31, jul. 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2sRkg9D>. Acesso em: 10 out. 2018.

AFONSO, José Roberto R.; CAVALCANTI, Carlos; SILVEIRA, Fabio; BIASOTO JR., Geraldo; CAPAROZ, Marcel; CUNHA, Marcelo Pereira da; LUKIC, Melina Rocha. *Exportação:* a retomada do crescimento no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

AFONSO, José Roberto R.; FUCK, Luciano Felicio; SZELBRACIKOWSKI, Daniel Correa. Constitucionalidade das convalidações de incentivos fiscais acordadas entre os estados. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 14, n. 18, p. 229-248, 8 jul. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v14i18.p229-248.2016>. Acesso em: 10 out. 2018.

AFONSO, José Roberto R.; LUKIC, Melina Rocha; ORAIR, Rodrigo Octávio; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *Tributação e Desigualdade*. Rio de Janeiro: Casa do Direito, 2017.

ANGELIS, Ângelo de. *O imposto sobre o valor agregado e o ICMS no estado de São Paulo* – 1988 a 2013 – 25 anos. 2016. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Campinas – Unicamp, Campinas, 2016.

ANTÓN, Álvaro Antón; ESTRADA, Iñaki Bilbao. El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad. *Documentos – Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, n. 26, p. 1-39, 2016.

ASLAM, Aqib; SHAH, Alpa. Taxation and the peer-to-peer economy. *Working Paper No. 17/187*, International Monetary Fund, ago. 2017.

BARRETO, Carlos Alberto. *E-Cooperación:* tecnologías de la Información que permitan el intercambio de información entre entidades nacionales e internacionales. In: 46ª. Asamblea General del CIAT, Santiago, abr. 2012.

BARBONE, Luca; BIRD, Richard M.: VAZQUEZ-CARO, Jaime. The costs of VAT: a review of the literature. *Working Paper 12-22*, International Center for Public Policy, Atlanta, abr. 2012.

BEVILACQUA, Lucas. ICMS e guerra fiscal. *Revista de Direito*, PGE-GO, Goiânia, v. 24, p. 101-118, 2009.

BIRD, Richard M.; GENDRON, Pierre Pascal. Dual VATs and cross-border trade: two problems, one solution? *International Tax and Public Finance*, Boston, v. 5, n. 3, p. 429-442, 1998. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1023/a:1008646613637>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRONDOLO, John. *International practices in promotion and enforcing record keeping and invoicing for taxation*. International Monetary Fund, out. 2008. Mimeo.

CANO, Wilson. A desindustrialização no Brasil. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 21, n. esp., p. 831-851, dez. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-06182012000400006>.

Acesso em: 10 out. 2018.

CINTRA, Marcos. (Org.). *Tributação no Brasil e o imposto único*. São Paulo: Makron Books, 1994.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Pesquisa:* os problemas da empresa exportadora brasileira: 2008. CNI. Brasília, 2008. Disponível em: < https://goo.gl/VBfA3t>. Acesso em: 10 out. 2018.

DOMENE, Vanessa; BÔAS, Guilherme Villas. Convênio ICMS 190/2017: a regra da convalidação! *Consultor Jurídico*, 21 dez 2017. Disponível em: <https://goo.gl/zuxdrx>. Acesso em: 10 out. 2018.

DORNELLES, Francisco; AFONSO, José Roberto R. Desenvolvimento exige um novo sistema tributário. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro, Funcex, n. 102, p. 8-18, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2tTTNwo>. Acesso em: 10 out. 2018.

FERNANDES, André Eduardo da Silva; WANDERLEI, Nélio Lacerda. A questão da guerra fiscal: uma breve resenha. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 148, p. 5-20, out./dez. 2000. Disponível em: <https://goo.gl/k1XcgA>. Acesso em: 10 out. 2018.

FUCK, Luciano Felicio; AFONSO, José Roberto R. A tributação do futuro e a rigidez constitucional. *Consultor Jurídico*, 13 maio 2017. Disponível em: <https://goo.gl/FcyZDd>. Acesso em: 10 out. 2018.

FIESP. *Relatório Fiesp sobre custos tributários do investimento*. São Paulo, out. 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2uCa8U7>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. *Proposta de alteração nos mecanismos de compensações de tributos federais e estaduais do produto exportado.* dez. 2009a. Mimeo. Disponível em: <http://bit.ly/2tsUCLL>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. *Resultado da pesquisa:* compensação e desoneração tributária das exportações. nov. 2009b. Mimeo.

GRECO, Marco Aurélio. Sobre o futuro da tributação: a figura dos intangíveis. *Revista Direito Tributário Atual,* Instituto Brasileiro de Direito Tributário, n. 25, 2011.

GUPTA, Sanjeev; KEEN, Michael; SHAH, Alpa; VERDIER, Genevieve. *Digital revolutions in public finance*. Washington: International Monetary Fund, nov. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/QZBkdS>. Acesso em: 10 out. 2018.

JUNQUEIRA, Murilo de Oliveira. O nó da reforma tributária no Brasil (1995-2008). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 30, n. 89, p. 93-113, out. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17666/308993-113/2015>. Acesso em: 10 out. 2018.

KIDD, Maureen; CRANDALL, William Joseph. Revenue authorities: issues and problems in evaluating their success. *Working Paper 06/240*, Washington, International Monetary Fund, out. 2006. Disponível em: <http://bit.ly/2u3z21W>. Acesso em: 10 out. 2018.

LIMA, Ana Carolina da Cruz; LIMA, João Policarpo Rodrigues. Programas de desenvolvimento local na região Nordeste do Brasil: uma avaliação preliminar da "guerra fiscal". *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 19, n. 3, p. 557-588, dez. 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-06182010000300006>. Acesso em: 10 out. 2018.

LUKIC, Melina de Souza Rocha. *Reforma tributária no Brasil:* ideias, interesses e instituições. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Unanimidade de estados e Distrito Federal para a concessão de estímulos fiscais – cláusula pétrea constitucional. *Revista Judiciária do Paraná*, v. 7, n. 4, p. 65-85, nov. 2012.

MEIRELLES, D. S. O conceito de serviço. *Revista de Economia Política*, [s.l.], v. 26, n. 1, p.119-136, mar. 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-31572006000100007>. Acesso em: 10 out. 2018.

MELLO, Luiz de. The Brazilian "tax war": the case of value-added tax competition among the States. *ECO/WorkingPaper*. Paris, OECD, n. 544. fev. 2007. Disponível em: <http://bit.ly/NxmVzV>. Acesso em: 10 out. 2018.

MELLO, Newton Oller de. *Nota Fiscal Eletrônica* – a modernização do fisco a serviço da sociedade. Prêmio Mário Covas 2006. 2006. Mimeo.

MIGUEZ, Santiago Díaz de Serralde. Política tributaria: ¿qué gravar, cómo gravar, qué objetivos debe procurar el sistema tributario? *Documentos de Trabajo*. CIAT, Oct. 2017. Disponível em: <https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosdeTrabajo/2017/DT_03_Sarralde.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Cartilha da reforma tributária*. Ministério da Fazenda. Brasília. 2008. Disponível em: < https://bit.ly/2PfJTRt. Acesso em: 06 nov. 2018.

NASCIMENTO, Sidnei Pereira do. Guerra fiscal: uma avaliação comparativa entre alguns estados participantes. *Economia Aplicada*, Ribeirão Preto, v. 12, n. 4, p. 677-706, dez. 2008. Disponível em: <https:// bit.ly/2RHvPwX >. Acesso em: 06 nov. 2018.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO Jr., Geraldo. A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação. *Texto para Discussão*, Campinas,

Instituto de Economia da Unicamp, n. 260, set. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/1QNVtcD>. Acesso em: 10 out. 2018.

OLIVEIRA, Leonardo de. et al. *Carga tributária estadual comparada: diferentes medidas*. Subsecretaria de estudos econômicos. Rio de Janeiro, SEFAZ-RJ NT 2009. 1. jun. 2009. Disponível em: <http://bit. ly/2eU0urS>. Acesso em: 10 out. 2018.

OREIRO, José Luis; FEIJÓ, Carmem A. Desindustrialização: conceituação, causas, efeitos e o caso brasileiro. *Revista de Economia Política*, [s.l.], v. 30, n. 2, p. 219-232, jun. 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-31572010000200003>. Acesso em: 10 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Tax challenges arising from digitalisation* – interim report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base erosion and profit shifting project. OECD Publishing, Paris. 2018.

PAES, Nelson Leitão. *Estimando o gap tributário do ICMS para os estados brasileiros:* séries históricas e comparações internacionais. Prêmio SEFAZ RJ. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://goo.gl/CkZhL8>. Acesso em: 10 out. 2018.

PEREIRA, António Pinto. *Tratados da União Europeia*. 2. ed. Porto: Vida Económica, 2014.

PINHANEZ, Monica F. *Reinventing VAT collection:* industry vertical assessment, revenue increase, and public sector reliability. Tese (Ph.D.) – Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, 2008.

PITA, Claudino. *Las nuevas tecnologias de la información y comunicación en las administraciones tributarias de America Latina*. Panamá: CIAT, fev. 2008. Mimeo.

PRADO, Sergio. Guerra fiscal e políticas de desenvolvimento estadual no Brasil. *Economia e Sociedade*, v. 8, n. 2, p. 1-40, dez. 1999. Disponível em: <http://bit.ly/2tNMYMP>. Acesso em: 10 out. 2018.

PRADO, Sergio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. *Aspectos da guerra fiscal no Brasil*. Brasília: Fundap/IPEA, 1998.

QUICK, Bruno. *Tratamento diferenciado e favorecido às MPES:* Limites ao uso da substituição tributária e à cobrança de diferença de alíquota. Gramado, jun. 2012. Mimeo. Disponível em: <http://bit.ly/2uWoaPV>. Acesso em: 10 out. 2018.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Carga Tributária no Brasil* – 2015. Brasília: RFB, 2016.

REZENDE, Fernando. *Fiscal federalism in the Brazilian federation*. mar. 2006. Mimeo.

_____. ICMS: como era, o que mudou ao longo do tempo, perspectivas e novas mudanças. *Cadernos Fórum Fiscal*. Brasília, n. 10, jun. de 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2jRywOb>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. ICMS, gênese, mutações, atualidade e caminhos para a recuperação. *FGV Projetos e IDP.* Rio de Janeiro, set. 2012.

REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício; ARAUJO, Erika. (Orgs.) *O dilema fiscal:* remendar ou reformar? Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.

RODRIGUES, Denise. O papel dos governos estaduais na indução do investimento: a experiência dos estados do Ceará, da Bahia e de Minas Gerais. *Revista BNDES*, dez. 1998. Disponível em: <http://bit.ly/NxmG7O>. Acesso em: 10 out. 2018.

SZELBRACIKOWSKI, D. Novas tecnologias e a necessidade de reforma tributária. *Consultor Jurídico*, 20 jan. 2017. Opinião. Disponível em: <https://goo.gl/9o3Z5e>. Acesso em: 10 out. 2018.

SERRA, José; AFONSO, José R. El federalismo fiscal en Brasil: una visión panorámica. *Revista de la CEPAL*, Santiago, v. 91, p. 29-52, 2007. Disponível em: <http://bit.ly/2tBlTu9>. Acesso em: 10 out. 2018.

SIQUEIRA, Marcelo Lettieri. Estrategias e instrumentos para el mejoramiento de la gestión en las administraciones tributarias. *Asamblea General del CIAT*, 43ª. Santo Domingo, abr. 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2sYzCcs>. Acesso em: 10 out. 2018.

SONAGLIO, C. M. et al. Evidências de desindustrialização no Brasil: uma análise com dados em painel. *Economia Aplicada*, Ribeirão Preto, v. 14, n. 4, p. 347-372, Dec. 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-80502010000400005>. Acesso em: 10 out. 2018.

TANZI, Vito. Globalization and taxation: a brief historical survey. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 1, p. 3-20, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. ICMS e ISS não incidem sobre serviços de valor adicionado na telefonia móvel. *Consultor Jurídico*, 24 set. 2014. Consultor tributário. Disponível em: <https://goo.gl/ N88e4u>. Acesso em: 10 out. 2018.

VAROUFAKIS, Yanis. A tax on robots? *Project Syndicate*, Prague, Czech Republic, fev. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/WWVpjn>. Acesso em: 10 out. 2018.

VARSANO, Ricardo. Um método para as reformas. In: *O Brasil no fim do século: desafios e perspectivas para a ação de governo.* Rio de Janeiro: Ipea, 1994.

_____. A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde. *Planejamento e Políticas Públicas,* IPEA, n. 15, p. 3-18, jun. 1997. Disponível em: <http://bit.ly/2ttasWV>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Fazendo e desfazendo a Lei Kandir. *Textos para Debate*, BID, IDB-DP-304, p. 49, ago. 2013. Disponível em: <http://bit.ly/2tXQbJ>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Os IVAs dos BRICs. In: SOUZA. Maria da Conceição Sampaio de. et al. (Orgs.). *Economia pública brasileira.* Brasília: ESAF, 2010.

WORLD BANK. *Doing business 2017:* equal opportunity for all (Economy Profile Brazil). 14. ed. World Bank Group, out. 2016. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/772351478159350803/ pdf/109728-WP-DB17-PUBLIC-Brazil.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

José Roberto R. Afonso

Professor do curso de mestrado de direito constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Doutor em economia pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Mestre pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

zeroberto@joserobertoafonso.com.br

Melina Rocha Lukic

Diretora de Curso na York University. Pós-doutorado pela University of Toronto. Doutora e mestre pela Université de la Sorbonne Nouvelle – Paris 3 em cotutela com a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela UFSC.

melinarochalukic@gmail.com

Kleber Pacheco de Castro

Economista. Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Econômicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGCE/UERJ). Consultor em finanças públicas. Sócio da FINANCE Consultoria Econômica.

kleberpcastro@gmail.com

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 16.07.2017
Aprovado: 18.06.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201838

Semiárido nordestino: os impactos da extração de petróleo no município de Mossoró (RN)

BRAZILIAN NORTHEAST SEMI-ARID REGION: THE IMPACTS OF PETROLEUM EXTRACTION IN THE MUNICIPALITY OF MOSSORÓ (RN)

Jackeline Carminda Cabral de Freitas[1] e *Valdemar Siqueira Filho*[2]

Resumo

Trata-se de uma pesquisa de caráter exploratório e natureza qualitativa realizada com 33 moradores de zonas rurais localizadas no município de Mossoró (RN) e seu entorno. Objetivou-se analisar a relação que os donos de terras produtoras de petróleo mantêm com as empresas exploradoras. Para a coleta de dados foi utilizado um roteiro de entrevista com questões abertas e confeccionado um diário a fim de auxiliar na pesquisa não participante. Os resultados mostraram a existência de uma relação verticalizada de poder mantida entre os entrevistados e as empresas exploradoras fazendo-os culpabilizar unicamente a estatal Petrobras pela diminuição no repasse financeiro que lhes é concedido em razão da limitação do uso de suas terras. Verificou-se também a ausência de políticas consolidadas por parte das empresas exploradoras bem como do poder público com o intuito de tornar esses sujeitos independentes financeiramente do lucro da extração do petróleo. Em anos anteriores o setor de exploração de petróleo em terra na região foi capaz de modificar a realidade local por se tratar de um subsídio auxiliar nas atividades de agricultura familiar e criação de gado leiteiro, atuando como suporte financeiro nos períodos de seca prolongada.

Palavras-chave

Petróleo; empresas exploradoras; donos de terras; semiárido; *onshore*.

Abstract

This is an exploratory and qualitative study performed with 33 inhabitants of rural areas located in the city of Mossoró (RN) and its surroundings. The objective of this study was to examine the relationship between owners of oil-producing land and oil-exploring companies. For data collection an interview with open questions was used and also a diary, in order to assist in non-participant research. The results showed the existence of a hierarchical relationship of power maintained between the interviewees and the exploring companies, making the first ones blame solely the state-owned oil company Petrobras by the decrease in financial grant, which happens because of the limitation in the use of their land. There was also an absence of social politics made by exploring companies as well as the public administration in order to make these individuals financially independent of the oil extraction profit. In previous years oil exploration sector in the region was able to modify the local reality because it assists in the activities of family agriculture and dairy farming, acting as financial support during periods of prolonged drought.

Keywords

Oil; exploring companies; land owners; semiarid region; onshore.

1 Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Mossoró – RN – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-2210-5001

2 Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Mossoró – RN – Brasil
https://orcid.org/0000-0001-5228-4461

BY-NC

Introdução

A região do semiárido nordestino é privilegiada por comportar algumas das cidades que mais produzem petróleo em terra no país. Encabeçadas por Mossoró, elas viveram a partir da década de 1980 um aumento industrial peculiar destoante do cenário de seca e miserabilidade costumeiro, motivado pela ascensão econômica a partir da instalação da indústria petrolífera em seus arredores.

O marco regulatório do setor de petróleo, nascido em 1997 com a promulgação da Lei n. 9.478/1997 (Lei do Petróleo), trouxe benefícios na medida em que a lei garantiu a possibilidade do uso de *royalties*[1] na área social e barrou irregularidades, como o pagamento de funcionários pelas prefeituras beneficiadas. Como resultado, esses municípios optaram por alocar os recursos advindos da produção de petróleo nas áreas onde se espera um expressivo reconhecimento no desenvolvimento social, notadamente o urbano, contrapondo-se ao fato de que no semiárido os pontos de exploração de petróleo são em sua maioria situados em área rural.

Apesar disso, mesmo antes de a Lei do Petróleo ter sido criada, com a ajuda da Emenda Constitucional n. 9/1995, que permitiu a flexibilização do monopólio estatal do petróleo no país para permitir a atuação de outras empresas além da Petrobras, verificou-se um fenômeno na região rural, principalmente em Mossoró, que ainda persiste, afetando as famílias que se tornaram parceiras das empresas produtoras de petróleo em virtude da nova relação de convivência entre elas. Donos de pequenas propriedades rurais, que antes as exploravam somente para a subsistência, em atividades típicas da criação de gado leiteiro e da agricultura familiar, passaram a ser contemplados com a possibilidade de usufruir dos lucros da lavra do petróleo encontrado em suas terras.

Desse modo, surgiu uma nova modalidade de obtenção de renda para o pequeno proprietário rural, em cujas terras ocorria a exploração de petróleo: o recebimento de um valor em dinheiro a título de compensação pela limitação do uso da propriedade causado pelas empresas produtoras de petróleo. Isso se deve ao fato de que o maquinário e demais equipamentos instalados no local podem, a depender do caso, se tornar um grande incômodo para essas famílias e inclusive vir a lhes tirar o poder de decisões acerca desse espaço físico, pois geram limitação e restrição na sua produção e convívio social.

A inserção da indústria no meio rural e a recepção de recursos financeiros por parte dos donos de terras produtoras de petróleo transformaram a paisagem camponesa, até então

1 A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) trata *royalties* como uma compensação financeira destinada ao Estado e repassada aos estados, municípios, comando da Marinha, Ministério da Ciência e Tecnologia e ao fundo especial administrado pelo Ministério da Fazenda, pagos pelas empresas concessionárias que produzem petróleo e gás natural conforme critérios estabelecidos legalmente.

formada somente por componentes agrícolas e naturais, que passou a incorporar o convívio de tecnologias em seu cotidiano, forçando essas famílias a se adaptarem a uma nova rotina. Rapidamente, as atividades de subsistência deram lugar ao maquinário do petróleo.

Passadas mais de três décadas da chegada da indústria do petróleo no semiárido, é instigante saber qual é a opinião dos donos de terras produtoras de petróleo sobre o empreendimento que se estabeleceu nas localidades onde moram. O objetivo deste trabalho é desvendar a concepção desses sujeitos que são diretamente afetados pela aproximação do maquinário de suas casas, levando em conta a necessidade de promover a equidade social e o fortalecimento do elemento humano nas práticas do empreendimento local.

Percebe-se ainda que a análise das práticas de exploração de petróleo no semiárido deve levar em consideração conjecturas que expressam o reconhecimento da estatal Petrobras como a principal promotora dos eventos que, por bem ou por mal, vêm modificando a vida das pessoas. Para essas pessoas, cabe unicamente à empresa a função de proporcionar melhorias ou continuar mantendo a relação em que essas famílias se encontram.

Desse modo, a responsabilidade, que deveria ser do Estado, das empresas concessionárias vencedoras das licitações de exploração, da agência reguladora ANP e da própria comunidade, a condição de polarizadora dos sujeitos organizados que buscam diálogo e melhorias, fica sendo atribuída apenas contra a empresa estatal Petrobras, que é tratada ora como vilã, ora como ícone apoteótico por essas famílias.

1 Metodologia

Este trabalho faz uso das técnicas da pesquisa de cunho exploratório, que de acordo com Gil (2014, p. 27) visa a manter proximidade com um fato pouco pesquisado no intuito de demonstrar um olhar mais aproximado de algo ainda escamoteado. Nessa expectativa, existe uma clara intenção em formar um elo entre pesquisador e o ambiente no qual se inseriu para realização de pesquisa mais aprimorada futuramente (LAKATOS; MARCONI, 2016, p. 171).

É também um estudo de abordagem qualitativa, que, segundo Minayo (2013, p. 21), possibilita, dentro da realidade social, "trabalhar com o universo de significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores e das atitudes", tendo em vista a intenção de captar a subjetividade da opinião dos sujeitos participantes.

Esta pesquisa tem como cenário a zona rural da cidade de Mossoró, RN, e o entorno das cidades vizinhas, onde os moradores convivem com os empreendimentos da indústria do petróleo alicerçados nas proximidades de suas casas ou em suas terras.

Informações fornecidas pela Petrobras Unidade de Negócio RN/CE deram conta de que existem 739 famílias beneficiadas pelo pagamento da participação do proprietário decorrente da existência de petróleo em suas terras, incluindo os casos de servidão administrativa, desapropriações e indenizações por eventuais prejuízos advindos do mau uso da propriedade e dos bens contidos nela.

O número de entrevistados limitou-se a 33, em virtude da repetição dos discursos, não havendo novas informações nos relatos que justificassem mais empreitadas. Outro fator que justificou o encerramento precoce das entrevistas foi o difícil acesso a essas famílias, pois muitas delas sequer faziam parte do grupo de interesse do estudo por não residirem na localidade onde os poços e tubulações se encontravam, servindo o lote como moradia cedida a terceiros ou mesmo um segundo imóvel para lazer nos fins de semana.

Portanto, como critério de inclusão, são elencados: ser proprietário ou membro de família dona de terra atualmente explorada por alguma empresa de petróleo; residir próximo ao maquinário responsável pela extração de petróleo, em uma distância em que as instalações possam ser visualizadas a partir de sua residência; ser maior de 18 anos; de qualquer sexo; sem distinção de grau de escolaridade; e que resida em qualquer região na zona rural de Mossoró, RN, e cidades circunvizinhas.

Como critérios de exclusão há: ter adquirido a terra em um prazo inferior a cinco anos, a contar da data da coleta de dados; ausência no dia previamente marcado para a realização da entrevista, pois esta só pode ser oportunizada uma única vez; ser incapacitado mentalmente ou estar, ao tempo da entrevista, temporariamente prejudicado em seu discernimento.

A coleta de dados ocorreu entre os meses de março e agosto de 2016, de duas maneiras: (1) por meio da observação do ambiente pela inserção não participante e (2) da aplicação do questionário como instrumento norteador da busca das falas dos sujeitos entrevistados. Como recurso tecnológico auxiliar, utilizou-se um aparelho gravador de sons em formato MP3.

Para tratamento dos dados foi usado o método de análise de conteúdo que, segundo Bardin (2009), visa a analisar a comunicação oral e escrita, privilegiando aspectos das mensagens que se escondem sob símbolos e palavras, na perspectiva de diminuir as incertezas e aproximar-se da real intenção do emissor.

Em virtude da subjetividade com a qual os dados foram tratados, não houve utilização de programas e *softwares* de computador, em cumprimento fiel à intenção de que a interpretação seja função dos pesquisadores. Após a decisão pelo procedimento metodológico passou-se às seguintes etapas:

a) transcrição de todas as falas gravadas com o aparelho de mp3;
b) organização das anotações do diário e reescrita das observações no corpo das falas transcritas;
c) definição das categorias de análise;
d) interpretação dos dados a partir das categorias elencadas;

Para a realização desse estudo foram levados em consideração os pressupostos éticos da Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, que dispõe sobre pesquisas com seres humanos (BRASIL, 2013).

2 Desenvolvimento

2.1 Caracterização do semiárido brasileiro

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, [20—]), a Região do semiárido[2] brasileiro abrange uma faixa de 982.563,3 km² compreendendo, com exceção do Maranhão, todos os estados da Região Nordeste e o norte do estado de Minas Gerais, este último localizado na Região Sudeste. Em razão da má distribuição de chuvas, as lavouras anuais precisam de irrigação complementar, visto que sua hidrografia pobre é reflexo das condições climáticas predominantes da semiaridez.

Não faz muito tempo, os sertanejos que viviam no semiárido brasileiro sofriam em demasia com a estiagem, mais do que nos dias atuais, por ausência de estratégias e programas governamentais de convívio com a seca, tornando os períodos de entressafra um grande desafio para sua permanência nesse clima inóspito. Segundo Silva (2006, p. 35), desde a colonização europeia até a metade do século XIX não houve por parte do governo ações capazes de suportar os períodos de estiagem prolongados, senão atitudes pontuais como a distribuição de alimentos para sanar a fome da população faminta. Após os prejuízos materiais e humanos causados pela *grande seca de 1877* e posteriormente firmada a política assistencialista é que foram pensados meios de promover alternativas de combate à situação de miséria por meio de grandes obras hídricas, o que depois também se mostrou insuficiente em razão do mau planejamento e gestão de seus recursos.

Um dos maiores problemas do semiárido é a desertificação, que, segundo Mendes (1997, p. 28), é um processo de degradação do patrimônio natural que resulta da ação das condições climáticas, de solos e da ação do homem, sendo esse último determinado principalmente pelo desmatamento. Sobre a seca, o mesmo autor diz que existem dois tipos de seca: a seca estacional, que acontece todos os anos e constitui um evento normal do regime hidrológico local, em geral de julho a janeiro, podendo haver variações do tempo a cada ano; e a seca periódica, que ocorre de tempos em tempos, sem data certa. Ao unir-se o processo de desertificação avançado com os episódios habituais de seca, consegue-se visualizar o aspecto mais real do significado de "semiaridez" da região.

2 A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 159, cita a região do semiárido nordestino, instituindo o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE). Posteriormente, foi regulamentada pela Lei n. 7.827, de 27 de dezembro de 1989 (BRASIL, 1989), como "a região inserida na área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), com precipitação média anual igual ou inferior a 800 mm [...]". Em 2005, o Ministério da Integração Nacional atualizou a área de abrangência seguindo a Portaria n. 89, de março de 2005, passando a considerar os seguintes critérios: precipitação pluviométrica média anual inferior a 800 mm; um índice de aridez de até 0,5 no período de 1961 a 1990 e o risco de seca maior que 60% no período entre 1970 e 1990.

Em meio a tantas dificuldades de adaptação, a região tornou-se contraditória por mostrar riquezas capazes de promover um verdadeiro combate dessas famílias durante a estiagem. Quem podia, encontrou meios de sobreviver nesse lugar. Quem não conseguiu, teve de migrar para outras regiões. Desse modo, os que ficaram promoveram sua ocupação por meio da implantação de grandes fazendas de gado, desenvolvendo a atividade pecuária e a produção da carne de charque, o que na época se mostrou devidamente propício. Soma-se a isso o fato de que a partir do século XVIII destacam-se o cultivo de algodão e a agricultura de subsistência que, quando em declínio, impulsionaram o governo a financiar programas assistenciais com o intuito de beneficiar as oligarquias que investiram nessa região (SILVA, 2006, p. 41-44).

Já no início do século XX, o panorama da região começou a se dinamizar em virtude da inserção de benfeitorias realizadas por políticos com o intuito de se abster gradativamente da forma antiga de assistencialismo, concentrada na distribuição direta de mantimentos. Dessa maneira, considerava-se que a ajuda que a população necessitava para enfrentar a seca viria por meio da construção de açudes e barragens, que geralmente eram feitos nas terras dos principais políticos locais ou ricos influentes da época e que, em virtude disso, acabavam por beneficiar diretamente esses barões, e não a população mais pobre (SILVA, 2006, p. 45-46). Oliveira (1981, p. 55) chama isso de Estado Oligárquico, uma fase que perdurou por muito tempo no Nordeste brasileiro e que deixa seus resquícios nos dias de hoje.

Silva (2006, p. 70) afirma que foi nas décadas de 1970 e 1980 que ocorreram mudanças bastante significativas desse prognóstico em virtude da pressão realizada pelos empresários da iniciativa privada que almejavam se instalar na região com incentivos fiscais do setor público, visando à inserção e ao fortalecimento da produção agroindustrial beneficiada pelos projetos de irrigação do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS) e outros tantos programas de apoio lançados pelo governo federal que impulsionavam o crescimento da fruticultura.

Desde então, o que se vê é o predomínio do agronegócio em detrimento das práticas de agricultura familiar. Mesmo com linhas de crédito disponíveis nos bancos públicos, os pequenos agricultores do semiárido sentem dificuldade para sobreviver em meio a esse sistema que privilegia os grandes produtores e exportadores, já que a perfuração de poços profundos para captação de água é uma tecnologia de difícil acesso em virtude do alto custo. O cenário perdura praticamente inalterado e a concentração de riquezas se prolonga nas mãos das mesmas famílias oligárquicas de outrora. Araújo (1997, p. 30) diz que a dominação política e econômica da região persiste nos mesmos moldes em virtude de a base fundiária e de o acesso à água continuarem sendo dos mesmos donos de antigamente. Trindade (2004, p. 12) afirma que a população do semiárido nordestino cresceu sob o prognóstico das secas e as perspectivas para amenizar os problemas por elas gerados sempre foram baseadas na açudagem e irrigação.

Importante ressaltar o papel do aparecimento da indústria do petróleo nesse meio tempo. Isso porque, no início da década de 1980, foi encontrado petróleo no subsolo de Mossoró (RN)

e a partir daí, com a extração desse mineral nas terras envoltórias dessa cidade, surgiu uma oportunidade de obtenção de renda para os agricultores, que não mais dependeriam de políticas assistencialistas por parte do governo para manter suas atividades de subsistência, tampouco de sacrifícios financeiros como os empréstimos bancários com juros altos e entraves burocráticos. Sobre esse momento, Sobrinho (2006, p. 163) afirma que na década de 1980, quando a Petrobras intensificou as atividades no Rio Grande do Norte, sua economia vivia a decadência do algodão e a atividade salineira estava sofrendo mudança, momento mais que oportuno para novas atividades.

Ressalta-se aqui a fala de Furtado (1984, p. 12), que diz que o crescimento pode se transformar em desenvolvimento quando o projeto é revestido de caráter social com a finalidade de garantir a melhoria das condições de vida da população, se expressando como sua vontade política. Bagnoli (2009, p. 63) também afirma que o crescimento desenfreado do sistema econômico em relação ao sistema ecológico gera desequilíbrio à relação e causa comprometimento ao meio ambiente e bem-estar social. Dessa maneira, torna-se reconhecido pelo senso comum que nenhuma outra política de compensação foi capaz de garantir mais crescimento[3] para a região que a da exploração de petróleo e que nenhuma delas, nem o atual vislumbre para com o oportunismo do agronegócio e quiçá do modismo da energia eólica, estão sendo capazes de garantir o desenvolvimento que essa região carece.

2.2 A importância da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis como interface entre as empresas exploradoras e os donos de terras

A indústria de petróleo e gás natural recebe tratamento legal diferenciado das demais em virtude de esse empreendimento lidar diretamente com os interesses econômicos do país. Em face da necessidade do uso estratégico dos recursos naturais que abundam no Brasil, ante a exploração do capital estrangeiro que o cerca, foram criados mecanismos protecionistas com a intenção de monitorar as ações das multinacionais aqui instaladas para que estas não ultrapassem o predomínio da estatal Petrobras.

Dessa maneira, o controle primário do processo de captação de recursos naturais passou a ser de uma agência reguladora chamada Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que nasceu com o Decreto n. 2.455/1998, integrando indiretamente a administração federal e vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que em regra pode ser acompanhada de maneira secundária pela sociedade, por entidades de preservação ambiental, órgãos de proteção às minorias como a Fundação Nacional do Índio (Funai) e demais estruturas sociais que se interessem pelo tema.

3 Sachs (2008, p. 36) diferencia os termos "crescimento" e "desenvolvimento". Segundo ele, o crescimento desordenado gera impactos econômicos positivos, mas traz consigo impactos sociais e ecológicos negativos.

Do ponto de vista legal, a ANP é uma autarquia em regime especial criada com a finalidade de regular as atividades do setor de petróleo e gás natural (MEIRELLES, 2015, p. 346-347). Sendo assim, todas as empresas que exploram petróleo no Brasil, bem como as distribuidoras e os demais departamentos do ramo têm de se submeter às regras e passar pelo crivo dela, visto que representa os interesses do Estado e tem como objetivo primordial garantir equilíbrio entre o poder público e o setor privado.

No ramo da extração do petróleo em terra, a regulação da ANP tem início com o lançamento do edital que abre o processo licitatório para que as empresas interessadas explorem determinados lotes. Findo o edital, a empresa vencedora assinará o contrato de concessão para exploração da área e respeitará os termos regidos pela agência reguladora, conforme ditames previstos na lei que pactua com o concessionário a adoção de uma série de medidas protecionistas e assecuratórias nas mais diversas áreas.

Importante ressaltar que o papel da ANP perante as empresas concessionárias também é o de fiscalizar se estas mantêm obrigações acessórias na área de abrangência industrial, como a elaboração e execução de projetos sociais, a proteção/preservação da fauna e flora atingidas diretamente pelo empreendimento, o restabelecimento das condições ambientais locais em que se encontrava a área antes da alocação do maquinário, a transparência em ceder os dados provenientes de suas análises geofísicas e a contratação de mão de obra local (WATT NETO, 2014, p. 38-39).

Compete também a ANP acompanhar a prestação dessas empresas quanto ao cumprimento das participações governamentais e pagamento a terceiros nos moldes previstos na Lei do Petróleo, que são: *royalties*, bônus de assinatura, participação especial, pagamento pela ocupação/retenção da área e a participação dos proprietários de terra, sendo esta última a que interessa.

A *participação dos proprietários de terra* está prevista no artigo 52 da Lei n. 9.478/1997, corroborando o aludido no parágrafo 2º do artigo 176 da Constituição Federal de 1988, ao demonstrar que os contratos de concessão devem garantir o pagamento aos proprietários dos terrenos onde se encontra petróleo no subsolo no valor de 0,5 a 1,0% de sua produção. Bem verdade que esse pagamento não consiste na indenização pela ocupação física da área. Para isso, os donos de terras podem se valer de critérios de indenização como servidão ou desapropriação. Fica claro que a participação dos proprietários está mais ligada aos aborrecimentos e transtornos cotidianos provindos da inserção da indústria que adentra seu espaço sem pedir permissão, tendo essas famílias que mudar de hábitos e planos para se adequar a essa nova rotina,

> Por sua vez, o crescimento social benigno gera impactos econômicos e sociais positivos, mas tem como resultado impactos ecológicos negativos. Já o crescimento ambientalmente sustentável ocasiona impactos econômicos e ecológicos positivos e sociais negativos. Por último, há o desenvolvimento, que é capaz de gerar impactos positivos nas esferas econômica, social e ecológica.

sendo-lhes garantida certa quantia em dinheiro como compensação, já que o petróleo é considerado monopólio da União.[4]

Atenta a isso, a ANP instituiu a Portaria n. 143, de 25 de setembro de 1998, com o objetivo de esclarecer as formas de pagamento aos proprietários de terras produtoras de petróleo em cumprimento ao já mencionado artigo 52 da Lei de Petróleo. Nessa portaria fica claro, dentre outros aspectos, que o referido pagamento será realizado mensalmente a partir do início da produção, usando o fator de 1,0% a ser multiplicado pelo volume total de produção desse mês, não mais prevalecendo a discricionariedade do intervalo de 0,5 a 1,0%.

Deve-se lembrar que as regras da ANP são feitas para promover a segurança jurídica de seus atos. Desse modo, não se pode dizer que todas as suas resoluções e portarias trazem benefícios diretos e imediatos aos administrados. Exemplo maior disso é que o pagamento da participação dos proprietários de terras só pode ser feito mediante efetiva comprovação de titularidade da terra. No caso de terras provindas de herança, em que não foi executada a partilha legal entre os herdeiros, o pagamento fica sujeito a apresentação do documento de inventário.

Ademais, há de se recordar que é da ANP o dever de estabelecer mecanismos de proteção e segurança para a população que vive próxima às unidades de bombeamento e dutos da indústria petrolífera, deliberando por meio de portarias o que se entende como meio seguro de captação e transporte de materiais.

Em que pese nem sempre haver a obediência ao que a ANP prevê, a função primordial da agência reguladora é atuar evitando abusos das empresas exploradoras, de modo a tentar garantir a legalidade nos modos de produção sem prejuízo dos lucros financeiros. De mais a mais, isso não significa que ela atua em total benefício aos interesses dos donos de terras produtoras de petróleo.

4 Texto da Constituição Federal de 1988: "Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.
§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o 'caput' deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas". (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995.)
Reforçado pela Lei n. 9.478/1997, art. 3º, que diz: "Pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva".

3 Resultados e discussões

Por meio da análise dos depoimentos dos entrevistados restou constituída como categoria principal a que busca identificar *Motivos de contentamento / descontentamento com as empresas exploradoras de petróleo*, categoria única que conseguiu demonstrar fielmente os dois lados da presença das empresas no semiárido nordestino.

3.1 Motivos de contentamento / descontentamento com as empresas exploradoras de petróleo

Como é sabido, muitos são os agradecimentos e reclamações proferidos pelos donos de terras produtoras de petróleo para com as empresas que se instalaram nas proximidades de suas residências. A respeito disso e a partir do que foi dito durante as entrevistas, surgiram três subcategorias de análises: (1) *quesito financeiro*, (2) *preocupação ambiental e a sustentabilidade* e (3) *relação com as empresas*.

3.1.1 Quesito financeiro

A primeira subcategoria a ser esmiuçada diz respeito ao *quesito financeiro*, motivo de muito debate entre os pesquisadores da área do direito ambiental haja vista uma grande discussão a respeito de quem de fato merece ser assegurado pela obrigação de receber a contrapartida financeira destinada pelas empresas exploradoras, já que muitos ainda discutem acerca do real pertencimento do petróleo como um bem não restrito unicamente ao domínio do Estado, cujo uso deve servir para atingir o bem-estar de todos, indistintamente. Autores como Ferreira e Fiorillo (2010, p. 200) opinam que a participação dos lucros do petróleo deve ser repartida em proveito de todos e não somente de alguns estados e municípios em virtude de se tratar de um recurso ambiental cuja natureza é a de bem comum do povo.

Entretanto, o que a legislação brasileira entende é que somente a destinação auferida pelo Estado em razão do recurso ambiental (petróleo) é que deve ser usada em prol de toda a população brasileira. O bem propriamente dito continua pertencendo à União, e as empresas, quando repassam a compensação aos entes estatais (União, estados e municípios), são propulsoras de receita pública.

A questão da alocação dos recursos financeiros e contrapartidas destinadas ao Estado e a terceiros é assunto preocupante na gerência governamental de diversos países. Atento a isso, Fernandes (2016, p. 182) preleciona acerca da "maldição do petróleo", que em vez de gerar riquezas, pode aumentar as desigualdades, vista em grande parte dos países produtores de petróleo que lucram de forma exorbitante com a venda do petróleo, mas cujos Índices de Desenvolvimento Humano não correspondem no mesmo nível de crescimento.

A necessidade de retratar tal tema deu-se em razão das inúmeras queixas relatando o desapontamento com a indústria petrolífera, principalmente a respeito do repasse financeiro concedido pelo uso da terra. Tal perspectiva é bastante visível nas falas dos seguintes entrevistados:

> Eu acho que eles pagam pouco assim, porque, por exemplo, pra prefeitura eles dão mais e a prefeitura faz pouco benefício com o que recebe né? Se o dinheiro que eles dão à prefeitura fosse pra mão do proprietário. (E 01)

> Eu mesmo não vi essa melhora não. Tem meses que entra quarenta reais. Eu nunca tive fé de ver dinheiro de petróleo aqui. (E 05)

> O dinheiro é tão pouco que a gente não faz é nada com ele porque às vezes vem e às vezes não vem. Dá só pra bem dizer, pagar a passagem do carro pra ir na rua tirar no banco. (E 08)

> Antes a gente recebia até um dinheirinho bom, mas agora é pouco. (E 21)

Ao que se percebe, o principal motivo do descontentamento financeiro se deve à queda da quantia antes paga pelas empresas que, como se sabe, vem sofrendo oscilações nos últimos anos em razão de uma suposta diminuição na prospecção de petróleo na região, atribuída a uma "crise" no setor petrolífero brasileiro.

Em que pese haver relatos de queixa sobre o assunto, foram encontrados inúmeros casos de pessoas que mencionaram satisfação acerca da quantia recebida, sem demonstrar lástimas significativas sobre a forma e a frequência do pagamento, conforme se depreende dos seguintes entrevistados:

> A quantidade de dinheiro que eu recebo tá boa. Não precisa ser mais que isso. O petróleo também já tá acabando e quando esse dinheiro faltar eu não vou nem pensar nisso. Isso é coisa da natureza né. Eu mesmo só fiz com ele ajeitar uma cerca e o restante tá guardado lá e não sei em que emprego. O dinheiro que eu movimento mesmo pra me manter é o da aposentadoria. Eu ainda vou procurar o que comprar. Talvez uma casa né? (E 04)

> Eu acho que o valor é adequado, não tenho do que reclamar não porque também não me atrapalha em nada o movimento dos meninos que trabalham aqui. (E 07)

> A Petrobras paga os *royalties*[5] bem direitinho e deu oportunidade de meu pai construir tudo o que temos hoje. Se todos tivessem tido a cabeça de meu pai e investido mais, não tivessem gastado tudo, aqui seria uma grande comunidade. (E 14)

5 É comum que os leigos tratem todas as formas de pagamento concedidos pelas empresas exploradoras como "*royalties*". Vale salientar que em nenhum momento os pesquisadores corrigiram os entrevistados durante suas

Ao longo dos meses de coleta de dados, muitas foram as propriedades visitadas. A maioria delas comandada por sertanejos que já estavam acostumados com o sofrimento da dificuldade de convivência com a seca. Para essas pessoas, que sempre tiveram uma vida difícil e sem perspectiva de melhorias por meio do trabalho cotidiano na agricultura de subsistência e criação de gado leiteiro, o dinheiro repassado pelas empresas tornou-se uma oportunidade de iniciar um novo ciclo na sua vida, seja adquirindo bens que nunca ousaram comprar por causa das dificuldades financeiras constantes, seja contemplando uma quantia que teve a mesma representatividade que um presente ganho inesperadamente, como se percebe nas falas dos entrevistados E 17 e E 20:

> Eu me lembro que com o primeiro pagamento que recebemos, a gente comprou uma bicicleta. Naquela época isso era muito dinheiro. A gente ficou tão feliz porque achava que as coisas iam ficar sempre melhorando. (E 17)

> Uma vez chegou um homem aqui e disse que eu fosse no banco porque eu tinha um dinheiro pra receber. Quando cheguei lá, era duzentos reais. Eu achei muito bom porque era final de ano e aquilo já deu pra eu fazer umas compras boas aqui pra casa. (E 20)

Certamente a questão financeira é um dos maiores atrativos para que os proprietários sejam complacentes com a presença do maquinário e dos operários das empresas em suas terras. Entretanto, mesmo estando de acordo com essa contrapartida, a opinião de um entrevistado chamou atenção por deixar transparecer certa preocupação sobre a disponibilidade e aplicação desse recurso por parte das empresas em outras possiblidades que não diretamente no repasse realizado aos proprietários de terra.

> Eu acho assim, o proprietário, o que ele recebe é uma pequena porcentagem. Aí nisso, a prefeitura recebe uma porcentagem bem alta né? Eu acho que aonde é explorado o petróleo, por lei era pra ter uma porcentagem pra eles (empresa exploradora) aplicarem dentro daquela comunidade. Não individual, mas no sentido de beneficiar toda a comunidade. Eu penso assim. Não sei se tô pensando certo, mas cada qual pode pensar de um jeito né? (E 15)

Acerca da possibilidade mencionada, é justo informar que tal perspectiva existe, cabendo à ANP a fiscalização nesse tipo de aplicação de recursos por parte das empresas exploradoras.

falas por entenderem se tratar de uma linguagem técnica a que poucos têm domínio e por não causar prejuízo à coleta de dados. Dessa feita, é necessário esclarecer que essa repetição no termo se prolonga nas demais entrevistas, cabendo ao leitor amparar seu real significado.

Insta esclarecer ainda que apenas uma pessoa reconheceu que sua comunidade recebeu algum tipo de benfeitoria de uso coletivo proveniente de iniciativa das empresas lá instaladas. Trata-se de um galpão usado para as reuniões da comunidade. Em que pese os moradores poderem fazer uso da forma como melhor lhes aprouver, foi mencionado que o local era utilizado somente quando se tratava de encontros para discutir assuntos concernentes às necessidades das empresas, como palestras e treinamentos. Excetuando essas possibilidades, a comunidade raramente fazia uso do espaço, mesmo sendo de seu domínio.

Embora não exista instrumentos reconhecidamente suficientes para que os moradores possam cobrar ativamente das empresas a realização dos investimentos a longo prazo na sua localidade, percebe-se que o aparelhamento social dessas comunidades é um importante passo em prol da coletividade e não somente da ascensão financeira individual. É justo informar que os meios de organização da comunidade não são prioridade das empresas, mas que lhe são úteis quando delas necessitam.

O que falta na verdade é tornar essas comunidades detentoras de seus próprios meios de organização[6] para que possam se erigir perante as empresas e com elas negociarem dinâmicas de aproveitamento de renda e sustentabilidade com vias às necessidades locais. Desse modo, a construção de um galpão para reuniões é apenas um exemplo daquilo que pode ser dialogado, mas que se faz importante, afinal a questão financeira pessoal ainda é considerada o motivo principal de descontentamento por parte dos entrevistados, sem atentarem para a possibilidade do ganho maior que poderia ser vislumbrado no âmbito coletivo.

Há ainda quem tenha demonstrado desconfiança sobre a quantia paga pelas empresas exploradoras. Manifestação mais que justa, já que todo o controle da porcentagem prevista em lei[7] é feito pela ANP, em um procedimento desconhecido por seus principais interessados. Demonstrando um alto grau de criticidade, o entrevistado E 23 falou o seguinte:

> Eu só acho engraçado é que essas empresas, com tanta tecnologia, pode ver que esses canos que cortam aqui a propriedade passam até pra outras cidades, e eles não colocam um medidor para saber quanto de petróleo que sai de cada poço. [...] porque esses poços aqui, as máquinas deles, a gente nem mexe. Eles num vem nem aqui, mas o dinheiro cai e às vezes vem menos e eu tenho pra mim que não é porque tiraram menos óleo não. (E 23)

6 Ladislau Dowbor (2008) afirma que a sustentabilidade social só funciona em sociedades nas quais as pessoas estão organizadas, citando o exemplo da Suécia, onde a governança e as políticas públicas cooperam entre si.

7 A norma que regula tal perspectiva se encontra descrita no Decreto n. 2.705/1998 da ANP.

No desfecho dessa subcategoria fica um breve resumo acerca do que muitos proprietários pensam a respeito da relação financeira estabelecida entre donos de terras e empresas exploradoras: que se trata de uma contraprestação em dinheiro suficiente para fazê-los acreditar na possibilidade de substituição total ou parcial de sua renda, chamado por Leff (2010, p. 27) de *neoliberalismo ambiental*, quando, em troca do uso dos elementos naturais, é pago um valor de mercado capaz de gerar sentimento de apropriação da natureza.

3.1.2 Preocupação ambiental e a sustentabilidade

Há uma dificuldade de apropriação do conceito de sustentabilidade[8] nas atividades da indústria do petróleo, a qual interfere avidamente no cotidiano das famílias que convivem diretamente com o empreendimento petrolífero, retardando sua reflexão acerca de todos os aspectos da herança que essa indústria é capaz de deixar ao longo dos anos. Leff (2002, p. 137) argumenta que a questão ambiental surge de uma discussão em níveis econômicos, sociais, políticos e ecológicos, sugerindo que a teoria e a prática que concernem esse tema sejam amplamente discutidas por meio de um novo pensar ideológico e cultural.

Embora a maioria das empresas estimule projetos e programas de cunho social, resta ausente de fato um compromisso efetivo para com esse público-alvo. Sachs (2004, p. 48) alerta para a promoção dos cinco fatores de sustentabilidade que deveriam ser intrínsecos aos moldes do crescimento. São eles: sustentabilidade social, sustentabilidade econômica, sustentabilidade ecológica, sustentabilidade espacial e sustentabilidade política. Na falta de algum deles quaisquer tentativas de desenvolvimento esbarram na democracia dos povos.

A prova disso é que, findo o prazo de exploração previsto no contrato de concessão, inexistem vínculos de responsabilidade recíproca entre estes, excetuando os casos em que seja necessária indenização por parte das empresas em virtude de prejuízo comprovadamente causado durante a sua atuação ou necessidade de reparo sobre qualquer evento danoso que tenha acontecido.

Desta feita não há por que se falar na efetiva existência de projetos inteiramente sustentáveis na área social financiados pela indústria do petróleo. Pelo menos não nos dias atuais. Isso porque fica evidente que o empreendimento petrolífero, embora passageiro dada a sua característica de elemento não renovável, não garante vantagens permanentes nos aspectos econômicos para aqueles que têm seu espaço restrito, mostrando que o grande desafio da crise ambiental não é economicizar a vida e a natureza, e sim pensar e construir *outra economia* (LEFF, 2010, p. 27).

Antunes (2013) atenta para o fato de que a indústria do petróleo é considerada potencialmente causadora de impacto ambiental, havendo necessidade de licença prévia para atuação. No que concerne à preocupação com a questão ambiental, existem dois fundamentos que

8 Leff (2010, p. 45) diz que o debate pela sustentabilidade é uma batalha conceitual, havendo inúmeros conceitos que se esforçam para serem belos ou politicamente corretos, e que, por isso, acabam se legitimando

podem ser citados: ou os entrevistados demonstraram alguma preocupação com a degradação ambiental em nível local, exemplificando interferências em seu cotidiano e modos de levar a vida ou, mesmo demonstrando reconhecimento de episódios negativos ao meio ambiente, isso lhes foi indiferente por acreditarem que estes aconteceram por razões microestruturais e, portanto, em nada lhes afetaram ou sequer foram motivo de preocupação.

A respeito da primeira conclusão, quando perguntados sobre a ocorrência de acidentes envolvendo a indústria do petróleo, os depoimentos foram os seguintes:

> Aconteceu perda de muito mato que eles têm que passar com os caminhões aí nuns trechos nem nasce mais. A gente tinha uma área plantada com milho e feijão pra consumo próprio, aí a Petrobras desapropriou aquela área pra montar a base deles. Quando eles desapropriaram, não avisaram com antecedência não. Logo a gente não tinha conhecimento de nada e nem podia reclamar. Eles pagaram quanto eles quiseram, não conversaram com a gente pra perguntar quanto a plantação valia não. Porque o certo seria eles avisarem e dizer: "vamos chamar um técnico para avaliar com você quanto foi de prejuízo", mas nada disso aconteceu. (E 01)

> Barulho aqui não incomoda não porque eles só trabalham até dez horas da noite. Agora morte de animais já houve. Já morreram um bocado. Mas eles não indenizaram todos não. Algumas pessoas já receberam. E teve um dia, há uns seis anos, que teve um vazamento de gás ali e todo mundo ficou muito apavorado. Nem almoçar em casa nós podíamos, tivemos que sair porque tudo poderia explodir a qualquer hora. E outra coisa também que eles deixam errado é que aqui e acolá os portões ficam abertos, aí os animais saem e às vezes não aparecem mais. Acontece muito isso. (E 12)

Interessante observar que a maioria das falas expressa a percepção de que há relação entre degradação ambiental com prejuízos financeiros. Em que pesem as perguntas terem sido complementadas sempre que um entrevistado mencionava a morte de algum animal, no sentido de que deveria explicitar se houve pagamento de indenização por parte das empresas exploradoras, há de se mencionar que a grande maioria, senão quase todos os entrevistados, se declarou agricultores e criadores de gado leiteiro e animais de pequeno porte, por isso essa ocorrência para eles ganhou tamanha importância.

Assim também é o pensamento das indústrias: pontual e aguda em suas percepções. Como dito por Leff (2010, p. 47), "a economia dos recursos escassos não internaliza o custo dos

como adequados. No entanto, o real interesse é desvendar como esses conceitos emergem nos discursos dos entrevistados a partir de sua compreensão de vida, cultura, economia e natureza.

impactos ambientais", se tornando uma indústria altamente impactante[9] para o meio ambiente. Machado (2009) menciona que o equilíbrio do desenvolvimento sustentável se encontra justamente no fato de não haver prioridade da figura do homem na política ambiental, havendo por vezes que barrar sua própria convivência com a natureza para conseguir conservar a vida dos animais e plantas. Assim, nos casos em que o convívio se torna prejudicial ou perigoso, há de se entender que a delimitação do uso se faz necessária por uma questão de proteção do meio ambiente.

Assim, quando questionados acerca da preocupação ambiental, é salutar que tenham feito menção ao ambiente que mais conhecem e às situações que mais lhes abatem. Corroborando esse entendimento, Altvater (1995, p. 141) menciona haver um "filtro" cultural capaz de conferir simbologia à norma e que a mensuração dos danos e grau de reparabilidade corresponde à sensibilidade que cada um tem em relação à natureza.

Destoando das falas acima transcritas, um entrevistado mencionou em seu depoimento exemplos que ilustram uma maior preocupação acerca do tema, demonstrando ares críticos sobre os malefícios dessa indústria ao meio ambiente e como eles estão presentes no cotidiano dos que moram nas proximidades dos poços de perfuração e estações de coleta de óleo:

> Olhe, eu sou professor e sei um pouco das coisas. Eu vejo o povo idolatrando a Petrobras e essas empresas que vêm aqui, mas eu não fico só nos agradecimentos não porque sei que eles lucram muito em cima disso e eles não dão nada de graça. Eles poluem. E poluem muito. Ali atrás tinha tipo um riacho onde os pássaros e uns bichos iam tomar água e um dia a água ficou com um negócio assim por cima que parecia lodo. Não era um lodo grosso, mas você via que era uma camada fina que sujava a água. A gente não bebia dessa água, mas ela servia pros bichos do mato mesmo. Eu tenho certeza que essa poluição foi do vazamento de petróleo, mas eles aqui abafam. [...] teve uma época que eles queimavam[10] óleo porque quando a pressão na tubulação é grande tem que queimar. Vou dizer: aquilo fede, é podre. E fica tipo uma névoa de manhã cedo que cobre tudo e não dá pra enxergar direito. [...] eu soube de umas mortes de animais, mas não foi aqui. Agora eu me pergunto por que os passarinhos sumiram, sabe? Quem me garante que esse gás que liberam também não prejudica a gente que respira dele?. (E 24)

9 A Resolução do CONAMA n. 0001/1986 define como "impactos ambientais" qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, segurança e o bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias e a qualidade dos recursos ambientais.

10 Schaffel (2002) explica que esse procedimento de queima controlada é seguro e utilizado para dar fim ao gás que não será utilizado e não servirá para exportação, gerando gases e poluentes para a atmosfera.

Existem ainda os que ponderaram sobre os possíveis prejuízos ambientais ou que mitigaram tais acontecimentos negativos por acreditarem que na prática a indústria do petróleo não está limitando nenhum dos fatores de sua vida. Dessa maneira, a degradação ambiental foi considerada mínima. A respeito dessa observância, vale lembrar o que foi dito pelos seguintes entrevistados:

> Deu um vazamento de óleo no terreno no vizinho e chegou um pouco aqui no terreno da gente, não morreu nenhum animal nosso porque na época não tinha. Aqui na minha propriedade também já deixaram uma válvula aberta mas só vazou na estrada. (E 16)

> Já teve uns vazamentos aqui, mas também não prejudicou não. Nunca morreu bicho meu por causa deles não. (E 22)

> De prejuízo o que teve aqui foi o desmatamento na terra porque eles tiraram tudo, mas a área atingida não era muito grande não e ninguém plantava por lá. (E 02)

Isso não quer dizer que os entrevistados se importem menos com a questão ambiental, significa apenas que, em seu âmbito de vida, as necessidades ambientais que eles mais facilmente visualizam dizem respeito ao meio em que estão inseridos.

Com as empresas de exploração de petróleo operando ininterruptamente em Mossoró, as mudanças começam a surgir e com elas os agravantes de convívio social e com a natureza. Alguns um tanto perceptíveis, outros ainda invisíveis. De acordo com Oliveira e Santos (2007, p. 134) os impactos ambientais diagnosticados na estrutura da indústria do petróleo em nível local são:

> abertura de estradas, picadas e clareiras; danos à vegetação, solo e fauna a partir da construção de instalações auxiliares; interferência nos recursos hídricos subterrâneos causados pelos estudos hidrogeológicos; levantamentos geofísicos com possibilidade de gerar ruídos, explosões e vazamento de combustíveis; perfuração de poços para pesquisa e preparação da lavra, com a possibilidade de prejuízo à flora, às águas subterrâneas, ao solo e à segurança de comunidades.

Se se pensar que desde o final da década de 1970 a indústria do petróleo manipula com seus instrumentos a paisagem local nos moldes dos exemplos citados pelos autores acima, é preciso se preocupar com os impactos acumulados no subsolo, onde o olho humano não alcança. Sobre as peculiaridades das bacias terrestres do estado do Rio Grande do Norte, os estudos revelam que há dez anos já se previa que os campos em atividade se constituem de bacias maduras, como bem explica o estudo de Zamith (2005), esclarecendo que se encontram em avançado estágio de exploração e que, na tentativa de manter sua produção em índices comercializáveis, admitem o uso de diversas técnicas de captura do petróleo como é o caso

da reinjeção de água nos poços provenientes da própria extração do mineral, um procedimento altamente poluente que causa contaminação do lençol freático.

3.1.3 Relação com as empresas

A mudança de rotina causada pela chegada das empresas exploradoras atingiu o cotidiano dessas famílias de maneira a torná-las responsáveis também pelo andamento do empreendimento. Malgrado a maioria dessas pessoas admitirem não compartilhar dos conhecimentos das técnicas de extração e produção alocadas em suas terras, é bem verdade que um dos pontos de preocupação de ambos deve ser, ou pelo menos deveria ser, o bom convívio entre eles.

A captura do petróleo é um procedimento que, pela lei, não precisa de autorização do proprietário de terra para ser iniciado. O que as empresas fazem é assinar e posteriormente pedir aos proprietários que assinem um termo de consentimento bilateral, para que ambas as partes reconheçam seus limites e não necessitem futuramente acionar as vias judiciais para sanar conflitos advindos de uma possível obscuridade/omissão dessa relação de convivência.

A respeito disso, muitos entrevistados se mostraram satisfeitos com a comunicação que vinha sendo exercida entre eles e as empresas:

> No começo teve umas mortes de animais perto do poço, mas quando eles viam que eram verdadeira, eles faziam o pagamento. Demora só quando a gente chama eles pra ver, porque eles vendo o animal morto eles entendem que tem que avaliar e pagar logo. [...] eles vêm aqui só quando precisa mesmo. A gente tem o contato deles bem direitinho e quando a gente precisa também liga pra eles. A gente vai ali naquela estação, na guarita que tem ali e dá uma ligadinha, não precisa ficar aqui direto olhando pra nossa cara não. (E 01)

> Eles já fizeram uns treinamentos. Teve uma reunião na sede ali, ele explicando tudo isso pra todo mundo. [...] eu tenho o número deles e quando precisa eu ligo, mas sempre eles vêm. Sempre quando tem reunião eles vêm. Geralmente uma vez no ano. Acho que assim tá bom, não precisa ficar direto aqui. A gente já sabendo o movimento. Não tá tendo nada de novo, é sempre as mesmas coisas. (E 13)

As falas dos entrevistados mostram que eles têm conhecimento sobre quais as maneiras de iniciar a comunicação com as empresas caso haja necessidade. No entanto, a maioria alega nunca ter necessitado acionar tais mecanismos. É perceptível que esse estado de quietude se deva à satisfação com o recebimento dos recursos financeiros em dia, bem como da certeza de que diante de uma emergência haverá resguardo imediato das empresas para com a situação de perigo por eles enfrentada.

Outros demonstraram insatisfação na periodicidade com a qual a comunicação entre eles vem sendo realizada, queixando-se principalmente de que as empresas só os procuram diante de uma necessidade de formalização documental e nunca se mostram proativas para dar

informações sobre as questões que verdadeiramente lhes interessam, como o contexto econômico da empresa, a quantidade de óleo retirada de suas terras e os motivos da diminuição no repasse financeiro.

> Eu não tenho contato nenhum com a empresa. O único contato que a gente tem aqui é quando eles vêm pedir autorização pra passar alguma tubulação ou quando acontece algum problema que a gente chama eles pra vir verificar. Eu acho que o dever é deles estarem aqui sempre perguntando como está. [...] eu sempre desconfio desses pagamentos que eles fazem pra gente mensalmente porque esses *royalties* que a Petrobras explora aqui do terreno da gente, a gente não sabe a quantidade que sai e eles não dizem quando apura. (E 02)

> Além da gente receber pouco, nem sabemos quanto que entrou na conta. Na minha ideia, deveria alguém dizer quanto que vai entrar todo mês. Nesse assentamento, em torno de 154 pessoas recebem dinheiro dessa produção, mas ninguém sabe ao certo como é feito essa divisão [...] eles dão treinamento de segurança aqui todos os anos por causa desse vazamento que teve. Eles só vêm aqui de ano em ano, mas poderiam vir mais vezes pra explicar as coisas. (E 12)

> Eles fazem umas reuniões às vezes lá praquelas bandas mas não chamam a gente não. Eu nem sei o que eles conversam lá, mas é coisa só pros moradores dali de perto. Eu acho errado isso deles nem virem aqui conversar com a gente, né? Ninguém informa nada do que a gente vai receber. A gente só sabe o que recebe porque vê na conta lá na hora, no banco. Eu fico pensando assim, meu Deus, hoje em dia eu tenho celular aqui em casa pra falar com minhas filhas que moram na rua, por que eles não ligam pra gente pra dizer "olhe, esse mês vêm tanto na sua conta, você já pode ir tirar no banco, se quiser"? (E 18)

Destoante do que fora mencionado acima, alguns entrevistados relataram outros fatores que não a necessidade de explicações financeiras como o real motivo de descontentamento, como bem asseverou este:

> Quando eles vão instalar os poços eles orientam. Tem campanha educativa nas escolas, na comunidade. Tem manual de orientação, com uns "kitezinhos". [...] eu acho que eles deveriam vir mais vezes aqui na porta e perguntar as coisas a gente ou explicar, fazer relatório pra gente. Porque assim... de dia e de noite tem profissionais entrando aqui, mas nós não entendemos tudo que vemos. Talvez a gente passe por falhas e nem entenda os riscos. Talvez tenha aqui coisas muito perigosas e a gente ache que não é nada. Numa comunidade onde a média de estudos é onde poucos têm o ensino médio, então se você

> visualizar esse lado, seria bom fazer uma reunião de três em três meses ou a cada semestre para dar uma orientação, uma palestra, seminário, essas coisas. (E 14)

Tais relatos mostram uma preocupação, ainda que tímida, com a maneira verticalizada com que as decisões de cunho ambiental vêm sendo tratadas pelas empresas. É bem certo que tais desabafos não têm o condão de mostrar todos os aspectos negativos concernentes ao tema. Pelo contrário, não passam de um pequeno recorte que demonstra certo temor de uma tragédia ambiental já anunciada ou a perda definitiva de um espaço natural que não se consiga mais recuperar.

Outro fator bastante citado nas entrevistas foi o modo como os funcionários das empresas exploradoras tratam os bens dos moradores. Muitas foram as críticas e reclamações acerca da falta de zelo de alguns profissionais que, de maneira desrespeitosa, não cumpriam com medidas mínimas para proteção de seus animais e objetos que se encontravam nas proximidades das estações de coleta. Dessa feita, o ato de fechar os portões após a passagem não foi considerado somente um gesto de cuidado, mas sim uma atitude demonstrativa de cortesia para com essas famílias, e a ausência do cumprimento desse ato foi observada como severa imprudência.

> Algumas vezes eles deixavam a porteira aberta, mas a gente fechava e pronto. Não atrapalhava em nada não. Tinha uma porteira lá que eu pedi pra eles fazerem um mata-burro pros meus bichos não irem pra lá e depois disso o gado não foi mais porque às vezes ele deixava aberto. (E 04)

> Uma vez morreu um bicho meu. Parece que um menino deixou uma porta lá aberta e eu dei falta dele. Quando vi, ele tava morto porque se enganchou numa máquina lá. Mas também bastou eu avisar, que na mesma hora eles vieram e pouco tempo depois indenizaram. (E 25)

> Já teve morte de três animais, mas o que eles destroem eles pagam. Bastou eu ir lá e dizer e eles pagaram no valor que eu disse, não demorou não. Agora a gente às vezes vai lá pra avisar que uma cerca deles caiu e pedir pra eles refazerem, porque as cercas servem pra gente também. (E 10)

> Teve uma época que tinha mais movimento e eles sempre passavam e deixavam a cerca aberta. Aí a gente vivia reclamando, até que parou mais. Quando a gente reclamava, a Petrobras dizia que era porque tinha firma que não queria obedecer. Eles mesmo diziam que se a gente visse um passando aqui e deixando a cancela aberta, a gente podia pegar a placa do carro e entregar a gente que a gente pune. (E 15)

> Eu acho ruim quando eles abrem as porteiras e não fecham. Não sei que preguiça é essa deles que não podem descer do carro pra fechar um portão. Uma vez um carro de uma empresa bateu num de meus bichos e um vizinho viu e me avisou. Eu tive que pelejar pra eles pagarem, mas eles pagaram. Eles queriam que eu dissesse a placa do carro que fez isso. (E 23)

Percebam que existe discrepância na forma de tratamento das empresas exploradoras para lidar com a mesma situação. Alguns entrevistados relatam ter recebido total apoio das empresas na indenização do valor do animal, sem muita burocracia, enquanto outros afirmam haver maior resistência quanto a isso. É importante lembrar que o art. 44 da Lei n. 9.478/1997 determina que a empresa vencedora da licitação, que passa a ser concessionária, responda na esfera civil pelos danos causados pela sua atividade, devendo ressarcir à ANP ou à União na presença de comprovados prejuízos decorrentes de demandas nas quais estas empresas sejam as verdadeiras responsáveis.

Considerações finais

Oportunamente aponta-se a necessidade de discussão e apropriação dos recursos por parte dos membros dessas comunidades, a maioria ainda não organizada e sem perspectiva de organização, para que as empresas exploradoras possam vir a reconhecê-las como elo forte da relação de convivência e não somente como um braço da cadeia de exploração que pode ser ignorado. Para tal, nada mais justo que haja a aproximação da ANP com essas famílias, a fim de que se promova um diálogo perene com as principais lideranças das várias comunidades já formadas, bem como do incentivo na formação dos territórios onde estas inexistem.

Os resultados da pesquisa mostraram que as famílias que recebem compensação financeira proveniente do petróleo conseguem reconhecer aspectos positivos e negativos na relação de convivência que assumem entre si, apontando como ponto positivo primordialmente a existência da obrigação do pagamento de certa quantia por parte das empresas, seja mensalmente, seja anualmente, estando a maioria dos sujeitos entrevistados esclarecidos que se trata de uma obrigação decorrente de perspectiva legal, e não de uma benesse fornecida pelas empresas em razão de vontade própria.

No entanto, muito embora essa compensação financeira tenha sido comumente citada como um evento positivo na relação entre estes e as empresas, é inegável que dela surgiram também frustrações. Não obstante o fato de que o depósito bancário ocorre de maneira segura e sem atrasos, viu-se surgir um elevado número de reclamações acerca de seu valor e, principalmente, sobre o fato de sua abrupta diminuição não ter sido acompanhada dos devidos esclarecimentos.

Foi relatado que as famílias beneficiadas passaram a contar com uma fonte de renda extra usada prioritariamente como auxílio para o financiamento das atividades de agricultura de subsistência e criação de animais para consumo de seus derivados. Embora a renda proveniente do

petróleo tenha sido considerada na maioria das vezes um fator propiciador de melhorias na qualidade de vida dessas pessoas, ela foi insuficiente para garantir-lhes independência financeira, e de nenhuma forma motivou o abandono das atividades tipicamente rurais que estes sempre executaram. Desse modo, restou evidente que a aproximação da indústria petrolífera pode de fato não ter trazido avanços estruturais e visíveis para essas famílias em seu aspecto mais amplo, mas contribuiu significativamente para que elas conseguissem manter a execução das principais atividades que sempre lhes proporcionaram o sustento.

Em que pesem os benefícios financeiros advindos do contrato entre proprietários de terras produtoras e empresas exploradoras serem bastante vantajosos para os que mantinham terras improdutivas, verifica-se a ausência de quaisquer outras formas compensatórias que os amparem a longo prazo

É bem certo que a análise dessa convivência não conseguiu ser exaustiva com este estudo. No entanto, este trabalho deve servir como propulsor para outras discussões de cunho social a respeito dessa relação, havendo recomendação para que outras pesquisas sejam realizadas a partir dessa mesma perspectiva, tomando como norte os donos de terras produtoras de petróleo e as incríveis histórias que estas pessoas têm para contar.

REFERÊNCIAS

ALTVATER, Elmar. *O preço da riqueza*: pilhagem e nova (des)ordem mundial. São Paulo: Editora UNESP, 1995.

ANTUNES, Adelaide Maria de Souza; MARTINI, Ana Amélia Magalhães Gomes. Indústria petrolífera brasileira. *Revista Petro & Química*, São Paulo, n. 252, p. 152-157, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Proteção ambiental nas atividades de exploração e produção de petróleo*: aspectos jurídicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ARAÚJO, Tânia Bacelar de. Herança de diferenciação e futuro de fragmentação. *Revista Estudos Avançados*. São Paulo, v. 11, n. 29, p. 7-36, abr. 1997.

BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico:* os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo.* 4. ed. Lisboa: Almedina, 2009. Coleção Edições 70.

BRASIL. Lei n. 7.827, de 27 de dezembro de 1989. Regulamenta o art. 159, inciso I, alínea *c*, da Constituição Federal, institui o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte – FNO, o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste – FNE e o Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste – FCO, e dá outras providências. Brasília. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7827.htm>. Acesso em: 08 jan. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 466/2012. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília. 2013. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica*: alternativas de gestão social. Petrópolis: Vozes, 2008.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Royalties* do petróleo e orçamento público: uma nova teoria. In: CONTI, José Maurício (org.). *Direito financeiro.* São Paulo: Blucher, 2016.

FERREIRA, Renata Marques.; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito da energia:* tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FURTADO, Celso Monteiro. O Nordeste: reflexões sobre uma política alternativa de desenvolvimento. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 5-14, jul.-set. 1984.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Cadastro de Municípios localizados na Região Semiárida do Brasil*. [20—]. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/geografia/semiarido.shtm?c=4>. Acesso em: 15 jan. 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica.* 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. *Epistemologia ambiental.* Tradução de Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Benedito Vasconcelos. *Biodiversidade e desenvolvimento sustentável do semiárido.* Fortaleza: SEMACE, 1997.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social*: teoria, método e criatividade. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

OLIVEIRA, Francisco de. *Elegia para uma re(li)gião:* Sudene, Nordeste, planejamento e conflito de classes. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

OLIVEIRA, Rayanne Costa; SANTOS, Jailton Barbosa dos. Gestão ambiental nas empresas do setor de petróleo e gás em Mossoró-RN. *Revista Holos*, ano 23, v. 3, p. 126-137, 2007.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

_____. *Desenvolvimento*: includente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SCHAFFEL, Silvia Blajberg. *A questão ambiental na etapa de perfuração de poços marítimos de óleo e gás no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Planejamento Energético). Rio de Janeiro: Programa de Planejamento Energético (PPE/COPPE/UFRJ), 2002, 130p.

SILVA, Roberto Marinho Alves da. *Entre o combate à seca e a convivência com o semiárido*: transições paradigmáticas e sustentabilidade do desenvolvimento. 2006. 298 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento sustentável, área de concentração em Política e gestão ambiental). Centro de desenvolvimento sustentável, Universidade de Brasília, 2006.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. *Reestruturação produtiva e terceirização*: o caso dos trabalhadores das empresas contratadas pela Petrobras no RN. 2006. 266 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Regional, Cultura e Representações). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

TRINDADE, Gemelli Moura da. *A fruticultura irrigada no projeto Baixo-Açu*: uma análise da eficiência na irrigação. Natal: UFRN, 2004.

WATT NETO, Artur. *Petróleo, gás natural e biocombustíveis*: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAMITH, Maria Regina Macchione de Arruda. *A nova economia institucional e as atividades de exploração e produção* onshore *de petróleo e gás natural em campos maduros no Brasil*. 2005. 299 f. Tese (Doutorado em Energia). Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

Jackeline Carminda Cabral de Freitas

Auxiliar em saúde da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Mestre em Ambiente, Tecnologia e Sociedade pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

jackeline_comck@hotmail.com

Valdemar Siqueira Filho

Professor adjunto da Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA). Doutor em Comunicação e Semiótica pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

dhemah@uol.com.br

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Received: 08.02.2017
Approved: 07.08.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201839

Same-sex marriage: a defense based on foundations of natural law

CASAMENTO ENTRE PESSOAS DE MESMO SEXO: UMA DEFESA A PARTIR DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO NATURAL

Pablo Antonio Lago[1]

Abstract
Laymen in general associate natural law theories to conservative moral conceptions, like traditional marriage of a man and a woman. That makes sense when we notice Catholic Church's position about matrimony or even academic marriage conceptions as the one claimed by John Finnis. But would be possible to defend the so called "marriage equality" in natural law grounds? This paper aims to answer this question affirmatively. Departing from a critical analysis of Finnis' natural law theory and his marriage conception, I argue that a better matrimony conception needs to be grounded on a wide vision of human sexuality, which encompasses lesbian and gay couples. Instead of procreation (which is one of the marriage points in Finnis' conception), human experience shows that sex is not limited to breeding – it is a way people can achieve pleasure and high levels of intimacy, regardless their sexual orientation. I conclude that this way of conceptualizing human sexuality is "far more evident" than the one suggested by Finnis and is also consistent with Germain Grisez's interpretation of Aquinas' first principle of practical reason – with which Finnis himself agrees.

Keywords
Same-sex marriage; concept of marriage; natural law; practical reason; John Finnis.

Resumo
Pessoas leigas costumam associar teorias de Direito Natural às concepções morais consideradas "conservadoras" – como a ideia de que o casamento só existe entre "um homem e uma mulher". Esta associação faz sentido quando analisamos a posição da Igreja Católica sobre o tema, bem como concepções de casamento defendidas por autores jusnaturalistas, como é o caso de John Finnis. Mas é possível defender o casamento entre duas mulheres ou dois homens levando em consideração os fundamentos do Direito Natural? Neste artigo, defendo que sim. Partindo de uma análise crítica da teoria jusnaturalista de Finnis e de sua concepção de casamento, argumento que uma concepção mais adequada do matrimônio deve levar em consideração a amplitude da sexualidade humana, de modo a abranger também casais de lésbicas e gays. Sustento que a forma como experienciamos nossa sexualidade não está limitada à procriação, como sugere Finnis ao elencá-la como um dos propósitos do casamento. Ao contrário, sugiro que pessoas se envolvem e se relacionam sexualmente, independentemente de orientação sexual, tendo em vista propósitos tão variados como o prazer e/ou o aumento dos laços de intimidade. Concluo que, uma vez corrigidos os equívocos interpretativos e factuais de Finnis, o casamento entre pessoas de mesmo sexo pode ser defendido à luz dos fundamentos do Direito Natural, sendo plenamente consistente com a interpretação de Germain Grisez sobre o primeiro princípio de razão prática de Tomás de Aquino – interpretação que o próprio Finnis considera correta.

Palavras-chave
Casamento entre pessoas do mesmo sexo; conceito de casamento; Direito Natural; razão prática; John Finnis.

1 Universidade Positivo
Curitiba – PR – Brazil
https://orcid.org/0000-0001-8417-1517

BY-NC

Introduction

Most people associate the so called "new natural law" to conservative perceptions, and that makes sense when we speak about sexual morality. Authors like John Finnis, Germain Grisez, and Robert George have been considered by their critics as major exponents of this line of thought, which believe homosexuality as being something immoral and stands against same-sex marriage.[1] But the fact is that the very structure assigned to the most basic principles of natural law may lead us to understand questions about sexual morality in a distinct way – thus it is possible to assume a more progressive agenda and argue for same-sex marriage from the foundational principles of natural law point of view.

My intention with this article is to present a new way of understanding human sexuality on the grounds of natural law by criticizing John Finnis' conception of marriage. This is similar to answering the provocation formulated by Nicholas Bamforth and David Richards in their book *Patriarchal Religion, Sexuality, and Gender* (2007). Bamforth and Richards read Finnis' arguments as ultimately religious, considering the influence exerted through his texts by Germain Grisez, an intellectual connected to the Catholic Church. For them, "rescue" natural law from religion and at the same time defend the morality of sex acts outside marriage would involve such a significant revision of natural law – something like the invention of a new theory.[2]

However, as this article shows, the connection between Finnis and the Catholic Church does not imply that Finnis' arguments are necessarily religious in type. Even a quick reading on Finnis' *Natural Law and Natural Rights* (2011d) is sufficient to demonstrate how natural law can be exposed on secular terms. Finnis has also a clear concern in stating his position

1 Stephen Macedo highlights natural law's "long tradition" in theorizations about sexual morality. In his article "Homosexuality and the Conservative Mind," Macedo says: "if an account of the immorality of homosexual acts as such is to be found, one might reasonably expect to find it articulated by those who carry on the long tradition of natural law theorizing about sexual morality" (MACEDO, 1995, p. 6). Similar position is taken in consideration by Andrew Koppelman in his text "Is Marriage Inherently Heterosexual?": "This paper will examine the most sophisticate version of the claim that marriage is necessarily heterosexual, that developed by the 'new natural law theorists,' Germain Grisez, John Finnis, Gerard V. Bradley, and Robert P. George. As Stephen Macedo has observed, the argument developed by these writers 'is by far the most elaborate intellectual case for distinguishing between homosexual and heterosexual activity'" (KOPPELMAN, 1997, p. 2).

2 "[...] we argue that in so far as the new natural lawyers seek to present their arguments of being of a secular nature, they must fail – given the religious categorization – for internal inconsistency. A question which this leaves hanging is whether it is possible to rescue parts of new natural law from this categorization. While we do not offer a conclusive answer, we suggest that a rescue attempt might entail such heavy revision of those parts that it would be akin to inventing a new theory" (BAMFORTH; RICHARDS, 2007, p. 94).

about sexual morality (the "standard modern position") without addressing to religious, theological, and sectarian beliefs (FINNIS, 2011b, p. 336).[3]

Starting from the first principles taken by natural lawyers on their theories, this article advances relevant arguments supporting same-sex marriage. The critiques against Finnis' conception of marriage presented here are not only external but *internal* critiques. This means an important contribution to the political debate on family and marriage legal constitution: after all, this article speaks the same language as its opponents, increasing their argumentative burden. Natural lawyers are required to demonstrate why the present proposed interpretation of natural law foundations would be wrong before advancing any argument against same-sex marriage. Therefore, I am not "inventing a new theory" but only proposing a new way to argue for same-sex marriage on natural law grounds.

It is worth noting that debates about same-sex marriage are not over yet. At least in Brazil, even after the judicial recognition of lesbian and gay families by the Supreme Court[4] and the National Council of Justice,[5] Congressmen keep discussing bills against gay marriage.[6] In Santa Catarina State, public prosecutor Henrique Limongi is known for denying lesbian and gay couples marriage licenses, demanding the judicial nullification of already celebrated marriages.[7] The public debate on same-sex marriage remains current and relevant.[8]

This paper is organized in three parts. First, I introduce the way Finnis understands natural law and its basic principles, as well as his conception of marriage as a human basic good – an exclusive and permanent union between a man and a woman. The second part regards criticisms on Finnis' marriage conception, highlighting Stephen Macedo's and Andrew Koppelman's

3 "The standard modern position involves a number of explicit or implicit judgments about the proper role of law and the compelling interests of political communities, and about the evil of homosexual conduct. Can these be defended by reflective, critical, publicly intelligible, and rational arguments? I believe they can. The judgment that it is morally wrong need not be a manifestation either of mere hostility to a hated minority, or of purely religious, theological, and sectarian belief" (FINNIS, 2011b, p. 336).

4 ADI n. 4277 and ADPF n. 132, judged on May 2011.

5 Resolution n. 175, published in May 2013.

6 The "Family Statute" (Bill n. 6583/2013) is a clear example. Proposed by deputy Anderson Ferreira (PR/PE), this bill rules out lesbian and gay couples from the legal definition of family.

7 As reported by Brazilian newspaper *O Globo*. Retrieved June 22, 2018, from *O Globo* website: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/promotor-tenta-anular-casamento-civil-entre-engenheira-e-medica-de-sc.ghtml>.

8 The same occurs in other parts of the world. On February 2018, few months after recognizing lesbian and gay marriages, the British Overseas Territory of Bermuda became the first jurisdiction to legalize and then repeal same-sex marriages, as reported by *The New York Times*. Retrieved June 22, 2018, from *The New York Times* website: <https://www.nytimes.com/2018/02/08/world/americas/bermuda-gay-marriage.html>.

contributions. Starting from Germain Grisez's interpretation on Aquinas' first principle of practical reason, I suggest a different conception of human sexuality. I also propose that marriage should be detached from parenthood: parent-child relation is independent of parent's marital relation. As a conclusion, I argue for the reformulation of Finnis' substantive position regarding the relations between government and homosexuality, considering the reinterpretation of the most basic presuppositions of natural law suggested on this paper. Based on Finnis' conception of political common good, I claim government ought to recognize same-sex marriages.

1 Natural law and marriage in Finnis' theory

As jurist and philosopher, John Finnis embrace the "analytical theory of natural law" and one of his main concerns is to demystify the way many authors present natural law theorization.[9] In his most known book, *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS, 2011d), Finnis analyzes juridical and moral phenomena without resorting to metaphysics. Finnis' starting point is his comprehension of the "principles of natural law," where stand the so called basic human goods and basic requirements of practical reasonableness. Thereby the influence of Aristotle and Thomas Aquinas in Finnis thought is clear – but without losing the analytical style of Herbert Hart, his preceptor in Oxford.

It does not mean, however, that we must address directly to Aristotle or Aquinas to criticize Finnis' positions – and this is a very important point considering the aforementioned criticism of Bamforth and Richards. Even though some elements of Finnis' theory and marriage conception are based on his interpretation about thoughts of those classical authors, Finnis' moral and philosophical arguments must hold by their own reasonableness.[10] At this

9 "Every author has his milieu: this book has roots in a modern tradition that can be labelled 'analytical jurisprudence', and my own interest in that tradition antedates the time when I first began to suspect that there might be more to theories of natural law than superstition and darkness. Someone who shared my theory of natural law, but whose focus of interest and competence was, say, sociological jurisprudence or political theory or moral theology, would have written a different book" (FINNIS, 2011d, p. vi).

10 "[...] it may be as well to point out that in this book nothing is asserted or defended by appeal to the authority of any person or body. I do quite frequently refer to Thomas Aquinas, because on any view he occupies a uniquely strategic place in the history of natural law theorizing. Likewise, I refer occasionally to the Roman Catholic Church's pronouncements on natural law, because that body is perhaps unique in the modern world in claiming to be an authoritative exponent of natural law. But, while there is place for appeal to, and deference to, authority, that place is not in philosophical argument about the merits of theories or the right response to practical problems, and so is not in this book. My arguments, then, stand or fall by their own reasonableness or otherwise" (FINNIS, 2011d, p. vi).

point, the main problem is not whether Finnis' position is "conservative" or "religious," but whether his theory is sound or not.[11]

1.1 Principles of natural law

In the character of a *theory* about natural law, Finnis' theory starting point is what he defines as *the principles of natural law*. They are

> (i) a set of basic practical principles which indicate the basic forms of human flourishing as goods to be pursued and realized, and which are in one way or another used by everyone who considers what to do, however unsound his conclusions; and (ii) a set of basic methodological requirements of practical reasonableness (itself one of the basic forms of human flourishing) which distinguish sound from unsound practical thinking and which, when all brought to bear, provide the criteria for distinguishing between acts that (always or in particular circumstances) are reasonable-all-things-considered (and not merely relative-to-a-particular purpose) and facts that are unreasonable-all-things-considered, i.e. between ways of acting that are morally right or morally wrong – thus enabling one to formulate (iii) a set of general moral standards. (FINNIS, 2011d, p. 23)

These principles of natural law are considered *self-evident* as some principles of logic. According to Finnis' interpretation of Aquinas, the self-evidence of the principles of natural law are analogous to the self-evidence of basic principles of practical reasonableness – like the proposition that "a human being is a rational being" (FINNIS, 2011d, p. 32). These principles are also indemonstrable, undemonstrated, and incommensurable.

But how could we grasp these principles of natural law? On Finnis' thought, the practical reasoning guided to basic human goods cannot be understood in an external way – by psychological, anthropological and metaphysical observation. It can be said that the practical reasoning must be "internally" comprehended, to the extent that we can *experience* our own nature and be conscious about our inclinations – what does not mean an inference process (FINNIS, 2011d, p. 34).

Therefore, Finnis' theorization gives special attention to human reason. Reason directed to a purpose is *practical reason*. And we can find in practical reason not only our ability to

11 As Finnis argues in his article *Limited Government*: "It is, I think, a mistake of method to frame one's political theory in terms of its 'liberal' or 'non-liberal' (or '[anti-]conservative' or '[non-]socialist' or '[anti-]capitalist') character. Fruitful inquiry in political theory asks and debates whether specified principles, norms, institutions, laws, and practices are 'sound', 'true', 'good', 'reasonable', 'decent', 'just', 'fair', 'compatible with proper freedom', and the like – not whether they are liberal or incompatible with 'liberalism'" (FINNIS, 2011c, p. 94).

formulate reasons that explain the judgment about what is desirable or not, but also our capacity to act based on these very reasons – in pursuit of what is considered good and valuable (FINNIS, 2011a, p. 1). From practical reason, we can delimit what is relevant for our lives and for common life. The reasons for action that we found through practical reason are called *basic values* or *basic human goods* (FINNIS, 2011d, p. 59).[12]

The human goods are considered basics in three fundamental dimensions. First, each one is equally a self-evident good. Second, a basic human good cannot be reduced to an aspect of another good. Third, each one can be reasonably considered the most important one when subject to our attention – what does not mean hierarchy between them, for basic human goods are incommensurable.[13]

But we need more elements to answer the key question in morality: what should be done? From which goods must we participate, and how can we establish our order of priorities?

To answer these questions, Finnis turns to the sole basic human good that can never be turned down, the one that we participate when deliberating about other basic goods – the *practical reasonableness* (FINNIS, 2011d, p. 100). The practical reasonableness exerts a prevailing role in Finnis' theory, concerning the human ability to use intelligence to solve practical problems. It also relates to our character and the way of life that we must cultivate (FINNIS, 2011d, p. 88). The practical reasonableness is composed by several requirements, operating the transition from basic human goods (as pre-moral values) to what is called "morality" – the decision-making about projects and actions assessed in terms of right or wrong. Thus, the practical reasonableness is a complex value which involves freedom and reason, integrity and authenticity.[14]

Among the requirements of practical requirement, the seventh one is essential for this paper: we must *respect every basic value in every action*. For sure, life contingencies imply the recognition of our liberty and self-determination – we can see the participation in some

12 Finnis' list of basic human goods is variable in his work. A summary of his position can be found in the postscript on the second edition of *Natural Law and Natural Rights*. They are: knowledge, skillful performance, bodily life, friendship, marriage, practical reasonableness, and harmony with ultimate source (FINNIS, 2011d, p. 448).

13 Considering that one's self-realization is inexhaustible, it is better to say that one *participates* in basic values. Pursuit and realization are misleading expressions in this context (FINNIS, 2011d, p. 96).

14 In the same way as human goods, the requirements of practical reasonableness are self-evident, indemonstrable, undemonstrated and incommensurable principles of natural law. They are presented in the fifth chapter of *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS, 2011d, p. 103-126), consisting in: (1) a coherent plan of life; (2) no arbitrary preferences amongst values; (3) no arbitrary preferences amongst persons; (4) detachment; (5) commitment; (6) efficiency within reason; (7) respect for every basic value in every act; (8) the requirements of common good; (9) following one's conscience.

goods as more important than others (as a scientist who can be concerned with the good of knowledge but does not care about making significant friendships). What is relevant for this seventh requirement is that basic human goods should not be subordinated to any project or personal commitment or sentiments or cost-benefit considerations – for this will correspond to treat these basic goods in a commensurable way (FINNIS, 2011d, p. 121-122). This point is particularly important. As explained below, Finnis regards homosexual acts as contrary to the basic human good of marriage. Non-marital sex is considered an "instrumentalization" of our bodies and incompatible with human dignity – affronting the good of marriage and the seventh requirement of practical reasonableness.

1.2 Marriage as a basic human good

As mentioned, John Finnis considers marriage a basic human good that we can participate and must valorize. A good account of Finnis' position can be found in his essay *Marriage: a Basic and Exigent Good* (FINNIS, 2011e). There, Finnis delimits the *focal meaning* or *point* of marriage.

Marriage's point is twofold: *procreation* (or parental care) and *friendship between spouses*. These characteristics are united in a special manner, in a way that marriage can be considered a human good so basic and constitutive of human fulfillment that can be said to be of intrinsic value (FINNIS, 2011e, p. 318). Furthermore, these points demonstrate marriage goes far beyond its legal dimension.

The procreation act does not forcefully depend on generating children, as they do not constitute an inexorable consequence of marriage. Reproduction is viewed by Finnis as a *function* that operates through the union between the reproductive organs of a man and a woman, uniting them biologically. This biological reality is not a simple "instrument" – it is part of everyone's *personal* reality, as Finnis argues in his essay *Law, Morality, and 'Sexual Orientation'* (2011b, p. 340). Therefore, the fundamental question is not related to offspring generation but to *reproductive sort of acts* – which Finnis calls the *biological union*:

> Biological union between humans is the inseminatory union of male genital organ with female genital organ; in most circumstances it does not result in generation, but it is the behaviour that unites biologically because it is the behaviour which, as behaviour, is suitable for generation. (FINNIS, 2011b, p. 340)[15]

15 But biological union is not the simple union between penis and vagina. Biological union is also a consensual and intentional union of genitals: "The organic unity which is instantiated in an act of the reproductive kind is not so much the unity of penis and vagina (as my inexact wording in essay 21 n. 14, first part of last sentence, incautiously suggests) but rather the unity of the man and the woman – the unity which is consummated in their intentional, consensual act of uniting those genital organs in seminal emission/reception in the woman's reproductive tract" (FINNIS, 2011f, p. 382).

Therefore, biological union can only take place through the union between a man and a woman. Sterile or not, their genital organs are nonetheless reproductive organs. Spouses can "actualize" and "experience" the good of marriage only by this kind of sexual relation, which remains for sterile couples but not for the homosexual ones.

Sex could give mutual pleasure, but when it does not correspond to biological union it is regarded by Finnis as the instrumentalization of people – who, in Finnis' words (1993, p. 12), "disintegrate themselves". Thus, homosexual acts could be similarly criticized as copulation between humans and animals: they are dissociated from the expression of an intelligible common good, treating the human bodily life as merely animal (FINNIS, 2011b, p. 343). So marital sex, by definition, can be the only rational use of man and woman's reproductive organs – and as reproductive organs, can only perform their *function* when united. Homosexual sex acts are for this reason deemed as the instrumentalization of individuals involved in them (as well as heterosexual sex acts which do not correspond to biological union – e.g. oral sex). Even if these sex acts were mutually delightful, they are incompatible with the very idea of marriage.

At this point, we must recall the seventh requirement of practical reasonableness, that each human good must be respected in all our actions. For Finnis believes that non-marital sex acts (i.e. sex acts distinct from the biological union) are an opposite and disrespectful choice to the good of marriage. So, individuals who have a homosexual inclination should remain with no active sexual life. Otherwise they would be confronting the good of marriage and acting immorally.[16]

In addition to the biological union, the other marriage's point substantiates a special link between spouses, in an affective, emotional way. This link is not a pure and simple friendship but a kind of relationship where spouses passionately participate, oriented towards the practice of reproductive sex acts. This marital friendship matches what Aquinas conceived as *fides*, as interpreted by Finnis. *Fides* does not only involves abstaining from extramarital affairs (i.e. adultery), but is a reason for action (FINNIS, 2011e, p. 321). It is the willingness and commitment of each spouse to cleave (*accedere*) to the other and no other person, in a bodily and spiritually way – what constitutes a "positive fides" (the mutual support and sharing of a common life in a home) (FINNIS, 2011f, p. 362).

But Finnis argues the commitment and marital exclusiveness are particularly hard to keep among gay couples, precisely because same-sex partners are unable of reproductive acts. Thus,

16 "One who reasonably chooses a worthwhile form of life which entails responsibilities incompatible with the commitment and responsibilities of marriage does not thereby choose against the good of marriage, unless he or she engages in sex acts (in which case the choice to engage in them is against that good for the reason already stated: briefly, judging it reasonable to engage in sex acts non-maritally entails judging that the sex acts of a married couple do not really actualize, express and enable them to experience their marriage)" (FINNIS, 2011e, p 323).

Finnis raises not only philosophical but also empirical arguments which would render implausible the defense of same-sex marriage.[17]

In short, Finnis conceives only the unity of a man and a woman as genuine marital union. The sex act, as the biological union, is only reasonable and moral when addressed to participation in the good of marriage. Therefore, protecting heterosexual marriage is a moral requirement. The "simulation" of this union by same-sex partners is an illusory performance and is disrespectful to the good of marriage – thus being an offence to the seventh requirement of practical reasonableness.[18]

2 How to criticize John Finnis

Finnis' marriage conception (as the ones proposed by Germain Grisez and Robert George) is subject to constant criticism by authors who have a "liberal" perspective. However, I argue some of these criticisms are innocuous, for they cannot fully understand what Finnis conceives as a "basic human good". Ultimately, Finnis' position is shielded to external criticism. Only when we criticize Finnis' understanding that marriage is a *basic good* we will be able to deconstruct his reasoning and to show his dogmatism and empirical misconceptions.

17 "Only a small proportion of men who live as 'gays' seriously attempt anything even resembling marriage as a permanent commitment. Only a tiny proportion seriously attempt marital fidelity, the commitment to exclusiveness; the proportion who find that the attempt makes sense, in view of the other aspects of their 'gay identity', is even tinier. Thus, even at the level of behaviour – i.e. even leaving aside its inherent sterility – gay 'marriage', precisely because it excludes or makes no sense of a commitment utterly central to marriage, is a sham [...] [S]ame sex partner cannot engage in acts of the reproductive kind, i.e. in marital sexual intercourse. For them the permanent, exclusive commitment of marriage – in which bodily union in such acts is the biological actuation of the multi-level (bodily, emotional, intellectual, and volitional) marital relationship – is inexplicable. Of course, two, three, four, five or any number of persons of the same sex can band together to raise a child or children. That may, in some circumstances, be a praiseworthy commitment. It has nothing to do with marriage" (FINNIS, 2011f, p. 384; 386).

18 As Finnis summarizes: "[...] the artificially delimited (two-person, lifelong...) category named 'gay marriage' or 'same-sex marriage' corresponds to no intrinsic reason or set of reasons at all. It has few presentable counterparts in the real world outside the artifice of debate. Marriage, on the other hand, is the category of relationships, activities, satisfactions, and responsibilities which can be intelligently and reasonably chosen by a man and a woman, and adopted as their integral commitment, because the components of the category respond and correspond coherently to a complex of interlocking, complementary good reasons: the good of marriage. True and valid sexual morality is nothing more, and nothing less, than an unfolding of what is involved in understanding, promoting, and respecting that basic human good, and of the conditions for instantiating it in a real, non-illusory way – in the marital act" (FINNIS, 2011b, p. 351).

2.1 Macedo and Koppelman's criticisms

Stephen Macedo was concerned with criticizing Finnis and other natural law thinkers' position. In his paper "Homosexuality and the Conservative Mind" (MACEDO, 1995), Macedo claims Finnis' idea of biological union is an opportunistic one: its unique rationale is enabling sterile heterosexuals to marry, excluding homosexuals from matrimony (MACEDO, 1995, p. 10). For Macedo, the very idea of biological union would only make sense if reproduction could actually happen – but this is not the case of infertile heterosexual couples. So Finnis' conception of biological union is like pointing a gun at someone and pull the trigger, as Andrew Koppelman has suggested. As behavior, it is suitable for murder – but not when the gun is unloaded (MACEDO, 1995, p. 10; KOPPELMAN, 2004, p. 21).[19]

I think, however, that this criticism does not directly affect Finnis' conception of marriage. We must remind that marriage is a basic human good just because its twofold point is a *basic good* on rational human action, in evident and indemonstrable ways. Thus, the biological union is a self-evident good in human action as well. As behavior, it is necessary to procreate even if procreation does not occur by reasons adverse to personal wishes. Two men or two women cannot unite biologically, but a man and a woman can. As result a sterile couple can marry, while this union does not correspond to marriage's focal meaning but a peripheral or secondary case. At last, a gun is nonetheless a gun – and therefore designed to kill. It does not matter if it is loaded or not.

Thereby, I think Finnis and other natural law authors are not incoherent when they argue infertile heterosexual couples can marry. The idea of biological union prevents, at least formally, the analogy between sterility and homosexuality.[20] But other problems can arise. For

19 In Koppelman words: "Finnis recognizes that not every ejaculation of normal male genitalia will successfully lead to conception, and perhaps this is meant to minimize the difference between the organs of normal and infertile males. [...] But whether such behavior 'is suitable for generation' depends on whether the organs are in fact suitable for generation. A sterile person's genitals are no more suitable for generation than a gun whit a broken firing pin is suitable for shooting. The gun's pin might be repairable, perhaps not; perhaps medicine can in some cases cure infertility. It is, however, a conceptual stretch to insist that the sexual acts of the incurably infertile are of the same kind as the sexual acts of fertile organs that occasionally fail to deliver the goods" (KOPPELMAN, 2004, p. 21).

20 These questions about sterility and homosexuality are well summarized by Patrick Lee and Robert George in their book *Conjugal Union:* What Marriage Is and Why It Matters (2014): "However, there is a clear difference between sodomy and marital coitus, even where the coitus cannot result in conception. No one could have children by performing sodomitical acts. Yet, this is not true of the kind of act performed by sterile married couples when they engage in coitus. A man and woman who are not temporarily or permanently infertile could procreate by doing exactly what the infertile married couple do when they consummate or actualize their marital communion. The behavior is identical and the intention – the actualization of marriage considered as a multileveled union founded upon organic bodily union – can be

example, Stephen Macedo shows concern about issues involving the hypothetical case of a "gay man" that goes through surgery to remove his penis and put a vagina (MACEDO, 1995, p. 10).[21] Of course, there is no need of hypothetical thought in that matter: in real world, there are hundred cases of transsexual people who go through sex reassignment surgery.

These questions emphasize Koppelman's criticism about the *essentialism* in the way Finnis and other natural lawyers conceive the reproductive function of sex organs. And the reproductive function is no longer relevant in the sense of power or potential, but in a *taxonomic* sense:

> NNL [New Natural Law] might, finally, appeal to the essentialism implied by the ordinary meaning of words. A dead man's heart, which will never beat again, is still a heart, and his stomach is still a digestive organ. (So to speak! Don't put lasagna in it). So the penis of a sterile man is still a reproductive organ. But the only aspect of reproductiveness relevant to NNL's argument – the reproductive power of the organ – does not inhere in this particular organ. It is not reproductive in the sense of power or potential, even if it is a reproductive organ in the taxonomic sense. It is mysterious why its being taxonomically a reproductive organ should have any moral significance. (KOPPELMAN, 2004, p. 21-22)

This is an interesting point. At last, those natural lawyers elect a single "orientation" to our sex organs – procreation. This allows them to deny the morality of sex acts besides biological union and outside marriage – such as masturbation and the use of contraceptive methods.[22] Such acts disintegrate the very individual integrity by treating our bodily existence not as an end but as mean.

identical as well. Thus, the difference between infertile and fertile married couples is not a difference in what they do or in the act they perform. There is no difference in their voluntary conduct. Rather, it is a difference in an extrinsic condition that affects what may result from what they do" (LEE; GEORGE, 2014, p. 84).

21 That is the case of transsexual people. Gender/sex issues must not be confused with sexual orientation questions. Lesbian and gay people, by definition, are people who feel sexual and/or affective attraction to other women and men, respectively. A person who wants to change her/his sex is not, by definition, "lesbian or gay", but transsexual.

22 Macedo thinks this point states the "political irrelevance" of the sexual morality proposed by natural law authors: "This fair-mindedness and broad sweep may also make the new natural law politically irrelevant. It supports only very broad public actions against sexual immorality in general: against divorce, contraception, all sex outside of marriage, and homosexuality. To reject natural law teachings on contraception, for example, is to jettison natural law ground for acting against homosexuality. This natural law philosophy cannot be of help to any but those few Americans who accept its extremely broad strictures. It provides no aid and comfort to the vast majority of those who would condemn homosexual activity while

Another criticism raised by Macedo relates to pleasure as an end in itself. Thus, for example, we do not eat only to satisfy our hunger, but to socialize or as a pleasurable activity as well – the same way we chew bubble gum without considering its nutritional value (MACEDO, 1995, p. 11-12). Therefore, restricting sex to reproductive biological union does not make sense. And sexual pleasure, regarded as one of the reasonable purposes of human action, can be experienced not only by heterosexuals but also by homosexual people.

I think this line of criticism forgets a fundamental point, already mentioned. For Finnis conceives marital sex (as biological union) as a self-evident basic good of human reasonableness. Sex can be pleasurable, but it will be immoral if it does not meet marriage's twofold point: procreation and conjugal friendship (FINNIS, 2011f p. 372). Therefore, it is through sex that we experience and actualize the good of marriage, and the very intelligibility of sex runs from the intelligibility of marriage. When we turn away this intelligibility, we seek an extrinsic good.

2.2 Are there any basic goods more 'basic' than marriage? Finnis' dogmatism

Thus, the biggest obstacle for same-sex marriage recognition on natural law grounds is Finnis' conception of biological union. Lesbian and gay couples cannot have reproductive sex. However, the central question is: considering that the biological union is one of the marriage's point, and thus is a self-evident, indemonstrable, undemonstrated, and incommensurable good, what would Finnis argues if I doubted his conception?

This kind of criticism has already been raised by other authors. The criticism consists on arguing that marriage cannot be a basic human good – for marriage is not self-evident as life or knowledge. This is claimed by Timothy Chappell (2001, p. 39), and Finnis' answer is particularly interesting.

Chappell argues marriage cannot be considered a basic good as friendship or knowledge, for marriage can be derived from other basic human goods as the very friendship, well-being, and even "physical pleasure" (CHAPPELL, 2001, p. 38-39). So, if basic human goods are underivable, and the good of marriage summarizes other basic goods, then Finnis' marriage conception is wrong – because marriage cannot be a basic good in its very meaning. However, Finnis insists that marriage is a unique and underived good, for the kind of friendship among spouses is not independent from reproductive sex. The *intrinsic good* of the biological union act (and the eventual nurturing of children) in a marital friendship ground

accepting the availability of divorce, contraception, and premarital sex" (MACEDO, 1995, p. 8). However, it is worth noting that natural law's position about sexual morality is the most coherent way to condemn homosexuality. Finnis does not care about what people think of using contraceptive methods – instead, natural law's position shows the incoherence of those people who believe condoms and birth control pills are defensible, but at the same time criticize homosexual people's sex and lifestyle.

does not depend on any explanation. Therefore, if marriage's twofold point is self-evident, so is marriage. In Finnis' conception, marriage's intrinsic value can be grasped by "clear exemplification" (FINNIS, 2011a, p. 9-10).

As seen, Finnis insists on conceptualizing marriage as a basic human good. But this way of seeing marriage cannot explain the controversies about this concept. Maybe Finnis would say, if I doubted his conception, that some propositions are self-evident only to the "relatively wise" (as Aquinas argued elsewhere).[23] Or that I still have not experienced the intrinsic value in marital friendship characterized by acts of reproductive kind – as the value of truth can only makes sense for who experienced the connection between question and answer, who understands knowledge is characterized by correct answers to questions, and who perceived the good in obtaining correct answers. But on marriage, people who disagree with Finnis (like me and Chappell) could be considered by him as new-born children who "not had any such set of felt inclinations, memories, understandings, and (in short) experiences" about other basic goods (FINNIS, 2011d, p. 65).

This point highlights Finnis' dogmatism. Finnis' conception of marriage is unable to deal with controversies. Finnis makes use of what can be called the *incapacity thesis*, whose formulation is attributed to Crispin Wright by Ronald Dworkin in *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*:

> Is it plausible to interpret the claim that abortion is objectively immoral, or that genocide is really wrong, or that the wickedness of terrorism is a moral fact, as including what we might call a general incapacity claim: that anyone who does not agree with this opinion is suffering from some cognitive impediment that explains his error? [...] People have no reason to claim that those who disagree with them must lack some information they have, or suffer from some intellectual incapacity or character defect, when they have no evidence of any such ignorance or incapacity or defect. That claim, in those circumstances, would be empty rhetoric, adding nothing to the original substantive claim. No one could think that his argument or position was improved by it. (DWORKIN, 1996, p. 10-11)

Therefore, Finnis can only reply my criticisms and the ones formulated by Chappell claiming that due to destiny or life contingencies we were "incapable" to experience marriage's good. And when we realize that Finnis engaged in a kind of incapacity thesis, the set of questions formulated by Stephen Macedo and Andrew Koppelman makes more sense.

23 "Aquinas's discussion begins by pointing out that while some propositions are self-evident to 'everyone', since everyone understands their terms, other propositions are self-evident only to 'the wise', since only the relatively wise (or learned) understand what they mean" (FINNIS, 2011d, p. 32).

In any case, we can grasp basic human goods, as rational ends of human action, by *experience*. I think Germain Grisez's interpretation of Aquinas' first principle of practical reason can provide a good account to defend sexuality, in its many forms, as a human inclination and a good which gives intelligibility to our actions. Thereby, we can see the weakness of Finnis' conception of biological union, and his misconceptions about homosexuality as well.

2.3 Germain Grisez's interpretation on Aquina's first principle of practical reason

Thomas Aquinas' thought is one of the main influences on Finnis' natural law theory, but his work is difficult to understand – what can be noticed in the amount of different interpretations about it. Among these, Grisez's interpretation needs to be highlighted, especially his explanation about Aquina's first principle of practical reason. And it is worth noting that Grisez shares Finnis' marriage conception – actually, Finnis' conception is based on Grisez' considerations about marriage (BAMFORTH; RICHARDS, 2007, p. 94).

In his article *The First Principle of Practical Reason* (GRISEZ, 1965), Grisez argues that Aquinas conceives the first principle of practical reason by analogy with the first principle of theoretical reason as a self-evident and indemonstrable reason. But if theoretical reason relates to what our intellect can grasp, practical reason is directly related to our natural grasp that every action tends to an *end*. Theoretical reason is concerned about what "is", and practical reason has a purposive nature – it corresponds to our mind "charting what is to be, not merely recording what already is" (GRISEZ, 1965, p. 175). Thus, "being" corresponds, at first place, to what we can grasp in a theoretical way – and its first principle is *the principle of contradiction or noncontradiction*: the same cannot both be and not be at the same time and in the same respect. Being is the intelligibility presupposition and foundation of theoretical reason idea (GRISEZ, 1965, p. 175). So, being is self-evident and naturally grasped by our own cognitive capacities.[24]

Just as being is for theoretical reason, so is *good* for practical reason. Because every action is directed to an end and Aquinas conceived this end as "good". Thus, good is the primary intelligibility condition of practical reason – its intelligibility is what each thing tends toward (GRISEZ, 1965, p. 178). So, the first principle of practical reason can be expressed as "Good is to be done and pursued, and evil is to be avoided" (GRISEZ, 1965, p. 181). This reasoning states the good has the intelligibility of an end, and evil has the intelligibility of the contrary of an end.

These observations suggest that good is not a unique and indivisible end, for good includes anything that action can tend toward. And the ends of any human action which intends to

24 "Being is the basic intelligibility; it represents our first discovery about anything we are to know – that is something to be known" (GRISEZ, 1965, p. 175).

be rational refers to the natural inclinations of human being. Therefore, the object of a human inclination is a *basic good*.

But how can we grasp these goods? What does make it possible for us to say that something corresponds to a human being's natural inclination? On Grisez's interpretation of Thomas Aquinas theory, *experience* is the only way to grasp basic goods. It can be said that experience is our contact with the world. It is our capacity to know the world and, through practical reason, to guide our actions toward the ends the very reason displays as possible ends to reach (GRISEZ, 1965, p. 180). Grasping these ends does not involve any derivation or demonstration, as we cannot derive or demonstrate the first principle of theoretical reason. As result, it also can be said that good has no moral connotation, for good is the intelligible end of any action. Good does not need to correspond to a "morally good action" – the basic goods transcend moral good and evil as the end transcends means and obstacles (GRISEZ, 1965, p. 183).

In any case, what I meant by analyzing Grisez's interpretation about the first principle of practical reason is demonstrate the centrality that human inclinations (and their experiencing) occupy in determining basic human goods. However, it is worth noting that not every inclination is relevant to identify a good – for human beings can have undesirable inclinations as violence and selfishness. But, while violence and selfishness appeal to emotional motivations, they cannot have the typical good intelligibility – as beneficial prospective states of affairs for any person.[25]

2.4 Sexuality beyond marriage and parenthood as an independent good

If we grasp human basic goods by experience, then it is doubtful that marriage could be a basic good. Thus, critics as Timothy Chappell are correct when they suggest there are more fundamental goods than marriage displayed by human experience. Finnis, therefore, is mistaken in his interpretation about human inclinations which may refer to basic goods.

When we relate human basic goods to our natural inclinations, affirming their self-evidence, it does not follow that our interpretations cannot be criticized. So, I think the major problem with Finnis' conception is his implausible understanding about human sexuality.[26]

25 "These are inclinations whose objects – however appealing to emotional motivations as source of some emotional satisfaction – lack the character of being intelligibly good, beneficial prospective states of affairs, making me and anyone lime me really better-off. The best interpretation of Aquinas's sentence is to take it as referring not to sub- or pre-rational inclinations of desire or aversion or inertia, but to the inclinations of the will (i.e. of intelligent appetite) which follow our understanding of such prospective states of affairs as intelligibly good, desirable" (FINNIS, 2011d, p. 449).

26 It is worth noting that I am not disregarding cultural influences in the construction of our sexual desires. When talking about sexuality in this paper, I am referring only to our natural inclination to have sex (something that most animals have). Thus, I use the expressions *sexuality* and *sexuality manifestation* in this sense.

There is no reason to confine sexuality to reproductive acts, for many people can reasonably consider sex for the sake of pleasure. And few people will regard themselves "instrumentalized" when having sex in different ways. We see sexuality (in its different forms of manifestation – like heterosexual or homosexual sex) as an important element of our personality, a natural inclination of many people. When people have sex in complicity and affective ways, there is no reason to regard sex as an immoral act, even when it does not involve the "biological union". Finnis is unable to prove his "instrumentalization" thesis, falling in an essentialism similar to the one criticized by Koppelman. After all, attributing moral meaning to the "biological union" itself is the same as deriving an "ought" from an "is", infringing Hume's Law in the most obvious way.

This means that, in fact, sex and procreation can be materially bound, but they are ontologically distinct. Sexual relations distinct in kind from Finnis' "biological union" do not need to be merely hedonistic pursuits of pleasure. The different ways in that human sexuality can be expressed can be wholesome forms of intimacy between people – and this is the self-evident, indemonstrable, and underived circumstance that our experience shows us. Therefore, beyond marriage, sexuality and its various forms of manifestation can be thought as a human basic inclination in Finnisian grounds. Sex can be more than reproduction and still have value when linked to different forms of human flourishment.

Another problem in Finnis' conception is the essential link that it draws between marriage and children's nurturing. This link cannot be true because parenthood is a value independent of marriage. Nobody can be considered orphan if her mother widowed, for the bond between mother and child is independent of the parents' marital bound. Thus, the meaning of parenthood can be grasped outside marriage, in an underived way. Of course, I do not mean that reproduction is not important. I am only saying that it has no conceptual connection with marriage. In fact, parenthood can be considered as a self-evident, indemonstrable, and undemonstrated good – the relation between mother or father and their children have intrinsic and independent value.

However, natural lawyers like Finnis are not willing to separate parenthood from marriage. In their vision, the conjugal friendship is intrinsically linked to sexual acts opened to procreation. When procreation occurs, man and woman share the responsibility for protecting and nurturing their children. But there is a significant difference between the practice of reproductive sex and the actual raising of children. We cannot infer any moral significance from the biological union, just because it is the sexual act procreative in kind. Even if we attribute moral significance to biological union, it is not clear why different sexual acts must be believed to be immoral or the "instrumentalization" of our bodies, considering the already mentioned complexity of human sexuality. That is why natural lawyers should recognize not only "married people" but "married people with children." There is a clear conceptual distinction between marriage and parenthood. After all, if there is an intrinsic connection between marriage and actual parenthood, there would be no reason to recognize infertile couples' marriage either.

Therefore, the fact that only heterosexual couples can procreate does not demonstrate, on conceptual grounds, why lesbian and gay marriages should not be recognized. At this point, a new argument can be proposed: recognizing same-sex marriage would impair the environment necessary for the flourishment of children and young people. Children have the "right" to have a father and a mother. For Patrick Lee and Robert George,

> Where the nature of marriage is obscured and the culture of marriage is weakened, fewer young men and women marry, fewer view marriage as the proper context for sexual conduct and expression, and the number of children born outside marriage dramatically increases, and with it the number of children growing up outside intact families. But common sense and social science research indicate that generally, children fare best, on virtually every indicator of well-being, when raised by their married biological parents. (LEE; GEORGE, 2014, p. 109)

But how would same-sex marriage "obscures" or "weakens" the family constituted by man, woman and their children? There is no study relating the recognition of same-sex marriage and the rise in divorce rates, children abandonment or any of the questions mentioned by Patrick Lee and Robert George. There are only misleading presuppositions with no sociological or scientific evidence. Even if we concede that children fare best when raised by their married biological parents, that suggests the crucial responsibility of biological parents to nurture and educate their children – and nothing besides that. At best, this can be an argument against divorce, but not against same-sex marriage. However, no matter how difficult a divorce can be for the children involved, it is doubtful that the maintenance of a broken marriage, with no real bound between father and mother, will be in the best interests of children in medium or long term.

The real problem that must be addressed by natural lawyers is not same-sex marriage but the increasing individualism, with the correspondent loss of common responsibilities. Recognizing same-sex marriage, in fact, is a way to reaffirm the commitment and solidarity that must inform the bond between two people, regardless their sex, gender or sexual orientation. This is in the public interest. It is not only a question about love or affection or sentiments, but a question related to the common good.[27]

27 William Eskridge maintains that the recognition of same-sex marriage involves the recognition of citizenship and have a potentially "civilizing effect." In his book *The Case for Same-Sex Marriage* (1996), Eskridge argues: "When the state recognizes a couple's right to marry, it offers a recognition of the couple's citizenship, not a seal of approval for their lifestyle. Citizenship in a heterogeneous polity entails state tolerance of a variety of marriages, and states are not a bit choosy about who receives a marriage license. Convicted felons, divorced parents who refuse to pay child support, delinquent taxpayers, fascists, and communists – all receive marriage

Therefore, there is no necessary connection between sex, procreation, parenthood and marriage. Marriage cannot correspond to a human basic good. Human sexuality cannot be limited to biological union, and parenthood can be considered an independent good, unlike marriage.

2.5 Sexuality and the world we live in

Sexuality manifests itself in different ways. Besides heterosexuality, some people are naturally inclined to other sexual orientations, as homosexuality and bisexuality. Some people look not only for sexual relations, but also love, tenderness, and affection with people from distinct or the same sex as theirs. This is an empirical fact and needs to be adequately interpreted. Nothing in reason can be say that same-sex relationships are "wrong", or that they "offend a basic human good" – simply because it makes no sense to demand that people behave differently from their own inclinations, as suggested by Grisez's interpretation of Aquinas' first principle of practical reason.[28] Thus, even if Grisez or Finnis come to distinct conclusions, these conclusions are mistaken due to basic presuppositions disclosed by human experience. Finnis' marriage conception suffers from internal incoherence.

The idea of "bodily instrumentalization" is also incorrect. In most cases, when people have sex it does not seem that they are doing that for the sake of procreation. Infertile couples do not have sex with reproduction in mind. It is curious how the intentionality of married infertile couples is not considered, which renders clear Finnis' essentialism on sexual matters. Nonetheless Finnis considers infertile married couples; they participate in marriage's good in a marital friendship perspective. But homosexual couples can participate in this marital friendship as well. Thus, there is nothing evident when Finnis claims marital friendship is limited to a union between a man and a woman.

Even the *fides*'s idea, therefore, is misconceived by Finnis. As mentioned in the first section, Finnis argues *fides* does not make sense for homosexuals because there is no biological union in same-sex relationships. In his vision, the ideas of exclusivity and permanency are meaningless to lesbian and gay people. Finnis imagines the "central case" for same-sex relationships as "the anonymous bathhouse encounter, engaged in with a view to being repeated in another cubicle later that night" or "same-sex threesome or foursome between currently steady, committed friends" (FINNIS, 2011f, p. 381).

licenses from the state. [...] Gay people constitute virtually the only group in America whose members are not permitted to marry the partner they love. [...] Marriage in an urbanized society serves companionate, economic, and interpersonal goals that are independent of procreation, and the Supreme Court's most recent marriage decision (involving prisoners) reflect that reality. Civilizing America does not require that all couples have children" (ESKRIDGE, 1996, p. 11-13).

28 As a natural inclination, homosexuality cannot be changed. This explains the failure of countless efforts for switching homosexual orientation.

So, in Finnis view, homosexuals have a predisposition to promiscuity.[29] But here experience also testifies against Finnis' perception. Although there are occasional differences among lesbian, gay, and heterosexual relationships, the fact is that there are a lot of similarities that Finnis seems unwilling to admit. Countless lesbian and gay couples stay together for years and have sexual and affective involvement, sharing a common life plan – sometimes "until death." Thus, Finnis' mistake is an *empirical* one: there is *fides* (as marital friendship) between same-sex couples. Even if we analyze the "occasional differences" between heterosexual and homosexual couples we will notice that same-gender partnerships can be more egalitarian on the sharing of domestic labor (what must be cherished). This equal division of domestic labor is more difficult to see in traditional (or "patriarchal") heterosexual couples, where the man works to sustain the family and the woman takes care of the children and the house.

Therefore, same-sex couples can have *fides*, and their sexual relations are not only a "hedonist pursuit of pleasure." As infertile heterosexual couples, lesbian and gay couples do have sex to strengthen ties of intimacy and to deepen intense, closer, and committed relationships.[30] So Finnis' interpretation about human inclinations is a poor one, at least on our sexuality. As a result, he supports a wrong conception of marriage as a basic human good.

CONCLUSION – TOWARDS SAME-SEX MARRIAGE RECOGNITION

If marriage is not a basic human good, then Finnis' position about the relation between government and sexuality should be reviewed.[31] For, in Finnis' view, while consensual and private

29 "Those who propound 'gay' ideology or theories of same-sex marriage or 'sexual activity' have no principled moral case to offer against (prudent or moderate) promiscuity, indeed the getting of orgasmic sexual pleasure in whatever friendly touch or welcoming orifice (human or otherwise) one may opportunely find it. [...] The world of same-sex partnerships (in the real world outside the artifice of debate) offers no genuine instantiations, equivalents, or counterparts to marriage, and so very few whole-hearted imitations" (FINNIS, 2011f, p. 387).

30 Such as Koppelman rightly said: "For at least some same-sex couples, sexual intercourse is valued, not merely as a pleasurable experience unintegrated with the rest of one's life, but as an activity that is an important constituent of one of the primary relationships in one's life, exactly as is the case with many heterosexual couples. In a sexual relationship, homosexual or heterosexual, the activity of pleasuring one another sexually may have the real and intended effect of constituting a relationship that is different and better – more intense, more committed, closer, and more enduring – *than it would be if the partners substituted, say, conversation"* (KOPPELMAN, 1997, p. 7).

31 Some clarification about Finnis' government conception is necessary here. Departing from his interpretation about Aquinas, Finnis differentiates the "State", as political community (*communitas politica*) which exists among other states in an international order (as the *polis* in Aristotle's thought or the *civitas* in Aquinas'

non-marital sex acts between adults should not be criminalized, the government should discriminate (i.e. "distinguish") between heterosexual and homosexual relationships, discouraging the homosexual ones. This view encompasses what Finnis calls the *standard modern position*:[32] that government has a duty to ensure the public milieu where children, young people, and adults aspire to morally good lives, avoiding that citizens become "slaves to impulse and sensual gratification" (FINNIS, 2011b, p. 335).

Considering the aforementioned criticisms to Finnis' vision about homosexuality, the so called standard modern position does not hold. Instead, it can be said that the "discrimination" of homosexuals is equivalent to stigmatization. This is seriously unjust and may cause irreparable damage to the mental health of lesbian and gay children and young people. Moreover, discrimination can be considered a determining factor for the increased rates of suicide among homosexuals (TRACY, 2016). Anyway, to justify same-sex marriage recognition on natural law's foundations, we must understand how Finnis conceives the relation between government and common good.

In Finnis' thought, the political community's common good must be understood in a *limited* extent. Its equivalent is the *public good* (*bonum publicum*), as Aquinas conceived it: the specific elements of political common good are only goods and virtues featured in interpersonal relations. In a nutshell, the public good is equivalent to government's guarantee of peace and justice (FINNIS, 1998, p. 226-227).

Therefore, the public good has, at least on Finnis conception, an *instrumental character.*[33] Finnis regards communication and cooperation as the main factors that constitute a community.

view), from "the State" as government, government agencies, or subject of public law (FINNIS, 1998, p. 219; FINNIS, 2013, p. 518). It is worth noting that is in relation to this last concept (government) that the issues of this paper are addressed.

32 "This 'standard modern position' has two limbs. On the one hand, the state is not authorized to, and does not, make it punishable offence for adult consenting persons to engage, in private, in immoral sexual acts (for example, homosexual acts). On the other hand, states do have the authority to discourage, say, homosexual conduct and 'orientation' (that is, overtly manifested active willingness to engage in homosexual conduct). And typically, though not universally, they do so. That is to say, they maintain various criminal and administrative laws and policies which have as part of their purpose the discouraging of such conduct. Many of these laws, regulations, and policies discriminate (that is, distinguish) between heterosexual and homosexual conduct adversely to the latter" (FINNIS, 2011b, p. 334).

33 Finnis is clear in that point in his essay *Limited Government*: "The government of political communities is rationally limited not only by constitutional law and by moral norms which limit every decent person's deliberation and choice, but also by the inherent limits of its general justifying aim, purpose, or rationale. As Strauss observed in the passage I have recalled, that rationale is the common good of the political community. And that common good, as he did not observe, is (I shall argue) not basic, intrinsic or constitutive, but rather, instrumental" (FINNIS, 2011c, p. 87). It is worth noting that the common good treated in this paper

And when Finnis talks about the community's common good, he is talking about communication and cooperation addressed to a purpose which is considered by community members as valuable and pursued by them in similar ways (FINNIS, 2011c, p. 88). But in contrast to other communities whose common good instantiates a basic human good (such as friendships and families), the political community is necessary to the extent that it cooperates for an instrumental common good – political community is conceived as a necessary form of collaboration for participating in the goods identified as first principles of natural law. As a "complete community", the political community is an association which aims to "favor, facilitate, and foster the realization by each individual of his or her personal development. (Remember: this personal development includes, as an integral element and not merely as a means or precondition, both individual self-direction and community with others in family, friendship, work, and play)" (FINNIS, 2011d, p. 147-148).

These considerations about the instrumentality of public good, plus the aforementioned view about human sexuality, lead us to government's duty in recognizing and protecting not only heterosexual couple, but also homosexual relationships. As argued, lesbian and gay people do love and constitute families, and the flourishing of their relationships depends on governmental action on a series of issues – as legal questions about spouses' rights and duties, inheritance etc. At last, recognition of same-sex marriage is a matter of justice and is in the interest of the public good. Therefore, the State must recognize same-sex relationships, which can be done by appealing to the foundations of natural law.

Finally, same-sex relationships should be recognized as marriage and not as merely "civil union". Calling these relationships civil union is addressing the issue in a taxonomical way. If lesbian and gay couples need and demand the same rights assured to heterosexual marriage, then having two institutes with the same material and juridical features makes no sense. As Ronald Dworkin argued elsewhere, "whatever it is, if there are reasons for withholding the status [of marriage] from gay couples, then these must also be reasons why civil union is not an equivalent opportunity" (DWORKIN, 2006, p. 87).[34]

is limited – as political common good. The common good which appears in other sorts of communities, like friendships, families, and religious ones cannot be properly regarded as instrumental common goods.

34 Considering the values carried by marriage, Dworkin (2006, p. 86) also argues we cannot create an alternative institution as we cannot create a substitute for love. "The status of marriage is therefore a social resource of irreplaceable value to those whom it is offered; it enables two people together to create value in their lives that they could not create if that institution had never existed. We know that people of the same sex often love one another with the same passion as people of different sexes do. If we allow a heterosexual couple access to that wonderful resources but deny it to a homosexual couple, we make it possible for one pair but not the other to realize what they both believe to be an important value in their lives" (DWORKIN, 2006, p. 86-87).

ACKNOWLEDGMENTS

I am very grateful to my supervisor at USP, Professor Ronaldo Porto Macedo Junior, and to Professor Gordon Babst, from Chapman University, for their thought provoking observations on early versions of this paper.

REFERENCES

BAMFORTH, Nicholas; RICHARDS, David. *Patriarchal religion, sexuality, and gender*: a critique of new natural law. New York: Cambridge University Press, 2007.

CHAPPELL, Timothy. Natural law revived: natural law theory and contemporary moral Philosophy. In: BIGGAR, Nigel. BLACK, Rufus (eds.). *The revival of natural law*: philosophical, theological and ethical responses to the Finnis-Grisez school. New York: Routledge, 2000. p. 29-52.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophy & Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87-139, 1996.

_____. *Is democracy possible here?* New Jersey: Princeton University Press, 2006.

ESKRIDGE, William. *The case for same-sex marriage*: from sexual liberty to civilized commitment. New York: The Free Press, 1996.

FINNIS, John. Is homosexual conduct wrong? Disintegrity. *The New Republic*, November 15, p. 12-13, 1993.

_____. *Aquinas*: moral, political, and legal theory. New York: Oxford University Press, 1998.

_____. Introduction. In: FINNIS, John. *Reason in action* – collected essays. New York: Oxford University Press, 2011a. v. I., p. 1-15.

_____. Law, morality, and 'sexual orientation'. In: FINNIS, John. *Human rights & common good* – collected essays. New York: Oxford University Press, 2011b. v. III, p. 334-352.

_____. Limited government. In: FINNIS, John. *Human rights & common good* – collected essays. New York: Oxford University Press, 2011c. v. III, p. 83-106.

_____. *Natural law and natural rights*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2011d.

_____. Marriage: a basic and exigent good. In: FINNIS, John. *Human rights & common good* – collected essays. New York: Oxford University Press, 2011e. v. III, p. 317-333.

_____. Sex and marriage: some myths and reasons. In: FINNIS, John. *Human rights & common good* – collected essays. New York: Oxford University Press, 2011f. v. III, p. 353-388.

_____. Reflections and responses. In: KEON, John; GEORGE, Robert (eds.). *Reason, morality, and law:* the philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 459-584.

GRISEZ, Germain. The first principle of practical reason: a commentary on the Summa theologiae, 1-2, question 94, article 2. *Natural Law Forum*, Notre Dame (Notre Dame Law School), v. 10, p. 168-201, 1965.

KOPPELMAN, Andrew. Is marriage inherently heterosexual? *American Journal of Jurisprudence*, v. 42, n. 51, 1997.

_____. The decline and fall of the case against same-sex marriage. *University of St. Thomas Law Journal*, v. 2, n. 1, article 2, 2004.

LEE, Patrick; GEORGE, Robert. *Conjugal union*: what marriage is and why it matters. New York: Cambridge University Press, 2014.

MACEDO, Stephen. Homosexuality and the conservative mind. *Georgetown Law Journal*, v. 84, n. 261, 1995.

TRACY, Natasha. Homosexuality and suicide: LGBT suicide – a serious issue. *America's Mental Health Channel*. 2016. Available at: <https://www.healthyplace.com/gender/glbt-mental-health/homosexuality-and-suicide-lgbt-suicide-a-serious-issue/>. Accessed: Jul. 31, 2017.

Pablo Antonio Lago

Professor at Universidade Positivo, Law School.
PhD in Legal Theory and Philosophy of Law from
Universidade de São Paulo (USP).

pablo.lago@up.edu.br

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recibido: 12.02.2018
Aprobado: 02.07.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201840

Análisis legislativo del paradigma de la economía circular

LEGISLATIVE ANALYSIS OF THE CIRCULAR PARADIGM ECONOMY

ANÁLISE LEGISLATIVA DO PARADIGMA DA ECONOMIA CIRCULAR

Adriana Margarita Porcelli[1] *y Adriana Norma Martínez*[2]

Resumen
El modelo económico actualmente predominante se basa en la obtención del crecimiento a través del uso óptimo de insumos y factores de producción, la utilización de energías fósiles y la extracción acelerada de los recursos naturales. En las últimas décadas, este modelo ocasionó el agotamiento de los recursos naturales y la degradación y pérdida generalizadas de los ecosistemas, lo cual ha dado espacio para que surja un modelo económico alternativo denominado la economía verde y dentro del mismo la economía circular. El objetivo de este artículo consiste en analizar si la economía circular es una alternativa fiable y plausible para paliar los efectos de un modelo económico en crisis que permita propiciar una cultura altamente sustentable y su recepción en las diferentes legislaciones. La metodología adoptada se relaciona con la observación documental, el relevamiento, revisión y sistematización de la bibliografía que hay sobre el tema, la identificación de conceptos y principios teórico-técnicos específicos y el análisis de las legislaciones que receptaron esta nueva economía. Finalmente, se concluye que existe una preocupación mundial frente al deterioro ambiental y se avanza en la creación de un marco normativo, tanto a nivel nacional como regional e internacional que impulse la circularidad.

Palabras-clave
Economía circular; reutilización; reparación; reciclaje; residuos.

Abstract
The currently prominent economic model is based on obtaining economic growth through optimal use of inputs and factors of production, the use of fossil fuels and accelerated extraction of natural resources. In recent decades, this model has caused the depletion of natural resources and the widespread degradation and damage to ecosystems, which has given rise to an alternative economic model called "the green economy" and within it the closed-cycle circular economy. The objective of this paper is to analyze whether the circular economy is a reliable and plausible alternative to mitigate the effects of an economic model in crisis and to promote a highly sustainable culture and its reception in different legislations. The methodology adopted is related to documentary observation, the survey, revision and systematization of the existing bibliography on the subject, the identification of specific theoretical-technical concepts and principles and the analysis of the legislations that received this new economy. Finally, to sum up, there is a worldwide concern regarding environmental deterioration, and there is some progress in creating a regulatory framework, both at the national, regional and international levels, in order to promote circularity.

Keywords
Circular economy; reuse; repair; recycling; waste.

Resumo
O atual modelo econômico predominante baseia-se na obtenção de crescimento por meio do uso ideal de insumos e fatores de produção, uso de combustíveis fósseis

1 Universidad Nacional de Luján
Luján – Buenos Aires – Argentina
https://orcid.org/0000-0002-5192-5893

2 Universidad Nacional de Luján
Luján – Buenos Aires– Argentina
https://orcid.org/0000-0001-8962-2743

CC BY-NC

e extração acelerada de recursos naturais. Nas últimas décadas, esse modelo causou o esgotamento dos recursos naturais e a degradação generalizada e a perda de ecossistemas, o que deu lugar a um modelo econômico alternativo chamado economia verde e, dentro dela, a economia circular. O objetivo deste artigo é analisar se a economia circular é uma alternativa confiável e plausível para aliviar os efeitos de um modelo econômico em crise e promover uma cultura altamente sustentável e sua recepção em diferentes legislações. A metodologia adotada está relacionada a observação documental, levantamento, revisão e sistematização da bibliografia existente sobre o assunto, identificação de conceitos e princípios teórico-técnicos específicos e análise das legislações que receberam essa nova economia. Finalmente, conclui-se que existe uma preocupação global em relação à deterioração ambiental e estão sendo feitos progressos na criação de um quadro normativo, a nível nacional, regional e internacional, que promova a circularidade.

Palavras-chave
Economia circular; reutilização; reparação; reciclagem; desperdício.

Introducción

Este artículo forma parte de una investigación que analiza, entre otros, los impactos ambientales de la obsolescencia programada y la economía verde, desarrollada en el Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján. En las últimas décadas, el crecimiento económico, el desarrollo industrial y las modernas tecnologías han aportado un nuevo grado de confort y bienestar a nuestra vida lo que ha ocasionado un aumento del consumo de bienes y servicios. Sin embargo, este crecimiento se logró a expensas del agotamiento de los recursos naturales, en especial del consumo desmedido de muchos minerales, algunos de los cuales se consideran críticos[1] en cuanto a riesgos en su disponibilidad. Por tanto y ante esta situación, surgen con renovada fuerza nuevos planteamientos para afrontar el necesario cambio de paradigma de la economía convencional mediante un nuevo modelo de producción y consumo sostenible. Así se plantea una nueva economía ecológicamente racional, ecoeficiente e inclusiva, que actúa sobre las causas fundamentales de los desequilibrios, vale decir, sobre las actuales pautas económicas no solo de producción y consumo, denominada economía verde.

El objetivo de este artículo consiste en analizar, en el marco de la economía verde, si la economía circular es una alternativa fiable y plausible para desarrollar un nuevo modelo que

1 Un mineral se considera crítico cuando el riesgo de su escasez y el impacto de esa escasez sobre la economía son mucho mayores que el de cualquier otra materia prima.

permita propiciar una cultura altamente sustentable y respetuosa del ambiente y su recepción en la legislación nacional, regional e internacional.

1 Transición de la economía lineal a la circular

El sistema de producción vigente se basa principalmente en un proceso lineal de consumo de recursos. Bajo el paradigma "take-make-waste" ("extraer-fabricar-consumir-eliminar"), los bienes son producidos a partir de las materias primas, luego vendidos, utilizados y finalmente desechados como residuos, lo que ocasiona no solo el agotamiento de los recursos naturales sino también la generación de toneladas de basura. Alrededor de 65 mil millones de toneladas de materias primas entraron en el sistema económico en 2010, y se espera que esta cifra crezca en 82 mil millones de toneladas en el 2020. Es muy probable que el panorama mundial se agrave, ya que la clase media global se multiplicará más que por dos de aquí a 2030, hasta alcanzar prácticamente los 5 mil millones de personas que se sumarán a los hábitos del consumo (ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, 2014, p. 2-3).

En consecuencia, se pueden identificar las siguientes limitaciones al modelo lineal tan cuestionado: a) riesgos de precios: hacia finales del milenio los precios de los recursos naturales comenzaron a ascender y mientras la población crecerá, la urbanización se incrementará y los costos continuarán en aumento; b) pérdidas económicas y residuos estructurales: la economía actual genera una gran cantidad de residuos. Por ejemplo un automóvil se pasa el 92% del tiempo estacionado y el 31% de los alimentos se desechan a lo largo de la cadena de valor. (ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, 2015, p. 13-15); c) riesgos de suministro: muchas regiones del mundo poseen pocos depósitos naturales de recursos no renovables propios, por lo que dependen de las importaciones; y d) deterioro de los sistemas naturales: dentro de los impactos ambientales se pueden enumerar, entre otros, el agotamiento de las reservas, el calentamiento global, la reducción de la capa de ozono, el cambio climático, la disminución de la biodiversidad, la degradación del suelo y la contaminación de los océanos.

En este contexto, cada vez son más voces las que se suman para reclamar un cambio de modelo industrial que desvincule los ingresos del consumo de materias primas y que sea capaz de ofrecer sistemas económicos resilientes: a esto apunta la economía circular.

2 Análisis de la economía circular

En oposición al paradigma lineal y, aglutinando las escuelas de pensamiento que surgieron en los años 1970 pero recién a partir de la década de los 1990 cobraron prominencia,[2] la

2 Las principales filosofías que confluyeron en el modelo circular son: diseño regenerativo (*regenerative design*), economía del rendimiento (*performance economy*), ecología industrial (*industrial ecology* IE), biomímesis

economía circular se presenta como alternativa a dicho modelo. Tiene como su gran aliada a la tecnología informática y en especial a internet, ya que permite la colaboración e intercambio de conocimiento más eficientes. Jeremy Rifkin en su libro *La era del acceso* afirmaba que durante la mayor parte de la era industrial se ponía el énfasis en la venta de bienes, en cambio actualmente se produce un desplazamiento o transición desde un régimen de propiedad de bienes hacia un régimen de acceso (RIFKIN, 2000, p. 5-7). Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, como las aplicaciones móviles y los sistemas de información geográfica son algunos de los avances tecnológicos que posibilitan firmemente el surgimiento y el desarrollo de prácticas colaborativas. La economía "colaborativa" hace referencia a prácticas de compartir e intercambio que desacoplan la posesión de un producto de su uso y suelen implicar la utilización de menos recursos (PNUMA, 2015, p. 22-24).

En este escenario emerge la economía circular, que, más que definirse dentro de un esquema cerrado, se puede conceptualizar como una filosofía del diseño y de organización de sistemas. Inspirada en los seres vivos, emula los ciclos de la naturaleza en la que los "desechos" de una especie se convierten en el "alimento" de otra y así sucesivamente en un sistema cíclico de autosuficiencia. Es un sistema industrial restaurador o regenerativo por intención y por diseño *ab initio*, que sustituye el concepto de "caducidad" por el de "restauración" distinguiendo entre ciclos técnicos y biológicos. Se desplaza hacia el uso de energías renovables, eliminando el uso de químicos tóxicos, que perjudican la reutilización y el retorno a la biosfera. Presenta una perspectiva ambiciosa, desafiante y más atrevida que la economía verde (una economía eficiente en recursos) puesto que requiere la transformación radical de los medios de producción, de las cadenas de suministro, de la cultura y de los hábitos de consumo a nivel planetario. En la economía circular, los recursos se regeneran dentro del ciclo biológico o se recuperan y restauran gracias al ciclos técnico. Los componentes del ciclo biológico son biodegradables, por lo que se pueden introducir en la naturaleza después que su valor de uso ya no sea rentable. Los componentes de ciclos técnicos son poco aptos para volver de inmediato a la naturaleza, por lo que son reutilizados una y otra vez. Estos componentes se diseñan para que sean ensamblados y desmontados un gran número de veces para favorecer la reutilización de materiales y el ahorro energético. En una verdadera economía circular el uso sustituye al consumo, y los residuos se convierten en las materias primas de un nuevo ciclo (ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, 2017, p. 5-10). La economía circular se basa en tres principios claves, cada uno de los cuales aborda varios de los retos en términos de recursos y del sistema a los que han de hacer frente las economías industriales.

(*biomimicry*), economía azul (*blue economy*), permacultura (*permaculture*), capitalismo natural (*natural capitalism*) y *Cradle to Cradle*. C2C (de la cuna a la cuna) en oposición a *Cradle to Grave* (de la cuna a la tumba) propio de la economía lineal, centrándose en el diseño de los productos.

a) *Principio 1: Preservar y mejorar el capital natural controlando reservas finitas y equilibrando los flujos de recursos renovables.* En caso de necesitarse recursos, el sistema circular los selecciona de forma sensata y elige, en la medida de lo posible, tecnologías y procesos que utilizan recursos renovables o de mayor rendimiento. En este principio se identifican dos pilares: el ecodiseño y la economía funcional y se añade la reducción del derroche. El diseño ecológico considera el impacto ambiental durante el diseño del producto. El Informe Técnico de la *International Standard Organization* ISO/TR 14062:2002 (es) "Gestión ambiental — Integración de los aspectos ambientales en el diseño y desarrollo de productos" parte de la base que todos los productos, es decir, todos los bienes o servicios, tienen algún impacto sobre el ambiente. A su vez, analiza las necesidades del ambiente basándose en tres enfoques básicos: el enfoque de ciclo de vida del producto, la comercialización y uso final por los consumidores (con el concepto de responsabilidad ampliada del productor). En julio del 2011 se publicó la norma internacional ISO 14006:2011 "Directrices para la incorporación de ecodiseño", la primera norma internacional de gestión ambiental que integró aspectos propios del diseño, la evaluación de los impactos en el ambiente de los productos diseñados y la gestión y tratamiento de dichos impactos dentro de una organización. Una vez que el objeto se produce y se diseña ecológicamente, se pasa al segundo principio que es lograr que su uso dure el mayor tiempo posible.

b) *Principio 2: Optimizar los rendimientos de los recursos distribuyendo productos, componentes y materias con su utilidad máxima en todo momento, tanto en ciclos técnicos como biológicos*. Esto implica diseñar para refabricar, reacondicionar y reciclar —las tres R— para mantener los componentes técnicos y materias circulando y contribuyendo con la economía. Los sistemas circulares utilizan bucles internos más estrechos (por ejemplo, mantenimiento en lugar de reciclaje) cuando resulta posible, preservando así más energía implícita y otro valor. Estos sistemas promueven también que los nutrientes biológicos vuelvan a entrar en la biosfera de forma segura para que la descomposición resulte en materias más valiosas para un nuevo ciclo. En el caso de los componentes duraderos, tales como computadoras o motores, los elementos técnicos se diseñan desde su inicio para la reutilización y los productos sujetos a rápidos avances tecnológicos, están diseñado para ser actualizados. El primer paso es la reutilización, consistente en recuperar un producto o material a utilizar sin cambiar su forma o función. Pero puede ser que, con el fin de continuar utilizándolo sea necesario su reparación, en ese caso se menciona la renovación o la remanufactura. Cuando no es posible utilizar el producto en su uso original, a veces es posible utilizar parte del producto para crear otro objeto, entonces se trata de refabricación, llegando incluso al *upcycling.*[3] Por

3 El *upcycling* es un término acuñado recientemente, también conocido como supra-reciclaje, que consiste en aprovechar materiales reciclables para crear productos que tienen un mayor valor que el que tenía el material original, vale decir, transformar residuos en objetos de valor.

último, se llega al final de la vida útil de un producto y para poder valorizar más todos los materiales que lo constituyen es necesario el reciclaje (DE GUILLEBON, 2014, p. 4-5).

c) *Principio 3: Promover la eficacia de los sistemas detectando y eliminando del diseño los factores externos negativos*. Incluye reducir los daños al uso humano, tales como los relacionados con los alimentos, la movilidad, la vivienda, la educación, la salud y el ocio. Además, la energía requerida para este ciclo debería ser renovable por naturaleza.

Una economía circular se define a partir de las siguientes características fundamentales: a) los residuos se eliminan del diseño (basura = alimento); b) la diversidad genera solidez y la energía necesaria para impulsar la economía circular debe ser de carácter renovable, para reducir la dependencia de los recursos e incrementar la resiliencia de los sistemas;[4] c) pensar en sistemas: muchos elementos del mundo real, como empresas, personas o plantas, forman parte de sistemas complejos en los que las distintas partes están fuertemente vinculadas entre sí. En una economía circular, estos vínculos se tienen en cuenta en todo momento; d) los precios deben decir la verdad: los precios u otros mecanismos de retroalimentación deben reflejar los costes reales ya que los precios actúan como mensajes; e) reemplazo del concepto de consumidor por el de usuario: la economía circular trae aparejada una nueva relación entre los consumidores y las cosas. Los consumidores acceden a los productos como usuarios, en lugar de apropiarse de ellos, como propietarios. Las compañías ofrecen como servicio sus productos que, una vez cumplida su función, son retirados por la empresa para volver a ser parte de un nuevo ciclo de producción. Sin embargo, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación dan lugar a modelos de uso cooperativo o las redes de colaboración. A diferencia de la economía actual basada en "comprar-y-consumir", los productos duraderos son arrendados, alquilados o compartidos siempre que sea posible. El informe *Intelligent Assets: Unlocking the Circular Economy Potential* elaborado por Ellen MacArthur Foundation en colaboración con World Economic Forum, enfatiza la manera en que las innovaciones pueden ayudar a escalar la economía circular. Específicamente, Internet de las Cosas (IoT, siglas en inglés de *Internet of Things*) juega un papel fundamental en la implantación de la economía circular. Sensores y dispositivos inteligentes conectados serán los encargados de hacer un seguimiento en tiempo real de los bienes para determinar su estado, el de sus componentes y calcular el valor de las materias primas que conservarán su utilidad más allá de la vida útil del producto acabado (ELLEN MACARTHUR FOUNDATION; WORLD ECONOMIC FORUM, 2016, p. 24-25). Este impulso a la Internet de las Cosas no solo abarca el ámbito industrial y productivo, sino que la economía circular propone

4 Resiliencia es la capacidad de un sistema para recuperar la estructura y el funcionamiento tras una perturbación.

un nuevo modelo de sociedad más sostenible capaz de optimizar stocks y flujos de materiales en todas las actividades humanas.[5]

Para la transición a una economía circular, las empresas pueden adoptar diferentes acciones: *regenerate* (regenerar), *share* (compartir), *optimise* (optimizar), *loop* (bucle), *virtualise* (virtualizar) y *exchange* (intercambiar), que juntas conforman el marco ReSOLVE (por las siglas de las iniciales de las palabras inglesas). Sin embargo, sus detractores señalan que en este planteamiento hay dos errores fundamentales. El primero es que no tiene en cuenta las leyes básicas de la física, como la Segunda Ley de la Termodinámica[6] y el segundo reside en que tampoco reparan en la Paradoja de Jevons.[7] Si bien, en la actualidad, una economía totalmente circular todavía no es alcanzable, esto no significa que no se pueda avanzar en las áreas en las cuales se pueda reutilizar y reciclar.

3 Recepción de los principios de la economía circular en las diferentes legislaciones

3.1 Normativa comunitaria: Unión Europea

En diciembre de 2014 la Comisión Europea (CE) decidió retirar una propuesta legislativa pendiente sobre residuos, y se comprometió a presentar, a finales de 2015, un nuevo paquete de medidas referido a todo el ciclo económico, no solo a la reducción de residuos. Después de un año de arduo trabajo, el 2 de diciembre de 2015, adoptó, en Bruselas, un ambicioso paquete de propuestas para convertir la economía europea en una más circular. La propia Comisión explicaba que las acciones incluidas en aquel paquete de medidas contribuirían a "cerrar el círculo" de los ciclos de vida de los productos a través de un mayor reciclado y reutilización, y aportarían beneficios tanto ambientales como económicos. La finalidad consiste en obtener el máximo valor y uso de todas las materias primas, productos y residuos, fomentando el ahorro energético y reduciendo las emisiones de gases de efecto invernadero. La aproximación hacia

5 Es el caso de la denominada ciudad circular o ciudad inteligente (*smart city*), que se caracteriza por un mejor aprovechamiento de los recursos y un cambio en la experiencia de sus ciudadanos.

6 Según la Segunda Ley de la Termodinámica, todo proceso implica un consumo de energía. Entonces el propio proceso de reciclaje de recursos implica, por un lado, una pérdida de recursos, pues el reciclaje no es posible al 100%, y por otro, un gasto energético en el propio proceso de reciclado.

7 La paradoja de Jevons, denominada así por su descubridor —William Stanley Jevons—, afirma que a medida que el perfeccionamiento tecnológico aumenta la eficiencia con la que se usa un recurso, lo más probable es que aumente el consumo de dicho recurso, antes que disminuya. Concretamente implica que la introducción de tecnologías con mayor eficiencia tecnológica puede, a la postre, aumentar el consumo total de energía. A esta contradicción también se la denomina "efecto rebote".

una economía circular constituye el núcleo del Programa de Eficiencia en el Empleo de los Recursos, establecido en el marco de la Estrategia Europa 2020.

Entre las medidas más importantes figuran: a) la financiación de más de 650 millones de euros con cargo a Horizonte 2020 (el programa de financiación de la investigación e innovación de la Unión) y de 5.500 millones de euros con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (Fondos EIE); b) la adopción de medidas para reducir el despilfarro de alimentos; c) una indicación de fechas mejorada y herramientas que permitan alcanzar la meta 12.3 del objetivo 12 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), consistente en reducir a la mitad el desperdicio de alimentos a más tardar en 2030; d) la elaboración de normas de calidad para las materias primas secundarias; e) la adopción de medidas en el Plan de Trabajo sobre Diseño Ecológico para 2015-2017 tendientes a promover la reparabilidad, durabilidad y reciclabilidad de los productos, además de la eficiencia energética; f) una revisión del Reglamento sobre abonos y reforzar el papel de los bionutrientes; g) una estrategia para el plástico en la economía circular, que aborde los problemas de la reciclabilidad, la biodegradabilidad, la presencia de sustancias peligrosas en los plásticos y dé cumplimiento al objetivo 14 de los ODS, vale decir, reducir significativamente los desechos marinos; h) una serie de acciones sobre la reutilización del agua, incluida una propuesta legislativa relativa a los requisitos mínimos para la reutilización de las aguas residuales; y, finalmente, i) una Propuesta Legislativa para reformar la Directiva Marco de Residuos, la Directiva de Envases, la Directiva de Vertederos y en menor medida otras Directivas de Residuos. Entre los elementos clave de esta propuesta sobre residuos revisada figuran los siguientes objetivos comunes a 2030: reciclar el 65% de los residuos municipales y el 75% de los residuos de envases, reducir la eliminación a un máximo del 10% de todos los residuos en vertedero, prohibir el depósito en vertedero de los residuos recogidos por separado, desalentar la eliminación en vertedero, promover la reutilización y la simbiosis industrial, convirtiendo los subproductos de una industria de materias primas de otra y apoyar a los regímenes de recuperación y reciclado incentivando productos más ecológicos.

La consecución de los nuevos objetivos en materia de residuos permitirá crear 580 mil nuevos puestos de trabajo, en comparación con los resultados actuales. La limitación de residuos, el diseño ecológico, la reutilización y medidas similares podrían aportar a las empresas un ahorro neto de 600 mil millones de euros, o el 8% del volumen de negocios anual, reduciendo al mismo tiempo las emisiones anuales totales de gases de efecto invernadero entre un 2 al 4%. En los sectores de la reutilización, la refabricación y la reparación, por ejemplo, el coste de la remanufactura de teléfonos móviles podría reducirse a la mitad si fueran más fáciles de desmontar. Si se recogiera el 95% de los teléfonos móviles, podrían obtenerse ahorros en los costes del material de fabricación superiores a los mil millones de euros. En igual sentido, el paso del reciclado a la renovación de los vehículos industriales ligeros podría ahorrar 6.400 millones de euros al año (alrededor del 15% del presupuesto de materiales) en insumos de materiales y 140 millones de euros en costes energéticos, además

de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en 6,3 millones de toneladas (COMISIÓN EUROPEA, 2015).

Con respecto a las energías renovables, en los últimos años se observan igualmente importantes progresos. Sin embargo, sigue siendo altamente dependiente de las energías fósiles, responsables del 80% de sus emisiones, evitando que pueda alcanzar sus objetivos de reducción para 2050. En consecuencia, dicha Comisión propuso en enero de 2014 un nuevo Paquete Clima y Energía para 2030, aplicable a partir de 2021 consistente en la reducción de un 40% de emisiones de GEI con respecto a los niveles de 1990, la utilización de al menos un 27% de energías renovables para el conjunto de la Unión y un aumento de al menos un 27% en eficiencia energética para el conjunto de la Unión (PÉREZ DE LAS HERAS, 2016, p. 800-816).

Sin embargo, no todos son elogios, la organización ecologista Amigos de la Tierra valora esta nueva propuesta como poco ambiciosa. Señalan que estas medidas adoptadas están muy lejos de alcanzar una economía circular. En su opinión, los porcentajes de reciclaje y preparación para la reutilización se han visto reducidos del 70 al 65%, a la vez que se ha eliminado el porcentaje del 30% de reducción de desperdicio alimentario y se ha omitido la obligación de separar la fracción orgánica de los residuos en origen. Decisiones todas ellas que alertan y denotan la falta de compromiso por avanzar hacia una verdadera economía circular (MARTÍN, 2016).

El documento intitulado "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular", del 2 de diciembre de 2015, destaca que ese Plan de Acción contribuirá a la consecución de los ODS antes de 2030. En particular el objetivo 12 con vistas a garantizar modelos sostenibles de consumo y producción y la Alianza del G-7 sobre la eficiencia de los recursos. Posteriormente, analiza que un mejor diseño puede hacer que los productos sean más duraderos o más fáciles de reparar, actualizar o reelaborar. A tales efectos se centró en los futuros requisitos de diseño de productos en el marco de la Directiva sobre diseño ecológico. Hasta la fecha, dichos requisitos se han orientado hacia la eficiencia energética. La Comisión apoyará la reparabilidad, durabilidad y reciclabilidad en los requisitos de los productos en los próximos planes de trabajo por los que se aplique la Directiva sobre diseño ecológico; preparará un programa de ensayos independiente en el marco de Horizonte 2020 para detectar problemas relacionados con una posible obsolescencia programada; propondrá requisitos para desmontar, reutilizar y reciclar las pantallas electrónicas; propondrá la diferenciación de las contribuciones financieras abonadas por los productores en el régimen de responsabilidad ampliada del productor; propondrá recompensas para la reutilización a nivel nacional en la propuesta revisada sobre los residuos; adoptará medidas sobre la contratación pública ecológica (CPE); incluirá orientaciones sobre mejores prácticas en la gestión de los residuos y la eficiencia en el uso de los recursos sobre las mejores técnicas disponibles (BREF); ofrecerá orientaciones y promoverá las mejores prácticas en relación con los residuos mineros.

Además, la Comisión emprenderá las tareas de elaboración de las normas de calidad aplicables a las materias primas secundarias allí donde sean necesarias (en particular, respecto de los plásticos); adoptará medidas para facilitar el transporte legal de residuos entre los Estados miembros, junto con nuevas medidas encaminadas a reducir el número de traslados ilegales; revisará la normativa europea relativa a los abonos; tomará medidas para facilitar la reutilización del agua; y efectuará análisis y propondrá opciones sobre la interfaz entre la legislación en materia de sustancias químicas, productos y residuos. Cuando los residuos no se puedan evitar ni reciclar, es preferible en la mayoría de los casos, tanto en términos ambientales como económicos, recuperar su contenido energético en lugar de eliminarlos en vertederos. A tal efecto, la Comisión adoptará una iniciativa sobre "producción de energía a partir de residuos" en el marco de la Unión de la Energía.

En estrecha cooperación con la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) y tras consultar a los Estados miembros, elaborará un marco de seguimiento para la economía circular. El programa de trabajo de Horizonte 2020 incluye una iniciativa importante sobre "Industria 2020 en la economía circular", con una dotación de más de 650 millones de euros. En la actualidad la utilización del plástico está creciendo, pero la eficiencia del reciclado se va quedando atrás. Se recicla menos del 25% de los residuos plásticos recogidos, y alrededor del 50% van al vertedero.

Por tanto, adoptará una estrategia sobre el plástico que abordará cuestiones como la reciclabilidad, la biodegradabilidad, la presencia de sustancias peligrosas en los plásticos y los desechos marinos; propondrá un objetivo más ambicioso para el reciclado de envases de plástico en la propuesta legislativa revisada sobre los residuos.

Junto con los Estados miembros la Comisión tomará medidas para clarificar la legislación europea relativa a los residuos, los alimentos y los piensos a fin de facilitar la redistribución de alimentos comestibles y seguros a las personas necesitadas. Y cuando resulte segura, la utilización de antiguos alimentos como recurso para la alimentación animal. De este modo se garantizará que esos alimentos no se consideren "residuos" en ningún lugar de la Unión y puedan, por tanto, utilizarse como recurso para producir piensos animales. Elaborará también, en cooperación con los Estados miembros y las partes interesadas, directrices relativas a la donación de alimentos en la Unión para donantes y bancos de alimentos, adoptará una serie de medidas para promover la recuperación de materias primas críticas, propondrá un Reglamento revisado sobre fertilizantes y un marco de seguimiento simple y eficaz para controlar los principales elementos del Plan de Acción.

Un año después de la adopción de su paquete de medidas sobre la economía circular, la Comisión presentó el 26 de enero de 2017 un Reporte de Implementación y un Anexo de Resumen de Acciones que marcan los progresos que se han logrado hasta el momento, así como las nuevas iniciativas que serán lanzadas en el corto plazo para avanzar hacia un modelo circular. En dicho reporte señala que el 30 de noviembre de 2016 la Comisión adoptó el Plan de Trabajo del Ecodiseño 2016-2019 como parte del Paquete de Energía Limpia para todos

los europeos que, entre otras cosas, se centra en la eficiencia de recursos más allá del ahorro energético. Introduce nuevos criterios como la durabilidad, reparabilidad y reciclaje. También se resumen las medidas existentes en ecodiseño y ecoetiquetas, sobre todo en dispositivos electrónicos y anunció una Guía para la Transición hacia una Economía Circular en referencia a las Mejores Técnicas Disponibles (MTD) para varios sectores industriales. Dentro de los residuos y materias primas secundarias, el desperdicio alimentario representa una de las grandes prioridades de la Comisión. Para avanzar en esta materia, se ha puesto en marcha el 1 de agosto de 2016 una Plataforma sobre la Prevención del Desperdicio Alimentario, donde se está trabajando en el desarrollo de una metodología europea para medir el desperdicio alimentario y en la definición de unas directrices para facilitar las donaciones de alimentos. En esta categoría también se han considerado los fertilizantes y se ha propuesto el dictado de un Reglamento que permita crear un mercado único para aquellos producidos a base de materias primas secundarias.

El nuevo Reglamento propuesto establece normas comunes sobre la conversión de biorresiduos en materias primas que pueden utilizarse para fabricar fertilizantes y define concretos requisitos de seguridad, calidad y etiquetado que deben cumplir todos los productos fertilizantes para ser objeto de libre comercio en toda la Unión. Lo novedoso es que el fabricante podrá, en función de su estrategia comercial y del tipo de producto, optar por colocarle el marcado, haciendo posible su libre comercio en el mercado interior conforme a normas europeas comunes, o venderlo con arreglo a normas nacionales basadas en el reconocimiento mutuo en el mercado único (GARCÍA GARCÍA, 2016, p. 8).

El paquete de medidas adoptado también incluyó una Propuesta de modificación de la Directiva 2011/65/EU sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos (Directiva RUSP). Las modificaciones propuestas facilitarán las operaciones del mercado de segunda mano (por ejemplo, la reventa) y la reparación de aparatos eléctricos y electrónicos. Se calcula que con esas medidas se evitará la generación de más de 3.000 toneladas de residuos peligrosos al año y se ahorrarán energía y materias primas. En cuanto a las acciones de prevención o reciclado de plásticos, la Comisión publicó el Plan de Trabajo para el Desarrollo de una Estrategia Europea sobre plásticos en el contexto de una economía circular. Fundamentalmente consiste en desvincular la producción de plásticos de las materias primas fósiles y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en el ciclo de vida de estos materiales; mejorar el impacto económico, la calidad, la utilización del reciclaje y reutilización de plásticos y reducir la deposición de residuos plásticos en el ambiente. Junto con este Reporte, la Comisión anunció que lanzará dos nuevas plataformas: la plataforma europea de financiación de economía circular, coordinada por la Comisión Europea y el Banco Europeo de Inversión, la cual ofrece el apoyo a los proyectos de economía circular y la plataforma europea de grupos de interés en economía circular, que se estructurará en base a tres pilares principales: compartir mejores prácticas, intercambio de información entre los principales grupos de interés y diálogo institucional. La

Comisión Europea y el Comité Económico y Social Europeo lanzaron la plataforma de agentes europeos de la economía circular (#CEStakeholderEU) como una "red de redes" destinada a reforzar la cooperación entre las redes de agentes y a facilitar el intercambio de experiencias y de prácticas recomendadas sobre la economía circular. El 31 de mayo de 2017, BusinessEurope lanzó la plataforma de la industria de la economía circular europea (European Circular Economy Industry Platform, www.circulary.eu) para exponer la labor de las pequeñas y medianas empresas y de la industria en favor de la economía circular. Otro ejemplo es la plataforma de contratación sostenible (Sustainable Procurement Platform) gestionada por International Council for Local Environmental Initiatives —ICLEI— Gobiernos Locales por la Sustentabilidad. Proporciona noticias, casos prácticos, información sobre próximos eventos, orientación y otros datos sobre la contratación sostenible en todo el mundo.[8]

Sin embargo, el programa Horizonte 2020 ha dedicado una de sus convocatorias llamada Industria 2020 en la Economía Circular a la financiación de proyectos innovadores de economía circular y competitividad industrial. Además, se comprometió, para el 2018, a seguir cumpliendo lo previsto en el plan de acción, entre otras cosas presentando una estrategia sobre los plásticos, un marco de seguimiento para la economía circular y una propuesta dirigida a fomentar la reutilización del agua (COMISIÓN EUROPEA, 2017).

Juntamente con este informe, la Comisión presentó una nueva Comunicación sobre la transformación de los residuos en energía y su lugar en la economía circular, más allá de la incineración de residuos. El objetivo principal consiste en garantizar que la recuperación de la energía procedente de residuos cumpla con los objetivos del Plan de Acción de la Economía Circular. A este respecto, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) emitió un Dictamen sobre el contenido de la Comunicación de la Comisión al Parlamento titulada *El papel de la transformación de los residuos en energía*. Para el Comité, la transición hacia la ansiada economía circular se ve muchas veces dificultada por la creación de obstáculos y barreras, agravada por las continuas subvenciones injustificadas que reciben en el sector de los combustibles fósiles. Todo ello debe acompañarse por un tratamiento y una gestión adecuadas, lo que supone un abandono progresivo de la incineración de residuos y a cambio utilizar un método alternativo. En este tema en concreto, será esencial, puntualiza, el desarrollo de políticas de disuasión, en un caso, e incentivación en otro como la introducción de impuestos; la eliminación progresiva de los regímenes de ayuda; o una moratoria sobre las nuevas instalaciones y el desmantelamiento de las antiguas (COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, 2017).

Por su parte, el Comité Europeo de las Regiones (CoR), el 30 de noviembre de 2017, ha adoptado el Dictamen, "El papel de la transformación de los residuos en energía en la

8 Para más información, véase: "Sostener el impulso de la transición a la economía circular". *Revista Medio Ambiente para los Europeos*, n. 64, nov. 2017, p. 10.

economía circular". Si bien el texto defiende que la valorización energética desempeña un rol importante en el desarrollo de una economía circular, los líderes locales recuerdan que la jerarquía de residuos debe ser el principio rector en la gestión de los residuos. En la cima de la jerarquía está la prevención de residuos, seguida por la reutilización de productos, el reciclaje, la valorización energética y el vertido como el escenario menos óptimo. Las ciudades y regiones recomiendan a los Estados con poca o ninguna capacidad de incineración no desarrollar la recuperación de energía a menos que sea bajo una planificación muy cuidadosa, y priorizar en su lugar programas de recolección selectiva y reciclaje. Las regiones y ciudades europeas reiteran la necesidad de crear mercados estables para los productos y materiales basados en materias primas secundarias. Igualmente, los miembros del Comité apoyan los traslados de residuos entre Estados miembros para fines de recuperación de energía si ello evita o reduce el vertido o ayuda a hacer un mejor uso de las instalaciones existentes (COMITÉ EUROPEO DE LAS REGIONES, 2017).

El estudio "Situación y potencial de valorización energética directa de residuos. Estudio Técnico PER —Plan Estatal de Residuos— 2011-2020" realizado en 2011 por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energía (IDAE) concluye que aun contando con elevadas tasas de reciclado y tratando buena parte de la fracción orgánica mediante compostaje seguiría existiendo un resto importante cuyo destino, hoy por hoy, no podría ser otro que su eliminación en vertedero o el tratamiento térmico. La propia Organización Mundial de la Salud, en un informe titulado "Las dioxinas y sus efectos en la salud humana", afirma que, dado que la combustión es incompleta, la incineración descontrolada de desechos (sólidos y hospitalarios) suele ser la causa más grave de la liberación de dioxinas al ambiente, pero que existe tecnología que permite la incineración controlada de desechos con bajas emisiones. En el pasado, las plantas de incineración constituían una fuente importante de emisiones de dioxinas ya que carecían de filtros, pero puede afirmarse que esta realidad ha cambiado. Por eso una parte de la doctrina prefiere hablar de termovalorización, lo que implica, al menos en la Unión Europea, que los procesos cumplen con estrictas normas de emisiones y de eficiencia energética (REAL FERRER, 2016, p. 80-84).

El 31 de octubre de 2017, la organización Zero Waste Europe publicó un nuevo informe intitulado *"Deliver or pay", or how waste incineration causes recycling to slow down,* en el que advierte contra la prohibición del vertido y aboga por el uso de instrumentos más efectivos para reducir los residuos y avanzar hacia una economía circular. El documento sostiene que la mayoría de los territorios que han prohibido el uso de vertederos han visto multiplicarse en exceso las plantas de producción de energía a partir de residuos. Continúa analizando que, en los siete países europeos donde se ha establecido la prohibición del vertido, el resultado ha sido que se desvíen más residuos hacia la incineración que hacia el reciclaje, siendo el caso de Países Bajos y Alemania. En Austria y Noruega, el reciclado incluso ha disminuido y en Dinamarca, la prohibición del vertido ha supuesto un aumento de la incineración acompañada de un incremento de la generación de residuos del 37,5%. El texto también destaca que una política de vertido

cero que no mira hacia la reutilización y la reducción de residuos, permite a los países continuar con una economía lineal, aumentando la generación de residuos en la medida en que estos se puedan quemar o reciclar. En el citado informe se comparan dos casos diferentes: el de Copenhague (Dinamarca), donde existe una política de vertido cero, y el de la provincia de Treviso (Italia), con "una estrategia de cero residuos real". La capital danesa tiene casi seis veces más residuos que Treviso, donde no existe la prohibición del vertido, pero sí una política de cero residuos para todo tipo de desechos. Con el objetivo de avanzar hacia una economía circular, esta organización recomienda adoptar medidas que considera más eficaces que la prohibición del vertido para favorecer la prevención, la preparación para la reutilización y el reciclaje (ZERO WASTE EUROPE, 2017).

Recientemente, en enero de 2018, la Comisión Europea publicó una Comunicación que recogía la estrategia sobre plásticos, acompañada de un marco de seguimiento de la economía circular y un documento de trabajo. La estrategia sobre plásticos busca proteger el medio ambiente, fomentar el crecimiento y la innovación y se estima que crearán empleos y nuevas oportunidades de inversión. Bajo los nuevos planes, todos los envases de plásticos en el mercado de la Unión serán reciclables en 2030, se reducirá el consumo de plásticos de un solo uso y se limitará el uso de microplásticos. Con esta nueva estrategia, la Unión Europea quiere convertir el reciclaje en un negocio rentable, reducir los residuos de plástico, evitar la basura en el mar, impulsar la inversión e innovación y promover un cambio global. En el marco de dicha estrategia, la Comisión Europea propuso nuevas normas para los diez productos plásticos de un solo uso más comunes en las playas y mares de Europa. En caso de aprobarse, las nuevas normas introducirán la prohibición del plástico en determinados productos, la reducción del consumo, obligaciones de los productores, objetivos de recogida, requisitos de etiquetado y medidas de sensibilización.

Por su parte, el marco de seguimiento de la Comisión es una herramienta clave para medir el progreso y cubrir las diferentes fases de la economía circular tanto en la Unión como en los Estados miembros. Su objetivo consiste en mostrar si las iniciativas políticas existentes son eficaces para la obtención de los resultados esperados y la identificación de las áreas donde se necesita insistir más. El marco se estructura en cuatro grandes áreas: producción y consumo (se centra en la autosuficiencia de materias primas, la contratación pública verde, la generación de residuos y el desperdicio alimentario), gestión de residuos (se centra en la proporción de residuos que se reciclan en relación con el conjunto de la economía), materias primas secundarias (mide la contribución de los materiales reciclados a la demanda de materias primas y su comercio) y competitividad e innovación (inversiones privadas, el empleo y el valor agregado, así como las patentes relacionadas con los sectores de la economía circular). A modo de síntesis se puede destacar que la generación de residuos urbanos per cápita en la Unión se redujo un 8% entre 2006 y 2016. No obstante, se observan grandes variaciones ya que la generación de residuos urbanos continúa aumentando en varios Estados miembros.

La reducción de los residuos alimentarios ofrece un enorme potencial de ahorro. Se producen residuos alimentarios a lo largo de toda la cadena de valor, en consecuencia, tales residuos son especialmente difíciles de cuantificar. Según las primeras estimaciones los residuos alimentarios se redujeron de 81 a 76 millones de toneladas (es decir, en torno a un 7%) entre 2012 y 2014, lo que equivale a una disminución de 161 a 149 kg per cápita. Entre 2008 y 2016, las tasas de reciclaje de los residuos urbanos aumentaron de un 37% a un 46%. Cinco Estados miembros reciclan más de la mitad de sus residuos urbanos, mientras que otros países se van acercando al objetivo de reciclaje del 65% para 2030 propuesto por la Comisión, pero cinco Estados miembros se encuentran todavía por debajo del 25%. Entre 2008 y 2015, también aumentaron las tasas de reciclaje de los residuos de envases, de un 62% a un 66%. En el caso de los envases de plástico, la tasa media de reciclaje es considerablemente inferior (el 40%), a pesar de las mejoras en los últimos años. En 2016, el reciclaje de biorresiduos urbanos era de 79 kg per cápita, esto es, un incremento del 23% con respecto a 2007. En cuanto al reciclaje de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), los datos muestran que el nivel de recogida y reciclaje varía considerablemente entre los Estados miembros y que hay un gran potencial para la mejora de la eficiencia en el uso de los recursos y la reducción de la recogida, el tratamiento y el traslado ilegal. En 2015, tan solo cuatro Estados miembros reciclaron más de la mitad de los aparatos eléctricos y electrónicos comercializados. Por último, en cuanto a los residuos de la construcción y la demolición, veinte Estados miembros han informado que ya han alcanzado el objetivo de valorización del 70% establecido para 2020. Sin embargo, cabe señalar que el objetivo incluye la operación del relleno, una práctica que no conlleva el mantenimiento del valor de los materiales en la economía y que, por lo tanto, no contribuye a una economía circular.

Con respecto a las materias primas secundarias, la contribución de los materiales reciclados a la satisfacción de la demanda de materias primas es aún pequeña o incluso insignificante. Ello puede deberse a que su reciclaje no resulta rentable, a que no se dispone de la tecnología para reciclarlos o a que los materiales están incorporados en productos que se mantienen en uso durante un largo tiempo (por ejemplo, las tierras raras que se usan en las turbinas eólicas). Por otra parte, el indicador sobre el comercio de residuos reciclables pone de manifiesto que la Unión es un exportador neto de varios de los principales flujos de residuos reciclables, como plásticos, papel y cartón, hierro y acero, cobre, aluminio y níquel. Su comercio en el seno de la Unión aumentó considerablemente entre 2004 y 2016, lo que ha permitido a los agentes económicos cosechar los beneficios del mercado interior de materias primas secundarias (COMISIÓN EUROPEA, 2018, p. 8-12).

A nivel de las ciudades de los Estados Miembros de la Unión, en septiembre del año 2015 el Ayuntamiento de París realizó una petición denominada "Llamamiento a las ciudades a favor de la Economía Circular" con la finalidad de promover modelos basados en la economía circular entre las entidades locales. Es que, conforme los datos de Naciones Unidas, el 70% de la población del planeta vivirá en las ciudades para el 2050. Los municipios de Ámsterdam,

Bruselas, Copenhague, Lisboa, Londres, Milán y Roma ya la han firmado y en concreto se comprometieron a reducir los impactos ambientales y a desarrollar políticas a favor de la economía circular mediante acciones tendientes al vertido cero, el reciclaje (especialmente de biorresiduos), la reducción de los desechos (especialmente de alimentos), el ecodiseño, preparación para la reutilización y el reciclaje. Siguiendo este modelo, el 15 de marzo del 2017 diferentes localidades firmaron la "Declaración de Sevilla: el compromiso de las ciudades por la Economía Circular" que, con el objetivo de establecer un modelo de desarrollo sostenible, inclusivo y resiliente, propone reducir el consumo de los recursos naturales e impulsar el reciclaje y la reutilización. Además de Sevilla, han mostrado su apoyo municipios tales como Córdoba, Granada, Jaén, Vigo, Toledo, Tarragona, Logroño, Badajoz, Coslada, Fuenlabrada, Bustarviejo, Gavá o Granollers. Y ya son diversas las ciudades que están generando iniciativas exitosas. Liderando este cambio se identifica a la ciudad inglesa de Peterborough, al norte de Londres, que ha puesto en marcha una ambiciosa e innovadora estrategia de economía circular, con la que pretende gestionar de forma eficiente sus numerosos recursos para que esta ciudad funcione como un organismo vivo. Plantea siete pasos para cerrar el círculo (las 7 R)*:* repensar la manera en la que se gastan recursos, rediseñar los productos para que puedan desmontarse, reutilizar los artículos (economía colaborativa), reparar (la obsolescencia programada es uno de los grandes enemigos de la economía circular), remanufacturar, reciclar y recuperar. Y espera convertirse en la primera ciudad 100% circular del Reino Unido (FRESNEDA, 2017).

3.2 Normativa nacional

3.2.1 España

La Fundación Cotec publicó, el 10 de febrero de 2017, el primer informe sobre economía circular en España. El documento, realizado con la colaboración de la Cátedra Unesco de Sostenibilidad de la Universidad Politécnica de Catalunya (UPC), la Asociación Internacional Reciclar Ciudad (RECNET) y la Asociación para la Sostenibilidad y el Progreso de las Sociedades (ASYPS), ofrece un completo análisis académico de la situación. El informe resalta que España está centrando la mayoría de los esfuerzos en un aspecto de la economía circular, en la política de residuos. No solo en lo referente a gestión, sino también hace hincapié en la reparabilidad de los productos y la lucha contra la obsolescencia programada, así como la conversión de los residuos en recursos. El Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos (PEMAR) 2016-2022 tiene el objetivo final de convertirlo en una sociedad eficiente en el uso de los recursos, que avance hacia una economía circular, lo cual se ve reflejado en la aplicación del principio de jerarquía de residuos establecido en la normativa comunitaria. También destaca la Estrategia española de Bioeconomía Horizonte 2030, la que incorpora como sectores objeto de atención al agroalimentario, el de los bioproductos industriales, el de la bioenergía obtenida de la biomasa o el de los servicios asociados a los entornos rurales. Sin embargo, aún

quedan por desarrollar programas o acciones para reducir el desperdicio de alimentos, quizás en espera del desarrollo de normativa y metodología común de la Unión al respecto (FUNDACIÓN COTEC, 2017).

En línea con el impulso europeo hacia la economía circular, los Ministerios de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, y de Economía, Industria y Competitividad, por un lado, y el comisario europeo de Medio Ambiente, por el otro, firmaron, el 18 de septiembre de 2017, el "Pacto por una economía circular: el compromiso de los agentes económicos y sociales 2018-2020", que junto a las 53 entidades que se han adherido busca impulsar la transición hacia una economía circular, baja en emisiones. En el acto de firma de este la ministra de agricultura explicó que el Gobierno prepara una estrategia para la economía circular que se abrirá a la participación pública y espera pueda implantarse en 2018. Esta estrategia, según precisó, estará orientada con el Paquete de Acción de Economía Circular que presentó la Unión Europea (explicada en el punto 4.1). De esta manera, tanto España como la Unión Europea se comprometieron a impulsar la transición a una economía circular mediante un conjunto de acciones concretas. Entre ellas se puede mencionar reducir el uso de los recursos naturales no renovables, reutilizando los residuos como materias primas secundarias; impulsar el análisis del ciclo de vida de los productos y la incorporación de criterios de ecodiseño; la aplicación efectiva del principio de jerarquía de los residuos; incrementar las formas innovadoras de consumo sostenible y los servicios digitales; promover el uso de la ecoetiqueta y difundir la importancia de avanzar desde la economía lineal hacia una economía circular.[9] En cuanto a las comunidades autónomas españolas, si bien todas presentan planes y programas de residuos, únicamente encontramos en el País Vasco o Euskadi, Cataluña y recientemente en Castilla-La Mancha una estrategia propiamente dicha en materia de Economía Circular. De igual forma, es importante citar la Ley Andaluza de Bioeconomía, que trata uno de los principales aspectos descritos en el paquete de Economía Circular de la Unión.

El Consejo de Ministros aprobó, el 18 de mayo de 2018, a propuesta del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente (Mapama), el Real Decreto sobre reducción del consumo de bolsas de plástico. Crea el Registro de Productores, con el objetivo de reducir el consumo de bolsas de plástico ligeras y crear un registro para obtener información sobre las bolsas de plástico puestas en el mercado en el país. En virtud de este Real Decreto, a partir del 1 de julio de 2018, se deben cobrar todas las bolsas, a excepción de las muy ligeras que se suministran como envase primario para alimentos a granel y las bolsas gruesas que tengan un porcentaje de plástico reciclado igual o superior al 70%, para fomentar

9 Para más información: ESPAÑA. "Pacto por una economía circular: El compromiso de los agentes económicos y sociales 2018-2020". Madrid. 18 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/170911pacto_ec_def_tcm7-466435.pdf>. Acceso en: 18 dic. 2017.

el uso de plástico reciclado. Además, desde el 1 de enero de 2021 se prohíben las bolsas de plástico ligeras y muy ligeras y las gruesas deberán contener al menos un 50% de plástico reciclado, para promover el uso de plástico reciclado. Asimismo, prevé la realización de campañas de sensibilización, que informen sobre el contenedor en el que deben depositarse los residuos de las bolsas de plástico, compostables y no compostables y sobre los efectos nocivos que supone el abandono de los plásticos en el ambiente. Este Real Decreto supone el primer paso de la futura hoja de ruta para los plásticos en España, la que tendrá por objeto evitar su abandono, reducir la generación de residuos de plástico, aumentar la tasa de reciclaje y su reutilización y fomentar la generación de plástico reciclado de calidad. Otro de los grandes retos del Ministerio es el cumplimiento de los objetivos de reciclado para los residuos municipales, por ello, y tras abordarlo con las administraciones autonómicas y locales, el 18 de mayo salió a información pública una modificación puntual de la Ley de Residuos, por la que se establece la obligación de recoger en los municipios de más de 5.000 habitantes de forma separada, la fracción orgánica de los residuos municipales antes del 31 de diciembre de 2020 (FUNDACIÓN PARA LA ECONOMÍA CIRCULAR, 2018).

3.2.1.1 Comunidades Autónomas Españolas

a) Castilla-La Mancha

Los incendios en el vertedero ilegal de neumáticos de Seseña (Toledo) y en la planta de reciclaje industrial de Chiloeches (Guadalajara) marcaron un punto de inflexión en la política de gestión de residuos del Gobierno de Castilla-La Mancha. Estos hechos dieron lugar a la redacción de una nueva Ley de Economía Circular cuyo borrador está prácticamente terminado y a la espera de aportes cuando pase a información pública. Con ello, la comunidad autónoma se convertirá en pionera de este tipo de economía, interrelacionada con la sostenibilidad. En Castilla-La Mancha no hay precedentes, la normativa es novedosa, en más, es pionera en el Estado español siendo la primera comunidad que aborda su regulación con rango de ley. Trata de llevar al ordenamiento jurídico los principios de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo "Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular".

La nueva ley pretende así incluir los principios de la economía circular en el sistema productivo de la región, y dar soluciones a problemas como la gestión de los recursos naturales (agua, suelo, servicios ecosistémicos, diversidad biológica o energía), el proceso de producción, el consumo —aquí entraría en juego la economía colaborativa— y la gestión de residuos. Este último punto es uno de los más importantes porque en el mismo se introduce el mercado de materias primas, plásticos, residuos de alimentos, residuos de construcción y demolición, biomasa y biomateriales. En la nueva normativa se establecen multas, fianzas o "fiscalidad ambiental", que se aplicarán a empresas y particulares contaminantes y que ya se contemplan en el Plan Regional de Gestión de Residuos. Se puede recaudar hasta 15 millones

de euros en multas y fianzas a empresas contaminantes, que serán una "tasa verde" para realizar políticas ambientales. Además, al hilo de esta normativa, el Gobierno castellanomanchego quiere minimizar los riesgos para la salud humana y el ambiente, impulsar la competitividad y el crecimiento económico, crear empleo, favorecer el desarrollo sostenible y servir para la lucha contra el cambio climático, la promoción de la economía hipocarbónica. Precisamente, también prepara un programa de promoción para el desarrollo de una economía rural hipocarbónica, que forma parte de las medidas establecidas en el Plan de Desarrollo Rural 2014-2020 y en la Estrategia Regional frente al Cambio Climático. Junto con todo ello, la idea es "desmaterializar la economía", desvinculando el crecimiento económico del consumo de recursos. En cuanto a residuos, la Ley de Economía Circular busca la convergencia hacia el "mínimo vertido", eliminando progresivamente el depósito controlado de residuos (AVILÉS POZO, 2017).

b) Cataluña

La Estrategia de Impulso a la Economía Verde y a la Economía Circular aprobada por el ACUERDO GOV/73/2015, de 26 de mayo de 2015, en Cataluña promueve la sostenibilidad como eje estratégico para alcanzar la recuperación económica, mejorar la competitividad, crear empleo y reducir los riesgos ambientales. Este objetivo y actuación ejecutiva responden a los diferentes mandatos y recomendaciones internacionales relativas a la necesidad de impulsar un modelo de economía verde y circular para alcanzar un crecimiento económico sostenible a lo largo del tiempo, basado en la innovación y la competitividad. Esta necesidad se identifica en primer lugar en el "Informe sobre la economía verde", publicado en 2011 por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la suscribe la comunidad internacional en la Conferencia de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible de Río+20 (2012). El Consejo Europeo, por su parte, adoptó en 2010 la "Estrategia Europa 2020" (E2020), en la cual la economía verde se plantea como la política que ha de ayudar a alcanzar un nivel económico óptimo, mediante el impulso de la competitividad, la productividad y el crecimiento. En coherencia, el Gobierno catalán aprobó en sesión de 10 de abril de 2012 el documento de base de la "Estrategia Cataluña 2020", donde se identifica la economía verde como uno de los ámbitos prioritarios para mejorar la competitividad y la ocupación. Esta Estrategia es, por lo tanto, una herramienta que contextualiza el concepto de economía verde y circular en Cataluña y, a la vez, se convierte en una hoja de ruta de carácter estratégico que establece las líneas de trabajo a desarrollar a medio plazo para impulsar este modelo económico en España. Entre sus objetivos se destacan: alinear la estrategia del Gobierno en materia de competitividad de acuerdo con las líneas de crecimiento inteligente, sostenible e integrador que postula la Unión; comunicar los esfuerzos que en materia de economía verde y circular está desarrollando el Gobierno local; incrementar la capacidad de transformación hacia una economía verde y circular. En cuanto a los ámbitos claves que impulsa la normativa, se identifican: la generación de demanda y creación de mercados, mejorar

el acceso a la financiación, promover la innovación y desarrollo, impulsar la internacionalización y fomentar el empleo.[10]

c) País Vasco o Euskadi

Euskadi cuenta con una importante gama de instrumentos que facilitan la transición hacia la economía circular, como la compra y contratación pública verde, la tracción ambiental sobre cadena de suministro a través del *Basque Ecodesign Center*, el desarrollo de estándares técnicos y ambientales, las autorizaciones y licencias ambientales y las inspecciones administrativas. Esta batería de instrumentos apoya a las empresas que se deciden por negocios circulares e incluyen ayudas a proyectos de ecoinnovación, proyectos demostración, subvenciones y también deducciones fiscales del impuesto de sociedades por inversión en tecnologías limpias. En este marco, *Ihobe* -Sociedad Pública de Gestión Ambiental del País Vasco puso en marcha en 2014 la Iniciativa de "Proyectos Demostración en Economía Circular" en línea con las actuaciones previstas en el "Plan de Prevención y Gestión de Residuos 2020" y en el Proyecto clave "Fabricación Verde" del Programa Marco Ambiental 2020, iniciativa que se repitió durante los ejercicios 2015 y 2016. El 1 de febrero, Ihobe publicó el informe con los resultados de las tres convocatorias (2014-2015-2016) y destacó que se han apoyado 36 proyectos de diferentes características. En síntesis, los proyectos seleccionados prevén obtener, en caso de éxito, un potencial de ahorro de materiales de 276.000 toneladas de materiales/año, 38,7 mil millones de euros al año de facturación y la creación de 156 nuevos empleos (SOCIEDAD PÚBLICA DE GESTIÓN AMBIENTAL, 2017, p. 9-14).

3.2.2 Alemania

Dentro de la Unión Europea, Alemania lidera la aplicación de políticas en materia de reciclaje de residuos acorde con una conciencia ambiental que se ha formado en las últimas décadas.

A partir de la década del 1970 entró en vigor una ley para la separación de la basura, pero fue recién en 1994 cuando se decidió implementar un sistema unitario para todo el país, con la aplicación de la Ley de Economía Circular y Residuos, la cual permitió especificar las reglas para cada uno de los *Länder*. Esto dio como resultado las diferencias que hoy existen entre diversas regiones alemanas. Hay zonas donde la gente puede arrojar el papel a la basura doméstica, pero en otras deben llevarse a puntos centrales, donde son recogidos por separado. Con dicha ley también se creó un sistema de reciclaje que exige mayor responsabilidad, no solo de los consumidores, sino también de los productores. El *Duales System Deutschland,* o el Sistema Dual Alemán, empieza en el hogar, por eso, los consumidores deben

10 El programa se puede consultar en: ESPAÑA. Govern de la Generalitat de Catalunya "Impuls a l'Economia Verda I a l'Economia Circular". *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6881, 28 de mayo de 2015 CVE-DOGC-A-15146102-2015.

seleccionar los residuos, empacarlos y depositarlos en el lugar que les corresponde. Al frente de cada edificación y en distintos puntos de la ciudad hay diferentes contenedores demarcados para depositar el papel, el vidrio, los bio residuos (residuos orgánicos) y lo demás que no se puede reutilizar va al tonel *Restmüll*. En los supermercados, los productos empacados en embalajes de plástico, aluminio o metal (cajas de leche o latas de conservas) llevan impreso un sello verde, lo que indica que tanto la industria como el ciudadano pagan un valor extra para que ese empaque sea transportado, tratado y finalmente pueda reutilizarse. Los residuos plásticos van en un contenedor amarillo, los de papel, en un contenedor azul, los de vidrio: verde, el marrón corresponde a los residuos orgánicos y negro el *Restmüll* (los colores y número de contenedores varía en algunas ciudades) y el carro recolector los recoge cada dos semanas. Gracias a la separación de los residuos, los alemanes han logrado que en el país se recicle actualmente el 60% de la basura doméstica. Según estadísticas oficiales, suma 452 kg por habitante y por año, aproximadamente 1,6 kg por día. De esa forma, el volumen de desechos que todavía llega a los vertederos o a las plantas de incineración es mucho menor.[11]

3.2.3 China

En las dos últimas décadas China ha sido uno de los países del mundo con mayor crecimiento económico, lo que la ha convertido en una de las mayores potencias económicas del mundo. Sin embargo, su relativo nuevo estatus económico también conlleva una serie de problemas, a saber, 16 de las 20 ciudades más contaminadas del mundo se encuentran en China, el 70% de su sistema hidrológico está contaminado y es ya el primer país en emisiones de dióxido de carbono. Además la contaminación producida ya ha traspasado fronteras mediante lluvias ácidas que afectaron a Corea y Japón. Con todo ello en mente, las autoridades ambientales chinas, inspiradas en las Leyes de Economía de Reciclaje japonesas y alemanas, crearon el concepto de economía circular, implementando los principios de "reducción, reutilización y reciclaje" en todas las fases de producción, distribución y consumo. Entonces, tanto el gobierno, las empresas estatales como privadas, así como los consumidores, tienen un papel en el proceso de conseguir una economía circular sostenible en China.

Dentro de esta estrategia hay tres niveles básicos de acción. En el nivel de la empresa individual, los gerentes deben buscar la eficiencia a través de los tres principios básicos, reduciendo el consumo de recursos y emisiones contaminantes y de residuos, reutilizando los recursos y reciclando los subproductos. En el segundo nivel, dentro de los parques eco-industriales e industrias en grupo, es necesario reutilizar y reciclar los recursos, de tal manera que circulen totalmente dentro del sistema de producción local. Finalmente, en el tercer nivel, se deben

11 Todos estos datos se pueden constatar en "Alemania: ¿insuperable en la separación de basura?". *DW-WORLD*. Disponible en: <http://www.dw.com/es/alemania-insuperable-en-la-separaci%C3%B3n-de-basura/a-3636623>. Acceso en: 17 dic. 2017.

integrar los diferentes sistemas de producción y consumo en las diferentes regiones chinas, pudiendo de esa manera circular los recursos entre las industrias y los sistemas urbanos. Este nivel requiere el desarrollo municipal o regional de sistemas de recolección, almacenaje, procesado y distribución para cada producto. Asimismo, el desarrollo adecuado de los tres niveles exige empresas de producción más limpias, y facilidades públicas para poder realizar el concepto de economía circular. Por todo ello, en agosto de 2007, un proyecto de ley de "economía circular" se sometió para la deliberación al Comité Permanente del Congreso Nacional Popular, el órgano legislador supremo de China, con intención que entrara en vigor en enero de 2008. Este proyecto de ley pretendía dotar de un marco legislativo a la estrategia de economía circular. Ello no fue posible, por lo que en agosto del año 2008 se volvió a someter para deliberación, quedando finalmente aprobado tras la tercera audiencia y entró en vigor en enero del 2009. Con la aprobación de esta ley se refuerzan y amplían los principios básicos de "reducir, reutilizar y reciclar" ya puestos de manifiesto en leyes ambientales chinas anteriores, como la Ley de Conservación de Energía, la Ley de Aguas o la Ley de Producción Limpia. Pero, a diferencia de estas leyes, la Ley de Economía Circular se centra exclusivamente en estos principios, dotándoles por primera vez de una definición detallada y desarrollándolos uno a uno.

La ley se divide en siete capítulos, los dos primeros se centran en los Principios Generales y en las Reglas de Administración Básicas, desarrollando en los Capítulos III y IV los principios básicos, y dejando para los Capítulos V y VI las medidas incentivas y las responsabilidades legales. El artículo 2 de la ley define el término de economía circular como la que adopta los principios de reducción, reutilización y reciclaje en los procesos de producción, circulación y consumo, y más detallada en el mismo artículo los siguientes términos:

a) reducción como la reducción del consumo de recursos y la producción de desechos en los procesos de producción, circulación y consumo;

b) reutilización como usar desechos como productos directamente, después de reparaciones, renovaciones o reproducciones, o usando parte o todos los desechos como componentes de otros productos; y, por último,

c) reciclaje como usar desechos como materias primas directamente o después de regenerarlas.

El desarrollo de esta economía circular tendrá que ser propulsado por el gobierno, llevado a cabo por el mercado y las empresas con la participación de la población (artículo 3), y los planes de desarrollo industriales, económicos y sociales a nivel nacional, regional y local deberán incluir preceptos de economía circular (artículo 6). Los gobiernos regionales asignarán metas de acuerdo con esta ley a los departamentos dependientes, de manera que cumplan con sus responsabilidades bajo la ley (artículo 8). Por otra parte, las empresas e instituciones

públicas establecerán sistemas de administración y tomarán medidas para reducir el consumo de recursos, reducir la producción y el vertido de desechos y mejorar la reutilización y reciclaje de éstos (artículo 9). Con todo ello se pretende promover el desarrollo de la economía circular, mejorar la eficacia del uso de los recursos, proteger y mejorar el ambiente y realizar un desarrollo sostenible (artículo 1).

El Capítulo II, dedicado a la administración de esta economía circular, especifica con mayor detalle cómo deben ser los planes de desarrollo de esta ley, debiendo contener objetivos, ámbito de aplicación, contenido principal, tareas a desarrollar y medidas de salvaguarda para alcanzar una economía circular (artículo 12). El artículo 15 introduce un precepto muy importante, ya que las autoridades chinas desarrollarán, de acuerdo con este artículo, un Catálogo de Productos y Envases sujetos a reciclaje obligatorio. Los productores de dichos productos serán responsables de reciclar los productos y envases ya utilizados, y si el reciclaje es imposible técnica o económicamente, estarán obligados a transformarlos en materia no dañina para el ambiente. Para ello, los productores podrán delegar contractualmente estas responsabilidades a sus distribuidores u otras organizaciones (presumiblemente empresas de reciclaje), aunque la ley no aclara si en estas circunstancias el productor será el responsable primario en caso de que el reciclaje no se produzca. También es destacable que las industrias de alto consumo de energía y agua serán reguladas en cuanto a la conservación de energía por la Ley de Conservación de Energía y en cuanto a la conservación de agua supervisadas por el departamento administrativo de economía circular y otros departamentos bajo el Consejo de Estado (artículo 16). Cabe hacer referencia en este capítulo a la introducción, por primera vez (y que luego se repite a lo largo de toda la ley), del Departamento de Desarrollo de Economía Circular bajo el Consejo de Estado.

Los Capítulos III y IV analizan con más profundidad los tres principios básicos de reducción, reutilización y reciclaje. El Capítulo III establece en su artículo 18 otro catálogo, esta vez para técnicas, equipo, materiales y productos fomentados, restringidos o eliminados. Los productos o materiales que entren en este último apartado no podrán ser producidos, importados o vendidos, así como tampoco se permitirá usarlos. Las fábricas y empresas deben, en lo posible, hacer un uso reducido del agua y el petróleo, y el uso de agua reciclada será especialmente fomentado. Las áreas con las condiciones para usar agua reciclada tendrán restringido o prohibido el uso de agua corriente para limpieza de vías urbanas, plantación agrícola o paisajismo (artículo 27). Por otra parte, el Capítulo IV hace referencia a los conceptos de reutilización y reciclaje. Todas las empresas e industrias (tanto de construcción como agrícolas) deberán hacer un uso total de sus desechos (incluyendo agua y desechos térmicos) de manera que establezcan sistemas de reutilización y reciclaje en la medida de lo posible. Más concretamente, se establecerá un sistema de intercambio de información sobre desechos industriales, de manera que los desechos que no puedan ser reutilizados por la empresa productora puedan ser ofrecidos a otras que tengan las condiciones para hacer un uso total de ellos (artículo 36), fomentándose así un mercado colaborativo de salida e intercambio de desechos

de todo tipo (artículo 37). Cabe mencionar que ambos capítulos establecen los requisitos que cada una de las industrias debe tener en cuenta para cumplir la ley.

Finalmente, los Capítulos V y VI determinan los incentivos para fomentar el desarrollo de la economía circular y las responsabilidades legales derivadas del incumplimiento de la ley. Los incentivos que se contemplan en la ley son, entre otros: fondos para fomentar el I+D; incentivos fiscales para promover el desarrollo y uso de las tecnologías y productos que favorecen la economía circular; prioridad a la hora de obtener créditos para proyectos que ahorren energía, agua, tierras y materiales; una política de precios que contribuya a la conservación y utilización razonable de los recursos; imposición de cuotas para el vertido de desechos. Sin embargo, como en la mayoría de las leyes chinas, estos incentivos no podrán ser operativos hasta que no sean desarrollados por los reglamentos de aplicación correspondientes. Por último, el Capítulo VI detalla las responsabilidades penales y multas que las diferentes industrias recibirán si no cumplen con las provisiones de la presente ley. La multa máxima por ello es de un millón de RMB,[12] la cual se podría aplicar cuando cualquier empresa o entidad intente importar cualquier equipo, material o producto designado como eliminado en el Catálogo de Técnicas, Equipo, Materiales y Productos Fomentados, Restringidos o Eliminados (ROCA JUNYENT, 2008).

Desde la entrada en vigor de la ley, la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma y el Ministerio de Protección Ambiental han promovido modelos de simbiosis industrial, como en la Zona Desarrollo Económico y Tecnológico de Rizhao. Se otorgaron exenciones fiscales a las empresas en el sector de la reutilización así como se promulgaron objetivos para las industrias del carbón, acero, electrónica, química y petroquímica. La economía circular se actualizó con una estrategia de desarrollo nacional en el XII Plan Quinquenal[13] (2011-2015). Los objetivos incluyeron reutilizar el 72% de los residuos sólidos industriales para 2015 y aumentar la productividad de los recursos en un 15%. El Nuevo Distrito de Suzhou constituye un ejemplo de iniciativas en parques de simbiosis industrial. Entre las prácticas circulares se destacan, por

12 El renminbi (abreviado RMB) es la moneda de curso legal de la República Popular China y es emitida por el Banco Popular Chino. El Yuan es la unidad básica del renminbi, nombre por el que también se conoce a la moneda. Los dos términos se refieren a la misma divisa. "Renminbi" es el nombre oficial de la divisa, se introdujo por el partido comunista de la República Popular de China en 1949 y su significado es "la moneda del pueblo". "Yuan" es el nombre que se da a la unidad de cuenta de la moneda renminbi, y se usa para indicar el precio de las cosas, se puede decir que algo cuesta 10 yuanes pero no que cuesta 10 renminbis. Por ejemplo, el término "libra esterlina" (Pound Sterling) se refiere al nombre de la divisa (como renminbi), pero se emplea el término "libra" (pound) para hablar de unidades monetarias (como yuan), entonces se dice que un artículo cuesta 30 libras, no 30 esterlinas.

13 Cada cinco años en la República Popular de China se renuevan los objetivos del país en el ámbito social y económico mediante la publicación de los denominados Planes Quinquenales, que establecen nuevos retos en el ámbito nacional e internacional como el eje directriz de desarrollo del país a corto plazo.

ejemplo, las placas de circuitos fabricadas a mano a partir de restos de cobre de otras industrias más pesadas. La administración del parque identificó el reciclaje y la recirculación de recursos metálicos como el oro y el cobre dentro de la cadena de suministro de tableros de circuitos impresos. Entre otros ejemplos se puede mencionar que un productor de caolín (un tipo de arcilla) convierte los residuos de la minería en insumos para la producción de ácido sulfúrico y materiales de construcción; un fabricante de papel toma residuos de amoníaco de una compañía química para utilizarlos en su proceso de desulfuración y se produce el reciclaje del agua industrial (MATHEWS; TAN, 2016, p. 440-443).

En sintonía, a finales de 2014, había construido 10,5 mil millones de m^2 de edificios de bajo consumo en zonas urbanas, aproximadamente el 38% de la superficie total de los edificios de viviendas urbanas. La producción de vehículos de nueva energía de China se incrementó 45 veces entre 2011 y 2015 (UNEP, 2016). Sin embargo, todos estos progresos resultaron insuficientes para transformar la economía del país que consume la mayor cantidad de recursos del mundo, pero que también produce la mayor cantidad de desechos. Por ello, en octubre de 2015 el Comité Central del Partido Comunista Chino, en quinta sesión plenaria, aprobó el XIII Plan Quinquenal (2016-2020), ampliando, detallando y cuantificando alguno de los objetivos ambientales. Desde el eje de desarrollo sostenible, lo destacable en lo que interesa a este trabajo radica en la apuesta de Xi Jinping por desarrollar una economía verde. Además, el mencionado Plan prevé, en la generación de energía renovable, la creación de más de 13 millones de empleos y una inversión de 2.500 millones de yuanes hasta el 2020. De los cuales mil se destinarán a proyectos de energía solar, 700 a eólica, 500 a hidroeléctrica y mareomotriz y 300 a geotermia. Cabe destacar que, al igual que los planes anteriores, el documento incluye la energía nuclear dentro de las energías renovables. China cuenta con 35 reactores de energía nuclear en operación, 21 están en construcción y se prevé incrementar la capacidad hasta llegar a 58 GW en 2020, 150 GW en 2030 (DUFOUR, 2017).

3.2.4 Uruguay

El 14 de junio de 2017, los diputados Diego Irazabal y Rodrigo Goñi presentaron ante la Cámara de Representantes un Proyecto de Ley sobre Economía Circular Sostenible, como parte de un conjunto de proyectos con el objeto de promover e impulsar la nueva economía. En la exposición de motivos fundamentan la necesidad de su dictado ya que el complejo problema de la generación de residuos requiere la sólida intervención del Estado a través de normas que promuevan y contribuyan a sostener el ciclo de la reducción, reutilización y reciclaje.

En el artículo 1 del citado proyecto se declara de interés general la fabricación de productos que incorporen materias primas recicladas en sus procesos y en el artículo 2 se crea el Programa Nacional de Economía Circular, con la finalidad de implementar acciones que permitan: a) desarrollar protocolos para la reducción de las cantidades de desperdicios y para la utilización de materias primas recicladas en la fabricación de nuevos productos; b) crear un sistema de certificación de economía circular para organizaciones públicas y privadas,

conceptos "basura cero" y regímenes de compras sustentables; c) certificar los procesos de fabricación de productos que incorporan, parcial y/o totalmente, materia prima reciclada; d) diseñar e implementar planes de capacitación y asistencia técnica; e) desarrollar líneas de investigación para la fabricación de productos innovadores elaborados con materia prima reciclada; f) desarrollar bases de datos para facilitar el análisis de ciclo de vida y alentar la creación; y g) el registro de sistemas territoriales de economía circular y certificar su complementariedad productiva. Dichos sistemas deberán registrarse colectivamente en el Programa Nacional de Economía Circular.

En virtud del artículo 3 se crea el Registro Único de Emprendimientos, previa certificación de procesos y por el artículo 4, un régimen de compras estatales que beneficiará a las unidades productivas y de comercio inscriptas en el Registro Único de Emprendimientos de Economía Circular. A este respecto, todas las administraciones públicas estatales deberán priorizar las compras de productos en cuyo proceso de fabricación se utilicen materias primas recicladas (artículo 5). También se prevén beneficios tarifarios a los emprendimientos productivos, industriales y comerciales que se radiquen en una misma fracción de terreno y desarrollen acciones complementarias de gestión, reutilización y reciclaje de residuos sólidos urbanos y rurales, y que operen bajo la lógica de parques industriales (artículo 6). Como forma de sensibilizar y generar los aprendizajes que aseguren la sostenibilidad futura, a través del proyecto, la Administración Nacional de Educación Pública deberá incorporar las nociones de reducción, reutilización y reciclaje en todos sus programas educativos (artículo 7). Finalmente se crea el Fondo Nacional para la Economía Circular con la finalidad de financiar planes de economía circular (artículo 9) y un Consejo Consultivo a los efectos de asesorar en el diseño y ejecución del Plan Estratégico del Programa Nacional de Economía Circular (artículo 10).[14]

3.2.5 Argentina

En Argentina recientemente comenzaron los debates en pos del paradigma circular y en reemplazo de la economía lineal. En todos los sectores se reconoce como indispensable la adopción de políticas que implementen el principio de la responsabilidad extendida del productor. De esta forma, los fabricantes se ven incentivados a mejorar sus diseños para que los productos puedan ser recuperados y reciclados más fácilmente, disminuyendo los residuos que son descartados. Si bien la República Argentina fue pionera en la discusión de regulaciones, lleva más de una década debatiendo proyectos de gestión de envases. Sin embargo, el Ministerio de Ambiente de la Nación avanzó hacia "basural cero", una propuesta bastante menos ambiciosa. En el año 2004 entró en vigor la Ley n. 25.916 sobre Gestión de Residuos

14 El proyecto completo se encuentra disponible en: URUGUAY. Cámara de Representantes. "Proyecto de Ley Economía Circular Sostenible". Carpeta n. 2.128 de 2017. Repartido n. 717, junio de 2017.

Domiciliarios, que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión integral de residuos domiciliarios de cualquier origen. Se exceptúan los que están regulados por normas específicas. Es una ley de orden público que fija el mínimo común de protección en todo el territorio nacional, pudiendo las provincias, a su vez, dictar legislación de desarrollo más estricta, elevando los niveles de protección ambiental en sus respectivas jurisdicciones. En consecuencia, cada autoridad local tiene la responsabilidad de la gestión integral de los residuos domiciliarios producidos en su jurisdicción, mediante el establecimiento de un sistema de gestión de residuos adaptados a las características y particularidades de cada una. Para ello cuentan con la posibilidad de suscribir convenios bilaterales o multilaterales, que permitan la implementación de estrategias regionales para alguna o la totalidad de las etapas de la gestión integral de los residuos domiciliarios.[15]

A partir de esta orientación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, dentro del Plan Nacional de Economía Circular de Residuos, elaboró un documento denominado "Formulación de un Plan Estratégico Provincial de Gestión de Residuos hacia la Economía Circular". Consiste en un instrumento que deben desarrollar las provincias, con la debida participación de los municipios, para planificar una gestión de residuos sustentable en su territorio. El propósito de estos planes es establecer un sistema que mejore sustancialmente el manejo de los residuos sólidos urbanos en el ámbito de cada provincia desde el punto de vista ambiental, económico y social. Ese plan estratégico deberá identificar lineamientos, acciones y políticas necesarias para lograr el ordenamiento y la mejora de la Gestión de Residuos Sólidos en la Provincia, contemplando el cierre de todos los basurales para el año 2025 y la tendencia a la disposición cero para el 2035.

En los apartados sucesivos se describe de manera no taxativa los productos que deben formar parte del proceso de formulación del Proyecto, dividiéndolos en grupos: (I) municipales; (II) industriales; (III) residuos orgánicos controlados que afectan producción agrícola ganadera; (IV) escombros y residuos de la construcción; (V) vehículos fuera de uso (VFU); (VI) neumáticos fuera de uso: neumático de reposición; y (VII) basura marina.

Después deberán presentar un informe sobre la gestión actual de los municipios, la presentación de los productos, la cual deberá ser revisada y aprobada por el Ministerio, la metodología y el perfil del equipo mínimo necesario para la formulación del proyecto.[16]

15 Véase: ARGENTINA. Ley n. 25.916. "Gestión de Residuos Domiciliarios". *Boletín Oficial de la República Argentina* del 07/09/2004, n. 30479.

16 Para más información, véase: ARGENTINA. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Plan Nacional de Economía Circular de Residuos: "Formulación de un Plan Estratégico Provincial de Gestión de Residuos hacia la Economía Circular". Disponible en: <http://ambiente.gob.ar/wp-content/uploads/Plan-Estrat%C3%A9gico-Provincial-PEP-para-la-Gesti%C3%B3n-Integral-de-Residuos-S%C3%B3lidos-Urbanos-hacia-una-Econom%C3%ADa-Circular.pdf>. Acceso en: 19 dic. 2017.

En octubre de 2016, entró en vigor la Ley n. 27.279 de Gestión de Envases Vacíos de Fitosanitarios que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión diferenciada y condicionada que requieren en virtud de la toxicidad del producto que contuvieron. A esos efectos crea un Sistema de Gestión Integral de Envases Vacíos de Fitosanitarios. La ley tiene como objetivos fundamentalmente asegurar que estos envases no sean empleados en usos que puedan implicar riesgos para la salud humana o el ambiente; mejorar la eficiencia de la gestión y dinamizar el procedimiento administrativo para el registro y autorización de comercializadores, usuarios, operadores y aplicadores. En el artículo 6 establece una jerarquía de opciones para la gestión integral, ubicando, en primer lugar, la prevención en la generación, seguida por la reutilización, después el reciclado, valorización y finalmente la disposición final. El sistema de gestión integral de envases vacíos de fitosanitarios se articula en tres etapas:

a) Del Usuario al Centro de Almacenamiento Transitorio (CAT): involucra el pasaje del envase vacío del usuario al Centro de Almacenamiento Transitorio o CAT. Entonces, vaciado un envase contenedor de fitosanitarios, el usuario y aplicador serán objetivamente responsables de garantizar el procedimiento de reducción de residuos. Se establece la responsabilidad extendida y compartida con los restantes eslabones de la cadena. El usuario deberá separar los envases vacíos conforme las dos clases establecidas en el artículo 7. Posteriormente, deberán trasladarlos y entregarlos a un Centro de Almacenamiento Transitorio (CAT), para lo cual no requerirán de ninguna autorización específica; el usuario tiene hasta un año de plazo a partir de la fecha de compra.

b) Del Centro de Almacenamiento Transitorio (CAT) al Operador: abarca el camino desde los Centros de Almacenamiento Transitorio CAT al operador, es decir, aquella persona física o jurídica autorizada para modificar las características físicas y/o la composición química de cualquier envase vacío de fitosanitario. Recibidos los envases en los Centros de Almacenamiento Transitorio (CAT), deberán ser clasificados y acopiados en espacios diferenciados según la tipología establecida en el artículo 7. Los envases serán derivados para su valorización o disposición final, según corresponda, mediante transportista autorizado.

c) Del Operador a la Industria: los envases vacíos procesados por el operador pasan a la industria para su posterior reinserción en un proceso productivo. Expresamente prohíbe, en el artículo 9, toda acción que implique abandono, vertido, quema y/o enterramiento de envases vacíos de fitosanitarios en todo el territorio nacional, del mismo modo que la comercialización y/o entrega de envases a personas físicas o jurídicas por fuera del sistema autorizado. Como procedimiento obligatorio para reducir los residuos de producto, se establece el lavado de envases rígidos de plaguicidas miscibles o dispersables en agua, según la norma IRAM 12069, o la que la reemplace, quedando prohibida toda carga de agua que

implique contacto directo con fuentes y reservorios de agua, mediante inmersión del envase vacío de fitosanitarios.

Por el artículo 24 se crea el Sistema Único de Trazabilidad el que tendrá por objeto permitir el monitoreo permanente de los sistemas de gestión. Ante el incumplimiento de las disposiciones, la ley establece sanciones las cuales, según su gravedad, reincidencia y naturaleza, podrán ser: a) apercibimiento; b) multa pecuniaria; c) suspensión de la actividad; d) clausura temporaria o permanente, total o parcial; y e) obligación de publicar la parte dispositiva de la resolución condenatoria a cargo del infractor. Las sanciones no son excluyentes y podrán aplicarse de forma concurrente. Cuando el infractor fuere una persona jurídica, sus socios y miembros serán solidariamente responsables de las sanciones establecidas, junto con sus directores, administradores y/o gerentes.[17]

Sin embargo, la gestión de los residuos electrónicos —RAEE— sigue siendo un proyecto. En el año 2012 perdió estado parlamentario un proyecto de ley de presupuestos mínimos para la gestión de aparatos eléctricos y electrónicos y sus residuos, que contaba con media sanción del Senado de la Nación. Actualmente, en el Congreso se están realizando varias reuniones en donde diputados oficialistas y de la oposición están discutiendo sobre la sanción de una ley nacional de responsabilidad extendida al productor que alcanzará a los residuos electrónicos —RAEE. También se está avanzando hacia una "minería urbana", la cual implica un modelo de desarrollo sostenible con inclusión social, equidad, crecimiento económico y protección ambiental.

En cuanto a las energías limpias, desde el año 2006 está vigente la Ley n. 26.093 de Biocombustibles, en el año 2016 Argentina ratificó del Acuerdo de París en la COP22 y en noviembre de 2016, presentó una ambiciosa Contribución Nacionalmente Determinada (NDC). En la última sesión de la Cámara de Senadores, el 30 de noviembre de 2017, fue sancionada la nueva ley sobre el "Régimen de Fomento a la Generación Distribuida de Energía Renovable Integrada a la Red Eléctrica Pública". Su principal virtud, además del amplio consenso político alcanzado, es que habilita este recurso de energía renovable distribuida y crea la figura del prosumidor —consumidores a la vez que generadores de energía— que entrega electricidad limpia, producida *in situ,* en el mismo lugar y al mismo voltaje en que va a ser consumida.

El 11 de noviembre del 2017 se llevó a cabo la presentación del Programa de la Fundación Ellen MacArthur para la Economía Circular, organizada de manera conjunta por la red mundial de parlamentarios Globe International, la oficina para el Cono Sur de ONU Medio

17 Para una explicación más detallada, véase: ARGENTINA. Ley n. 27.279. Ley de protección ambiental para la gestión de envases vacíos de fitosanitarios. *Boletín oficial de la República Argentina*, 11 oct. 2016. Id SAIJ: NV15524.

Ambiente y la Dirección General de Relaciones Internacionales de la Cámara de Diputados de la Nación argentina, con el objeto de avanzar en una agenda conjunta que incluya la Economía Circular para 2030. La presentación estuvo a cargo de la líder del Programa de Gobiernos y Ciudades de la Fundación Ellen MacArthur,[18] y durante la Jornada se abordó el tema en el marco de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible. Luego de la presentación, se acordó continuar debatiendo las estrategias y herramientas para la implementación de políticas hacia la economía circular (DIOTTI, 2017).[19]

Sin embargo, para afirmar la transición a la economía circular, todavía faltan varias leyes, por ejemplo, una ley de gestión de neumáticos usados y otra de registro de emisiones y transferencias de contaminantes, vale decir un registro información actualizada sobre sustancias químicas contaminantes o potencialmente dañinas para la salud y el ambiente.

En el ámbito local, Buenos Aires-Ciudad fue seleccionada en los premios *The Circulars* 2016[20] en la categoría de altamente elogiada. La ciudad de Buenos Aires está migrando hacia la sostenibilidad a través de políticas públicas y el uso creciente de la tecnología, la conciencia ambiental y el consumo responsable. A este respecto, fundó el *Green Economic Center* (GEC) promovido por la Agencia de Protección Ambiental (APRA) del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de fomentar un nuevo pensamiento económico siguiendo los parámetros ambientales. El Centro ha comenzado con la promoción de empleos verdes, entendiéndolo como la primera manera de involucrar a las personas con la economía circular. A través del Programa Buenos Aires Produce más Limpio busca fortalecer el paradigma ambiental en los negocios, promueve herramientas que posibiliten la interacción e integración de todos los actores para impulsar al máximo el aprovechamiento de los residuos a través del reciclado, de la reutilización y valorización En su movimiento hacia la transformación del sector productivo en una economía sostenible, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recibió una donación de Metrópolis[21] y, con esos fondos, pudo desarrollar proyectos para evaluar el estado ambiental actual de sus sectores productivos, fomentar la creación de puestos de trabajo relacionados con la sostenibilidad y la coordinación entre los sectores público y privado

18 Su función se centra en otorgar apoyo al sector público —tanto a nivel nacional, regional y municipal— para establecer condiciones para la transición a una economía circular.

19 DIOTTI, C. Jornada sobre Economía Circular y Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030. 2017. Disponible en: <http://www.losverdes.org.ar/jornada-economia-circular-objetivos-desarrollo-sostenible-2030/>. Acceso en: 11 dic. 2017.

20 El Foro Económico Mundial y el Foro de Jóvenes Líderes Globales, en colaboración con *Accenture Strategy*, crearon *The Circulars* —Premios a la Economía Circular—, con el objetivo de reconocer las contribuciones de los gobiernos, las multinacionales y las pymes en la adopción de los principios de la economía circular.

21 Metrópolis es una asociación internacional líder de ciudades y regiones metropolitanas con más de un millón de habitantes.

para buscar conjuntamente soluciones circulares. Además de esta distinción se puede destacar el funcionamiento, a partir del año 2013 de la Planta de Reciclaje de tratamiento de residuos áridos. En la construcción y demolición de edificios e infraestructura, o en la rehabilitación y restauración de estos se generan residuos que se denominan genéricamente áridos o "Residuos de la Construcción y Demolición" (RCD). En esa planta se reciben escombros y restos de construcción que son transformados en distintos materiales para ser reutilizados en obras civiles, viales o como capas de separación en los rellenos sanitarios. Por día ingresan a la planta alrededor de 600 camiones con material árido, producto de la actividad de unas 100 empresas y de camiones volcadores que trabajan en la Ciudad de Buenos Aires. Durante el 2014 se hicieron obras para ampliar su capacidad y, actualmente, puede tratar hasta 2.400 toneladas por día, de las cuales logra recuperar un 90%, que equivalen a más de 2.100 toneladas/día de residuos áridos recuperados. Teniendo en cuenta que la ciudad genera por día aproximadamente 6.000 toneladas de residuos, esta planta logra recuperar la fracción árida que representa un tercio del total. Asimismo, y de acuerdo con la Ley n. 1.854 de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos de la Ciudad conocida como "Ley Basura Cero", los generadores especiales de residuos áridos y afines deben abonar, juntamente con la liquidación de los derechos de delineación y construcción, sobre la base de una declaración jurada electrónica, un impuesto a la generación de residuos sólidos urbanos —RSU— (LOS VERDES – FEP, 2016, p. 32-35).

Extiende la responsabilidad de los productores, importadores y distribuidores de aquellos productos o envases de difícil o imposible reciclaje. De esta forma, quien produce artículos que contienen sustancias tóxicas, o son difíciles de aprovechar, debería hacerse cargo de su manejo luego de ser desechados. El sistema contemplado en la ley incluye la separación en origen entre residuos secos y húmedos. La ruta establecida luego de la recolección diferenciada de los residuos secos es su desvío a centros de selección, en donde se prevé que los materiales reciclables sean clasificados y acondicionados para su venta a plantas de reciclaje. Todos aquellos materiales que no se puedan reciclar se desviarán a los centros de transferencia y luego a rellenos sanitarios. Los residuos orgánicos, es decir, más de la mitad de los residuos generados por la ciudad, también se separan en origen y se prevé su desvío hacia plantas de compostaje o biogás. También dispone el establecimiento de líneas de crédito para la adquisición de bienes de capital por parte de este sector. Estas medidas pretenden complementar y reforzar las disposiciones incluidas en la Ley n. 992 del año 2002, que incorpora a los recuperadores urbanos al servicio de higiene urbana de la ciudad y les otorga beneficios y derechos en su actividad.[22]

22 La normativa completa se encuentra disponible en: ARGENTINA. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. "Ley n. 1.854/05 Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos". *Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* n. 2.357.

Dicha ley fue modificada, el 3 de mayo de 2018, por la Ley n. 5.966. Establece un cronograma de reducción progresiva de la disposición final de residuos sólidos urbanos que conllevará a una disminución de la cantidad de desechos a ser depositados en rellenos sanitarios. Estas metas por cumplir serán de un 50% para el 2021; de un 65% para el 2025; y de un 80% para el 2030. Se prohíbe para el 2028 la disposición final de materiales tanto reciclables como aprovechables, la combustión de residuos sólidos urbanos sin recuperación de energía, la contratación de servicios de tratamiento de residuos sólidos urbanos de la ciudad que tenga por objeto la combustión sin recuperación de energía en otras jurisdicciones y el tratamiento térmico de materiales reciclables o aprovechables provenientes de todo circuito de recolección diferenciada. También habilita la transformación y valorización de la fracción de residuos sólidos urbanos húmedos, mediante técnicas de combustión con recuperación energética, previo tratamiento en planta de separación selectiva.

A diferencia de la anterior, esta modificación promueve el aprovechamiento de los residuos sólidos urbanos, incluyendo la combustión con recuperación energética cuyo tratamiento, dejando a salvo la protección de la salud de las personas y del ambiente, deberá cumplir con las siguientes condiciones: a) utilizar métodos o tecnologías que aseguren el cumplimiento de los estándares de eficiencia energética definidos en la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo así como sus actualizaciones posteriores; b) los límites para las emisiones a la atmósfera producto de la combustión de residuos no podrán superar los límites establecidos en el Anexo VI, Parte 3, de la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; y c) la gestión de los residuos resultantes de la combustión debe realizarse según las normas vigentes para el tratamiento de residuos, en particular las cenizas volantes que deben ser consideradas como residuos peligrosos. Finalmente crea el Sistema de Información Pública del Sector de la Valorización Energética de Residuos (SIPSVER), a los efectos del monitoreo continuo y permanente de las emisiones en la atmósfera, en el suelo y en las aguas superficiales y subterráneas que resulten de las actividades de combustión con recuperación energética.[23]

3.3 Normativa voluntaria

The British Standards Institution (BSI),[24] en mayo del año 2017, publicó la norma voluntaria para la Economía Circular denominada *BS 8001:2017 Framework for implementing the principles of the circular economy in organizations*, vale decir "BS 8001: 2017: Marco para la aplicación de

23 Para más información véase: ARGENTINA. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. "Ley n. 5.966. Se modifica la Ley n. 1.854 - Basura cero". *Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, el 23/05/2018.

24 La British Standards Institution, cuyas siglas corresponden a BSI, es un organismo nacional de normalización sin ánimo de lucro reconocido del Reino Unido. Entre sus actividades principales se incluyen la normalización, evaluación de sistemas, certificación de productos, formación y servicios de asesoramiento.

los principios de la economía circular en las organizaciones". La norma tiene como finalidad proporcionar un marco para la aplicación de esta iniciativa en las organizaciones. Es una guía para que las organizaciones logren pasar las diferentes etapas de la implementación de los postulados de la economía circular. El flamante instrumento es la primera norma voluntaria sobre este tipo de economía, tanto en el Reino Unido como en todo el mundo. La piedra angular del estándar es la aplicación práctica de los principios de la economía circular, vale decir, el pensamiento sistémico (las organizaciones adoptan un enfoque holístico para entender cómo las decisiones y actividades individuales interactúan dentro del sistema más amplio); la innovación (innovar continuamente para crear valor comercial a través de la gestión sostenible de los recursos tanto en productos como en servicios); la gestión (gestionar los impactos directos e indirectos de sus decisiones y actividades); colaboración (las organizaciones colaboran interna y externamente mediante acuerdos para crear valor comercial mutuo); optimización del valor (mantener en todo momento los productos, componentes y materiales en su máximo valor y utilidad) y transparencia.

Es importante destacar que la norma no pretende ser prescriptiva o certificable; está destinada a ser utilizada con flexibilidad por aquellos que la adopten —independientemente del tamaño, sector, tipo o ubicación de la organización y ha sido escrita de manera que pueda ser utilizada en cualquier parte del mundo. Será útil para aquellos con diferentes niveles de conocimiento y comprensión de la economía circular y es adecuada en la aplicación de los principios de la economía circular, para las organizaciones tanto en una etapa de transición incipiente o más avanzada. Para apoyar el marco, la BS 8001:2017 proporciona orientación sobre los temas específicos que rodean la transición a un modelo circular.

Durante esa fase piloto se consultó a una variedad de empresas y organizaciones de diferentes sectores y tamaños, tanto en el Reino Unido como en el extranjero, para asegurar que la norma satisfacía sus necesidades de orientación práctica y recomendaciones (BSI, 2017).

Conclusiones

A lo largo del artículo se analizaron las recientes legislaciones que avanzan hacia un cambio de paradigma: de la economía lineal bajo el lema "extraer-fabricar-tirar", a la economía circular basada en "refabricar, reacondicionar y reciclar". El modelo lineal de producción vigente durante los últimos 50 años ocasionó el agotamiento de los recursos naturales, permitiendo la pérdida generalizadas de los ecosistemas e ignorando a muchas personas que además de vivir en condiciones de pobreza dependen directamente de ellos. Algunas de las predicciones de lo que ocurrirá en este siglo XXI apuntan a un crecimiento de la población de hasta 9.700 millones en 2050, igualmente se incrementará el consumo per cápita, la pobreza, la desigualdad social, la degradación o el uso insostenible de los ecosistemas, y se acelerará el cambio climático. Por tanto, desde la comunidad científica, la sociedad civil, las empresas y los Estados avanzan hacia un nuevo sistema económico ecológicamente racional, ecoeficiente e inclusivo,

actuando sobre las causas fundamentales de los desequilibrios. Frente al deterioro ambiental y al derroche de los recursos naturales, es que emerge un modelo económico alternativo denominado economía circular que propone la reutilización de los recursos imitando los ciclos de la naturaleza y reduciendo al mínimo los desechos. En consecuencia, el modelo circular no se agota solo en el reciclaje, es mucho más que eso, comienza en el mismo diseño de los productos, desde que son concebidos. En una verdadera economía circular los productos se diseñan de modo tal que sus componentes pueden fácilmente desmontarse y readaptarse para ser reutilizados con la mínima energía y en otros de mayor valor. Mientras que el reciclaje, tal como se entiende habitualmente, provoca una reducción de la calidad y vuelve al proceso como materia prima en bruto. También se basa en la generación de energía de fuentes renovables, en lugar de los combustibles fósiles tan contaminantes y que provocan efectos adversos en el cambio climático. La teoría de la circularidad cuestiona la necesidad que tienen las personas de ser propietarias de ciertos bienes cambiando la lógica de un ritmo acelerado de consumo por una basada en una mejor administración de los recursos, bajo un sistema colaborativo.

Por tanto, para que se pueda producir un giro hacia la economía circular hace falta contar con un marco normativo, que regule la responsabilidad extendida del productor, que fomente la economía colaborativa, que reglamente la gestión de los residuos plásticos, los eléctricos y electrónicos, que obligue al fabricante y productor a incorporar siempre una parte de material reciclado en cada producto, que puedan rescatarse botellas y frascos. Además, es necesario formular políticas públicas que fomenten el crédito para la migración hacia una economía circular y que penalicen la linealidad en los procesos productivos. Sin olvidarse del etiquetado ecológico, el ecodiseño y una atención especial a ciertas áreas, como la construcción de edificios sostenibles. Es importante también trabajar en la educación ambiental, creativa y emprendedora para que suceda el cambio. En esta línea de trabajo, el Paquete de Acción de Economía Circular de la Unión Europea del año 2015 inició el camino hacia la economía circular, pero China ya hace años que viene elaborando normativas para implementar este modelo en aras del crecimiento sostenible y que aporte beneficios sociales, económicos y ambientales. Uruguay ya cuenta con un proyecto de ley sobre economía circular sostenible y en Argentina, a partir del año 2017, se vislumbran avances hacia la circularidad. Por un lado, la posibilidad de crear un impuesto al carbono es una de las discusiones pendientes en la agenda política, aunque se trabaja hoy con un borrador en el Congreso. Y por el otro, el gobierno argentino, para el 2018, decidió separar los temas de transición energética y el de sostenibilidad climática. El año 2018 promete ser muy activo legislativamente en cuanto la creación del marco normativo necesario para encaminar a la Nación Argentina rumbo a la circularidad. Se encuentra en discusión la sanción de una ley nacional de responsabilidad extendida al productor que alcanzará a los residuos electrónicos (RAEE). También se está avanzando hacia una "minería urbana", la cual implica un modelo de desarrollo sostenible con inclusión social, equidad, crecimiento económico y protección ambiental.

Recordando las palabras del célebre poeta, dramaturgo y novelista francés, Víctor Hugo: "Produce una inmensa tristeza pensar que la naturaleza habla mientras el género humano no la escucha. Primero fue necesario civilizar al hombre en su relación con el hombre. Ahora es necesario civilizar al hombre en su relación con la naturaleza y los animales" (HUGO, 1910 apud PALOMO TRIGUERO, 2014, p. 66).

REFERENCIAS

"Alemania: ¿insuperable en la separación de basura?". *DW-WORLD*. Disponible en: <http://www.dw.com/es/alemania-insuperable-en-la-separaci%C3%B3n-de-basura/a-3636623>. Acceso en: 17 dic. 2017.

ARGENTINA. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. "Ley n. 1.854/05 Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos". *Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* n. 2357.

_____. "Ley n. 5.966. Se modifica la Ley n. 1854 – Basura cero". *Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* 23/05/2018.

_____. Ley n. 25.916. "Gestión de Residuos Domiciliarios". *Boletín Oficial de la República Argentina*, 07/09/2004, n. 30479.

_____. Ley n. 27.279. "Ley de protección ambiental para la gestión de envases vacíos de fitosanitarios". *Boletín Oficial de la República Argentina*, 11/10/2016, n. 15.524.

_____. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Plan Nacional de Economía Circular de Residuos: "Formulación de un Plan Estratégico Provincial de Gestión de Residuos hacia la Economía Circular". Disponible en: <http://ambiente.gob.ar/wp-content/uploads/Plan-Estrat%C3%A9gico-Provincial-PEP-para-la-Gesti%C3%B3n-Integral-de-Residuos-S%C3%B3lidos-Urbanos-hacia-una-Econom%C3%ADa-Circular.pdf>. Acceso en: 19 dic. 2017.

AVILÉS POZO, A. "Castilla-La Mancha tomará la delantera con la primera Ley de Economía Circular de España". *Castilla-La Mancha*. 1 nov. 2017. Disponible en: <http://www.eldiario.es/clm/Castilla-La-Mancha-Economia-Circular-Espana_0_703429894.html>. Acceso en: 17 dic. 2017.

BRITISH STANDARDS INSTITUTION (BSI). *Executive Briefing on BS 8001 Framework for implementing the principles of the circular economy in organizations – Guide*. Londres: BSI, 2017.

COMISIÓN EUROPEA (CE). "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular". Bruselas, 2 dic. 2015. COM (2015) 614 final.

_____. "Comunicado de prensa. Cerrar el círculo: la Comisión adopta un ambicioso paquete de nuevas medidas sobre la economía circular para impulsar la competitividad, crear empleo y generar crecimiento sostenible". Bruselas, 2 dic. 2015. IP/15/6203.

_____. "Comunicado de prensa Economía circular: La Comisión cumple sus promesas, ofrece orientaciones sobre la valorización energética a partir de residuos y trabaja con el BEI para impulsar la inversión". Bruselas. 26 en. 2017. *IP/17/104*.

_____. "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Sobre un marco de seguimiento para la economía circular". Estrasburgo. 16 en. 2018. COM (2018) 29 final.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE). "Dictamen del Comité Económico y Social Europeo Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «El papel de la transformación de los residuos en energía»". *Diario Oficial de la Unión Europea*. 13 oct. 2017. *C 345/102-109* [COM (2017) 34 final].

COMITÉ EUROPEO DE LAS REGIONES (CoR); "Dictamen El papel de la transformación de los residuos en energía en la economía circular". 30 nov. – 1 dic. 2017. *COR-2017-01982-00-00-AC-TRA*.

DE GUILLEBON, B. "Los 7 Pilares de la Economía Circular". *CEN Boletín de la Confederación de Empresarios de Navarra,* n. 21 Medio Ambiente, 2014, p. 4-5.

DIOTTI, C. "Jornada sobre Economía Circular y Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030". Disponible en: <http://www.losverdes.org.ar/jornada-economia-circular-objetivos-desarrollo-sostenible-2030/>. Acceso en: 11 dic. 2017.

DUFOUR, J. "Multimillonario plan contra la contaminación en China". *Energía y Sostenibilidad*. 18 en. 2017. Disponible en: <http://www.madrimasd.org/blogs/energiasalternativas/2017/01/18/133351>. Acceso en: 7 mayo 2018.

ELLEN MACARTHUR FOUNDATION. *Growth Within: a circular economy vision for a competitive Europe*. Ellen MacArthur Foundation, SUN, McKinsey & Co, 2015.

_____. *Hacia una economía circular:* Motivos económicos para una transición acelerada. Ellen

MacArthur Foundation, 2017.

_____. *Hacia una economía circular. Resumen ejecutivo.* Ellen MacArthur Foundation, 2014.

_____; WORLD ECONOMIC FORUM. *Intelligent Assets:* Unlocking the Circular Economy Potential. Ellen MacArthur Foundation, 2016.

ESPAÑA. Govern de la Generalitat de Catalunya "Impuls a l'Economia Verda I a l'Economia Circular". *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya,* n. 6.881, 28 mayo 2015. CVE-DOGC-A-15146102-2015.

_____. "Pacto por una economía circular: El compromiso de los agentes económicos y sociales 2018-2020". Madrid. 18 sep. 2017. Disponible en: <http://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/170911pacto_ec_def_tcm7-466435.pdf>. Acceso en: 18 dic. 2017.

FRANCIA. AYUNTAMIENTO DE PARIS. "Call of cities for circular economy". Disponible en: <http://www.acrplus.org/images/news/20150915-EtatsGeneraux-call_of_cities_for_circular_economy.pdf>. Acceso en: 16 dic. 2017.

FRESNEDA, C. "Las siete 'R' de la ciudad circular". *El Mundo.* 31 jul. 2017. Disponible en: <http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/ciencia/2017/07/31/597e21d3268e3eea578b457b.html>. Acceso en: 17 dic. 2017.

FUNDACIÓN COTEC. *Situación y evolución de la economía circular en España*. Madrid: Fundación COTEC, 2017.

FUNDACIÓN PARA LA ECONOMÍA CIRCULAR. "España aprueba el Real Decreto sobre reducción del consumo de las bolsas de plástico". *Boletín De la cuna a la cuna*. 21 mayo 2018 Disponible en: <http://economiacircular.org/NL/nt/210518/noticia3.html>. Acceso en: 4 jun. 2018.

GARCÍA GARCÍA, S. "Economía circular: La Unión Europea impulsa reformas sobre la base de un tema crucial, la gestión de residuos, con el fin de alcanzar mejoras económicas y medioambientales". *Revista Actualidad Jurídica Ambiental,* n. 57, 16 mayo 2016, p. 1-11.

INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. ISO/TR 14062:2002(es) "Gestión ambiental — Integración de los aspectos ambientales en el diseño y desarrollo de productos". Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:tr:14062:ed-1:v1:es>. Acceso en: 10 nov. 2017.

JORNADA DE ECONOMÍA CIRCULAR. "Declaración de Sevilla: El Compromiso de las Ciudades por la Economía Circular". Sevilla, 15 mar. 2017. Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/

58a3606bb8a79bb8ae7d7847/t/58cbb35e3e00be7918d0adcd/1489744740550/Declaraci%C3%B3n+de+Sevilla+DEF+maquetada.pdf>. Acceso en: 16 dic. 2017.

LOS VERDES-FEP. *Economía circular. Cómo mantenerse dentro de los límites ecosistémicos con equidad y satisfacción de derechos*. Buenos Aires: Los Verdes, 2016.

MARTÍN, L. "Europa da carpetazo a la economía de 'usar y tirar' y apuesta por la economía circular". *Compromiso Empresarial*. 5 en. 2016. Disponible en: <http://www.compromisoempresarial.com/rsc/2016/01/europa-da-carpetazo-a-la-economia-de-usar-y-tirar-y-apuesta-por-la-economia-circular/>. Acceso en: 15 dic. 2017.

MATHEWS, J.; TAN, H. "Lessons from China". *Nature,* v. 531, 24 mar. 2016, p. 440-443.

PALOMO TRIGUERO, E. *Cita-logía*. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2014.

PEREZ DE LAS HERAS, B. "La gestión eficiente de recursos en la Unión Europea: alcance e impacto de la normativa europea para una economía más sostenible y circular". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 55, 2016, p. 781-817.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE-PNUMA. *Descubriendo los caminos hacia una economía verde e inclusiva. Resumen Ejecutivo*. Ginebra: PNUMA, 2015.

REAL FERRER, G., "Residuos y sostenibilidad. El modelo europeo". *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. n. 35, 2016, p. 57-87.

RIFKIN, J. *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*. España: Paidós, 2000.

ROCA JUNYENT. "Nueva Ley de Economía Circular". Shanghai Office. 2008. Disponible en: <https://www.casaasia.es/pdf/220954813PM1233593293716.pdf>. Acceso en: 13 dic. 2017.

SOCIEDAD PÚBLICA DE GESTIÓN AMBIENTAL. IHOBE. *Iniciativas empresariales de economía circular en el País Vasco Descripción de 36 proyectos.* Ihobe: Bilbao, 2017.

"Sostener el impulso de la transición a la economía circular". *Revista Medio Ambiente para los Europeos*. n. 64, nov. 2017, p. 10.

UNEP. "Forests to cover one quarter of China in country's bid to build "eco-civilization". *UNEP.* Nairobi 26 mayo 2016. Disponible en: <https://www.unenvironment.org/news-and-stories/news/forests-cover-one-quarter-china-countrys-bid-build-eco-civilization>. Acceso en: 7 mayo 2018.

URUGUAY. Cámara de Representantes. "Proyecto de Ley Economía Circular Sostenible". Carpeta n. 2.128 de 2017. Repartido n. 717, junio de 2017.

ZAMORA ROSELLÓ, M. R. "La energía de los residuos: un paso más en la economía circular". En: RÍOS, Isabel González (dir.). *Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas).* Editorial Dykinson. 2018, p. 395-410.

ZERO WASTE EUROPE. *"Deliver or pay", or how waste incineration causes recycling to slow down*. Disponible en: <https://zerowasteeurope.eu/2017/10/deliver-pay-waste-incineration-causes-recycling-slow/>. Acceso en: 16 dic. 2017.

Adriana Margarita Porcelli

Profesora e Investigadora en la Universidad Nacional de Luján (UNLu). Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Abogada (UBA).

adporcelli@yahoo.com.ar

Adriana Norma Martínez

Profesora e Investigadora en la Universidad Nacional de Luján (UNLu). Magister en Ambiente Humano (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Abogada (UBA).

info@anmart.com.ar

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 13.03.2018
Aprovado: 29.08.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201841

O dilema da "produção independente" de parentalidade: é legítimo escolher ter um filho sozinho?

THE DILEMMA OF THE "INDEPENDENT PRODUCTION" OF PARENTALITY: IS IT LEGITIMATE HAVING A CHILD ALONE BY CHOICE?

Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto[1], *Carlos Henrique Félix Dantas*[2] *e Carolina Valença Ferraz*[3]

Resumo

A família monoparental é uma entidade familiar constitucionalmente protegida no artigo 226, § 4º, da Constituição Federal de 1988. No entanto, pairam ainda, sobretudo na doutrina, algumas dúvidas quanto à possibilidade de uma pessoa intencionalmente constituir uma família monoparental, fazendo uso das técnicas de reprodução humana assistida, a chamada "produção independente". A partir de tal perspectiva, pergunta-se: seria legítimo escolher desempenhar individualmente uma paternidade ou maternidade? Com a finalidade de responder tal indagação, o presente trabalho objetivou analisar a legitimidade de uma pessoa solteira em empreender um projeto particular de parentalidade, recorrendo-se ao auxílio das modernas técnicas de procriação medicamente assistida. Para tanto, utilizou-se do método analítico-dedutivo, mediante o uso de revisão bibliográfica, com o intuito de buscar as formulações doutrinárias acerca da temática, analisando-as em conformidade com uma metodologia bioética-civil-constitucional. Assim, observou-se que, sob a ótica do planejamento familiar e de suas limitações legais, não há como se obstar legalmente à concretização de tais projetos de paternidade ou maternidade. Afinal, o ideal de família previsto pelo ordenamento brasileiro preserva a afetividade e o cuidado nas relações familiares, acima de qualquer padrão de constituição familiar predeterminado.

Palavras-chave

"Produção independente"; família monoparental; reprodução humana assistida; autonomia procriativa; planejamento familiar.

Abstract

The single-parent family is a family entity legally protected by article 226, § 4º of the Federal Constitution of Brazil. However, there are still doubts about the feasibility of a single-parent family, constituted by means of assisted human reproduction techniques, the so-called "independent production" – a Brazilian idiomatic expression. From this perspective, one could wonder: would the choice to individually perform paternity or maternity be legitimate? In order to answer that question, the present work aims to analyze the legitimacy of a particular project of parenting held by a single person, resorting to the aid of modern medically assisted procreation techniques. For this purpose, we applied the analytic-deductive method, through a bibliographical review, with the intention of searching the doctrinal formulations on the subject, analyzing them in accordance to a bioethical-civil-constitutional methodology. Thus, it was observed that, from the point of view of family planning and its legal limitations, there is no way to legally restrain the implementation of such parental projects. After all, the ideal of family foreseen by the current Brazilian order preserves affection and care in family relations, above any predetermined pattern of family constitution.

1 Universidade Federal de Pernambuco
Recife – PE – Brasil
https://orcid.org/0000-0001-7826-8531

2 Universidade Católica de Pernambuco
Recife – PE – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-4230-071X

3 Universidade Católica de Pernambuco
Recife – PE – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-6535-7663

CC BY-NC

Keywords
"Independent production"; single parent family; human assisted reproduction; procreative autonomy; family planning.

Introdução

Em função sobretudo das discussões acerca da tese de repercussão geral de n. 622,[1] firmada em 2016 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de multiparentalidade, tem-se discutido bastante a questão da quebra do padrão binário compulsório de parentalidade. Entretanto, em que pese a importância da referida temática, olvida-se que, curiosamente, há muito mais tempo, uma figura familiar já vem indicando uma ruptura desse modelo parental tradicional, qual seja: a família monoparental.

Tal entidade familiar, aparentemente já bem sedimentada no ordenamento pátrio, por meio da atribuição do *status* de família pela Constituição Federal (CF) em seu artigo 226, § 4º, guarda consigo algumas complexidades para além da sua estrutura aparentemente simplificada. Isso pois a sua natureza familiar é fruto, acima de tudo, do reconhecimento do cuidado e da afetividade despendidos por seus membros entre si, em especial à responsabilidade individual da mãe ou pai com a sua prole (BRASIL, 1988).

Dentre tais implicações relevantes que circundam a realidade dessas famílias, encontram-se as intensas mudanças sociais que se desenvolveram desde o seu reconhecimento legislativo até os dias atuais, especialmente no que diz respeito às suas formas de constituição. Afinal, a despeito da intenção inicial do legislador, mormente à proteção da figura das mães solos, outrora bastante estigmatizadas na sociedade brasileira, o passar do tempo proporcionou à família monoparental novas possibilidades de formação, para além dessa acepção involuntária de parentalidade individual. Dentre essas novas alternativas, encontra-se o recurso às técnicas de reprodução humana assistida, por meio das quais um homem ou uma mulher solteiros podem, com auxílio da doação anônima de gametas e, quando necessário, a exemplo do caso masculino, de uma gestação sub-rogada, levar a cabo um projeto parental particular.

1 Tema de Repercussão Geral n. 622 – Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso. asp?incidente=4252676&numeroProcesso=692186&classeProcesso=ARE&numeroTema=622#>.

Ainda há, no entanto, algumas suposições no sentido de desestimular tais práticas, as quais acarretariam numa monoparentalidade intencional e voluntária, conhecidas como "produções independentes". Os doutrinadores que defendem tais hipóteses partem, sobretudo, do pressuposto que tal escolha seria bastante egoística dos pais ou mães, levando, inclusive, a uma possível objetificação dessa criança, a qual serviria apenas como objeto de concretização do desejo do progenitor, sem levar em consideração sua dignidade. A partir dessa provocação, pergunta-se: é legítimo optar por se ter um filho individualmente? É danoso à criança já nascer sem um segundo referencial de parentalidade? Estaria a filiação voluntária sujeita a uma sistemática, ao menos, biparental? Seria a monoparentalidade planejada desaconselhável, em nome do *Melhor Interesse da Criança*?

É na tentativa de responder a tais questionamentos que o presente estudo pretendeu analisar a legitimidade de uma pessoa solteira em empreender um projeto particular de parentalidade, recorrendo ao auxílio das modernas técnicas de procriação medicamente assistida. Dessa maneira, o artigo em questão tem por escopo a análise de formas originais de constituição da parentalidade, vez que a concepção se dará por meio de procriação medicamente assistida e tendo como o propósito a unilateralidade da maternidade ou da paternidade e o asseguramento dessa monoparentalidade proposital.

Nesse sentido, busca-se oferecer ao leitor, de modo inovador, uma compreensão da temática que perpasse tanto por um recorte bioético, indispensável a sua compreensão, quanto por uma investigação relativa às questões de gênero atinentes às mudanças dos papéis sociais desempenhados pelas mulheres e pelos homens na sociedade contemporânea.

Para tanto, objetivou-se: a) traçar um panorama histórico-legislativo, o qual desembocou no reconhecimento da família monoparental como entidade familiar; b) estudar quais as diretrizes vigentes em matéria de reprodução humana assistida no Brasil; c) entender o papel da bioética na regulamentação das técnicas reprodutivas; d) compreender as implicações do planejamento familiar nas escolhas individuais dos projetos parentais dos indivíduos; e) analisar a legitimidade das "produções independentes" de parentalidade, à luz da bioética e das normatizações vigentes em matéria de família monoparental e de reprodução humana assistida, máxime no que diz respeito às questões de gênero.

Fez-se, assim, a partir da aplicação da técnica de pesquisa documental, um estudo legislativo, com base na CF, na Lei n. 9.263/1996 (Lei de Planejamento Familiar), nos projetos de lei em matéria de reprodução humana assistida e nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), a fim de compreender a sistemática legislativa vigente no tocante a temática central da pesquisa. Ademais, utilizou-se, no presente artigo, o método de raciocínio analítico-dedutivo, fazendo-se uma revisão bibliográfica, com a finalidade de buscar na doutrina os principais posicionamentos em matéria de famílias monoparentais e "produções independentes" de filiação.

1 O RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA MONOPARENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Na lição de Cynthia Sarti (2000, p. 40), a família vai ser a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida. Percebe-se a veracidade dessa afirmação em virtude de que em cada núcleo familiar é contada a história das relações sociais e que as famílias são verdadeiros microcosmos sociais em suas realidades e vivências.

Sob tal perspectiva, faz-se necessário analisar, em síntese apertada, a evolução ditada pela CF de 1988, em seu art. 226, §§1º, 2º, 3º e 4º, com a introdução de novas formas de família sob a égide do termo "entidade familiar". O que o legislador constitucional fez, em face do reconhecimento expresso da monoparentalidade como família, foi inserir na sistemática protetiva agrupamentos sociais outrora desprovidos de tutela jurídica (LEITE, 1995, p. 44). Nesse contexto, famílias compostas por mãe e seus filhos ou pai e seus filhos saíram da exclusão legislativa e passaram ao patamar antes ocupado apenas pela família matrimonial.

Enquanto indivíduos, todos estão sujeitos aos desafios de suas respectivas subjetividades, assim, como não se admitir que as famílias reflitam essas peculiaridades? Como exigir que, diante de tanta diversidade e pluralismo, as famílias refletissem um patamar unívoco de características? Nesse diapasão, é preciso compreender que, para além do reconhecimento legal, as famílias formadas por um único genitor e seus filhos são uma realidade social, seja em face de fenômenos transitórios, como casos sazonais, ou constituídas em sua essência definitivamente como monoparentais.

A família contemporânea desafia parâmetros, desconstruindo estereótipos, e o que outrora era pensado como condição imutável para seu reconhecimento – como a relação entre mulher e homem em face de vínculos monogâmicos inquebrantáveis – na atualidade não é mais uma verdade absoluta.[2] Dessa maneira, faz-se necessário compreender, no que tange as famílias monoparentais, que o processo de reconhecimento dado pela legislação constitucionalista é um divisor de águas no acolhimento/reconhecimento dessas entidades familiares.

Se a família é o instrumento de asseguramento do indivíduo em seu desenvolvimento, o que move a sua formação e sustentação não é a previsão legal, como marco de sua existência, mas a sua observância reiterada na sociedade. Ante tal perspectiva, é impossível negar a existência dessas configurações familiares na realidade social brasileira, a exemplo do que apontam as estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no Censo Demográfico, no qual se constatou que o total de mulheres solteiras com filhos é de 12,2% da população, ao passo que o total de homens com filhos e sem cônjuges é de 1,8% da população (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010, p. 71).

2 Tal concepção sustenta-se, seja porque o casamento válido hoje é dissolvido tanto pela morte, quanto pelo divórcio, seja porque as uniões entre casais do mesmo sexo – outrora condenadas ao ostracismo – gozam do mesmo reconhecimento das relações heteroafetivas.

O que se discute, no presente artigo, é a percepção de formas inovadoras para a constituição das famílias monoparentais, o que não invalida a sua concretização, apenas traz à baila a questão da legitimidade da aceitação do exercício da autonomia privada em conformidade com o *Melhor Interesse da Criança e do Adolescente*, para os casos de produções independentes de maternidade ou paternidade.

De fato, o que se pode ressaltar na importância da família monoparental é a inexigibilidade do formato casal e filhos, pelo que, em essência, deve-se atestar a efetividade dos princípios da *Autonomia Privada*[3] e do *Pluralismo Familiar*. O primeiro, tendo em vista a indiscutível formação familiar ser decorrente do direito de escolha em exercer a reprodução para além do casamento ou da união estável, configura uma das expressões do *Princípio da Liberdade Familiar*. Quanto ao segundo, decorre da compreensão de que as famílias são plurais, assim como seus membros, não existindo um único padrão a ser seguido. Afinal, como bem lembra Paulo Lôbo (2017, p. 78), o art. 226 da Constituição Federal instaurou um paradigma no qual as entidades familiares são múltiplas e iguais em dignidade, não podendo haver qualquer hierarquia entre elas, tendo em vista a liberdade na sua formação.

Nessa continuidade, faz-se importante perceber que, como sustenta Luiz Edson Fachin (2008, p. 7), o direito civil atravessou um processo de constitucionalização, em que, na sua dimensão formal, os três principais institutos do direito privado (a família, a propriedade e os contratos) passaram a integrar o corpo da normativa constitucional e, na sua dimensão prospectiva, deve-se ressignificar tais significantes do discurso jurídico-normativo, de modo a adequá-los à realidade social plural. Ante tal perspectiva, não se pode olvidar dos ditames constitucionais, sobretudo, no tocante à aplicação imediata dos seus princípios e das garantias fundamentais quando se analisa a sistematização das relações privadas, em especial, as familiaristas. Nesse sentido, sustenta Paulo Lôbo (2014, p. 20) que tal paradigma, o qual se deu o nome de metodologia civil-constitucional, representa "uma metodologia de estudo, de pesquisa e de aplicação do Direito Civil", na qual se tenta preservar os direitos fundamentais dos particulares também quando inseridos nas relações privadas.

É fato, por outro lado, que os filhos oriundos de famílias monoparentais – propositadamente concebidas nesse formato – estão alijados do seu direito de escolha. Entretanto, qual a espécie de família que leva em consideração o direito de escolher nascer? Ademais, a constatação de um formato diverso para o afeto materno-filial ou paterno-filial não pode ser um

3 Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, que, no Brasil, deu-se, notadamente, a partir do advento da Constituição de 1988, constata-se uma clara preferência pela Autonomia Privada em detrimento da ideia de Autonomia da Vontade. Isso, pois, a primeira, diferentemente da segunda, prima pelo exercício de interesses subjetivos, com observância dos interesses coletivos. No tocante ao planejamento familiar, a seu turno, os interesses dos particulares devem, portanto, respeitar, sobretudo, os ideais de solidariedade tanto material, quanto imaterial. No mesmo sentido, conferir Holanda (2017, p. 220).

obstáculo ao reconhecimento de famílias que quebram paradigmas, mas que estão inseridas no contexto social. Sendo assim, faz-se imperiosa a reflexão acerca da voluntariedade na constituição desses tipos familiares, máxime no que diz respeito ao recurso às técnicas reprodutivas medicamente assistidas e sua legitimidade ante o arcabouço normativo pátrio.

2 Novos paradigmas em matéria de filiação: a reprodução humana assistida e a sua (não) regulamentação no Brasil

Falar no instituto jurídico da filiação atualmente é, sem dúvida, uma tarefa bastante complexa. Afinal, desde que a Constituição de 1988 revolucionou completamente o ordenamento brasileiro em matéria de direito das famílias, os vínculos paterno-materno-filiais não possuem mais um viés excludente ou discriminador. Nesse caso, tais relações jurídicas deixaram de ser pautadas na hierarquização, na legitimidade da filiação, no critério biológico e na perspectiva patrimonialista, para serem vistas como um meio de realização e de dignificação dos membros desse seio familiar. Para tanto, a afetividade e o cuidado foram eleitos como valores jurídicos relevantes, merecedores de proteção e de incentivo por parte do Direito.

Ademais, somada a essa nova perspectiva familiarista, os grandes avanços da medicina e da biotecnologia potencializaram as possibilidades de concretização de um projeto parental, por intermédio das chamadas técnicas de reprodução humana assistida (RHA). Tais procedimentos, aliados às normativas atinentes ao planejamento familiar, surgiram como uma alternativa legítima e eficaz para quem anteriormente estaria impossibilitado de concretizar um projeto parental por meio da reprodução humana natural. Nesse sentido, corrobora Maria Cláudia Crespo Brauner (2003, p. 51-52) ao afirmar que "deve ser considerada legítima toda intervenção que tenha o objetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento de filhos desejados".

Tais técnicas, assim pautadas nas ideias de liberdade no planejamento familiar e de proteção aos direitos sexuais e reprodutivos, acabam gerando novas possibilidades para a filiação. Afinal, a infertilidade e a esterilidade são situações corriqueiras na sociedade, encontrando na RHA uma possível solução. Além do mais, outros indivíduos, como os casais homoafetivos, as mulheres em idade avançada e as pessoas solteiras também podem socorrer-se a tais tratamentos, desde que respeitados os ditames estabelecidos para o planejamento familiar (AUTO, 2012, p. 84).

Em que pese todos esses avanços, entretanto, o ordenamento jurídico pátrio ainda não se ajustou completamente às novas alternativas da biotecnologia. Isso, pois, apesar de haver inúmeros projetos de lei tramitando no Congresso Nacional sobre RHA, nenhuma norma específica nessa matéria foi aprovada até o presente momento, causando, de certa forma, uma atmosfera de insegurança jurídica àqueles que desejam se submeter a tais tratamentos.

De toda sorte, claro que não se pode dizer que o ordenamento é totalmente silente, pois há algumas poucas disposições que se destinam ao estabelecimento de parâmetros no assunto,

quais sejam: a) as presunções jurídicas de filiação do art. 1597 do Código Civil (CC) – que tratam apenas acerca da atribuição de paternidade presumida às pessoas nascidas na constância do casamento e oriundas de técnicas de RHA homóloga[4] e heteróloga;[5] b) as Resoluções do CFM – correspondendo a meras normas deontológicas médicas para orientação das condutas dos profissionais no emprego desses procedimentos; c) o art. 226, § 7º da CF e a Lei n. 9.263/1996 – que serão melhor abordados em tópico próprio –, que dão as diretrizes em matéria de planejamento familiar.

Somente isso, no entanto, não é suficiente. Afinal, tais técnicas vão muito além das questões atinentes ao direito das famílias, dizem respeito à dignidade humana, aos direitos da personalidade e fundamentais. Desse modo, é essencial que haja uma regulamentação própria e específica capaz de incorporar os ditames bioéticos específicos em matéria de RHA ao ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2017, p. 781, grifo nosso) comenta:

> Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que *tudo aquilo que não está proibido está permitido*, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética.

Sendo assim, pelo que se pode perceber, a mobilização do legislativo para regular tal matéria é necessária e deve se dar o mais rapidamente possível. Afinal, a emergência dessas novas tecnologias representa a própria materialização da tridimensionalidade do Direito, o qual, por sua vez, como dizia Reale (2002, p. 2) é fato, valor e norma. Muda o meio social, mudam-se os fatos, novas valorações surgem e, consequentemente, o Direito passa a ser impelido a se adaptar àquela nova realidade. Tendo isso em mente, a omissão do Congresso na aprovação de uma lei que regulamente as técnicas de RHA mostra-se, inclusive, danosa e irresponsável, pois coloca tais relações às margens da legalidade e da segurança jurídica.

De outro lado, apesar dos impactos negativos de tal escassez legislativa, ainda existem outras formas de saná-la legitimamente no ordenamento jurídico pátrio. Diante disso, como referido

4 A técnica de RHA homóloga se dá quando há utilização dos gametas do próprio casal para viabilizar a reprodução. O art. 1.587 do CC utiliza esse termo em dois momentos: a) para atribuir a paternidade ao marido que consentiu com o uso de seu material genético para efetivação da técnica reprodutiva, mesmo que realizada após a sua morte (a chamada RHA *post mortem*); b) para, nos casos de implantação, a qualquer tempo, de embrião excedentário, atribuir a paternidade ao marido, visto que tais embriões detêm o material genético de ambos os cônjuges.

5 A técnica de RHA é denominada heteróloga quando se faz necessária a utilização de material genético de um terceiro, doador de gametas, estranho ao casal, para poder viabilizar o emprego dos procedimentos reprodutivos. O art. 1.597 do CC utiliza esse termo em um de seus incisos, no qual atribuiu a paternidade ao marido que consentiu com o emprego da técnica de reprodução heteróloga.

anteriormente, mesmo não havendo regras específicas, há alguns instrumentos normativos, supramencionados, que podem ser usados para garantirem o acesso a esses procedimentos. Nesse sentido, explica, ainda, Maria Helena Diniz (2017, p. 781):

> [...] entendemos que, ante a ausência daquela norma, dever-se-á aplicar o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, freando, assim, a atividade jurisdicional, que, então, só poderá utilizar-se dos princípios gerais do direito comparado ante a complexidade dessa temática, sempre levando em conta o respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III), diretrizes do Código de Ética Médica, arts. 15, 16 e 99 e a da Resolução do CFM n. 2.121/2015.[6]

Afinal, deixar de reconhecer tais relações jurídicas pela pura ausência de leis é o mesmo que negar a realidade e a concretude dos fatos e a forma como eles se apresentam. É partindo dessa perspectiva que o presente trabalho se destina a analisar a legitimidade das "produções independentes" de filiação, mormente à compreensão dos ditames bioéticos, o estudo do planejamento familiar e, também, as perspectivas do direito das famílias pátrio, que serão discutidos a seguir.

3 O ESTUDO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

A Bioética surgiu como um conjunto de normas éticas, morais e deontológicas num momento em que a comunidade global perpassava por novas descobertas técnico-científicas. Essas descobertas, por sua vez, nem sempre foram acompanhadas por um processo humanístico, em que a dignidade da pessoa humana era respeitada como um princípio universal de bem-estar biopsicossocial de todos os indivíduos envolvidos nas relações biomédicas.

Nesse sentido, pode-se dizer que o marco histórico para o surgimento desse campo teórico remonta a uma série de abusos sofridos por volta de meados do século XX, quando o perfil majoritário de envolvidos era o de seres humanos classificados como cidadãos de segunda classe,

> [...] os alvos de pesquisa eram os chamados "cidadãos de segunda classe": internos em hospitais de caridade, adultos com deficiências mentais, crianças com retardos mentais, idosos, pacientes psiquiátricos, recém-nascidos, presidiários, enfim, pessoas incapazes

6 Apesar da edição de nova resolução deontológica, qual seja, a Resolução n. 2.168/2017 do CFM – a qual deu posteriormente ao fechamento da edição do respectivo livro –, há de se pôr em evidência que o pensamento da autora continua subsistindo em relação a aplicação da referida norma de modo subsidiário; tendo em vista que as alterações pertinentes a norma não modificarem o teor hierárquico do regramento.

> de assumir uma postura moralmente ativa diante do pesquisador e do experimento. (BEECHER, Henry[7] apud DINIZ; GUILHEM, 2002, p. 20-21)

Diante desse quadro problemático, em 1974, o Governo e o Congresso norte-americano criaram a "Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental", a fim de que, no prazo de quatro meses, fossem identificados os princípios básicos que deveriam conduzir as experimentações que utilizassem seres humanos nas ciências do comportamento biomédico (SOARES; PIÑEIRO, 2006, p. 31). Esse trabalho, ao ser publicado, ficou conhecido como Relatório de Belmont, o qual marcou decisivamente o início da história ocidental da bioética, afinal foram instituídos três princípios basilares: a) o *Respeito pelas Pessoas*; b) a *Beneficência*; e c) a *Justiça*.

Entretanto, apesar da importância histórica trazida pela criação desses princípios, foi apenas a partir da publicação de *Princípios da Ética Biomédica*, de autoria de Tom Beauchamp e James Childress que, em 1979, a bioética consolidou força acadêmica por meio da Teoria Principialista, a qual ainda hoje é adotada e estudada pelos estudiosos da matéria (DINIZ; GUILHEM, 2002, p. 38). Nesse sentido, vale dizer que, a partir dessa nova sistemática, há a observância dos seguintes princípios: a) *Autonomia*; b) *Beneficência*; c) *Não Maleficência*; e d) *Justiça*.

No tocante ao estudo da referida temática, cumpre salientar que essa será a teoria adotada para reflexão no presente trabalho, não se olvidando de reconhecer que ela não é a única maneira de se compreender a Bioética como um campo autônomo nas ciências do conhecimento, existindo, para tanto, outras interessantes visões. Por outro lado, ratifica-se que talvez seja a teoria mais importante, pois é a que, em maior amplitude, é difundida e conhecida pelos estudiosos da temática.

Diante de tais critérios, o princípio da *Autonomia* para a Bioética se refere às liberdades individuais do sujeito submetido a uma relação médico-paciente. Dessa maneira, prioriza-se a lógica de respeito à autonomia existencial do indivíduo em desejar se submeter a um determinado tipo de procedimento ou não. Nesse sentido, ainda há a possibilidade de que essa anuência seja dada a partir de um vício de consentimento, como o paciente ser influenciado na tomada de decisão, ou ainda que esse ato seja emanado de coação, fraude ou erro, por exemplo. Perfaz-se, por isso, a necessidade de que haja a figura do chamado consentimento livre e esclarecido:

> II.7 – **Consentimento livre e esclarecido –** anuência do participante da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a

7 BEECHER, Henry. Ethics and clinical research. *The New England Journal of Medicine*. v. 274, n. 24, June, 16, 1966.

> natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar. (BRASIL, 2012, grifo nosso)

A partir disso, percebe-se que o consentimento livre e esclarecido se baseia na ideia de que o responsável por conduzir o ato médico deva detalhar ao paciente todos os procedimentos possíveis para o seu quadro clínico, bem como os riscos que podem existir a partir de cada escolha que poderá ser tomada. Assim, garantir-se-á que esse sujeito, a partir de sua capacidade em se autodeterminar, possa consentir autonomamente por meio da decisão de qual técnica irá querer se utilizar. Atualmente, por isso, não basta que o médico tome a decisão pelo paciente, é necessário que ele sirva como auxiliar na tomada de decisão, sem que tolha a possibilidade de o sujeito passivo da relação biomédica decidir a partir de sua razão e faculdade mental.

Entretanto, por sua vez, como se pode avaliar a aplicação desse princípio numa relação em que se envolva o uso das técnicas de RHA? Atualmente, como analisado neste estudo, ainda há uma escassez legislativa quanto à regulamentação específica dessas técnicas reprodutivas, fazendo-se necessário o uso de normas deontológicas. Tais normas, a seu turno, não devem ser percebidas como regras gerais de influência direta aos julgadores, sendo sua efetividade circunscrita apenas aos agentes de saúde.

Diante disso, torna-se imperioso recorrer às normas existentes em direito admitido, como as normas-princípios, entendidas nesse contexto como as garantias fundamentais, a exemplo da *Dignidade da Pessoa Humana,* da *Liberdade* etc. De toda sorte, discute-se também a necessidade de uma regulamentação conjunta com uma fiscalização da aplicação das normas deontológicas, a fim de se buscar uma prática médica livre de abusos e transparente quanto ao procedimento a ser realizado no uso das técnicas medicamente assistidas.

Cabe, nessa oportunidade, ressaltar o que dispõe a Resolução n. 2.168/2017 do CFM, a qual disciplina deontologicamente o uso das técnicas de RHA, especificamente no que tange aos princípios norteadores desses procedimentos,

> 4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, **bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta**. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, grifo nosso)

Diante do exposto, ao se pensar em autonomia num projeto de parentalidade, o qual se utilizará das técnicas medicamente assistidas, é necessário levar para o autor (ou autores) do

projeto parental em questão todas as informações necessárias a respeito dos procedimentos e riscos que podem haver a partir do uso dessas técnicas. Assim, mediante a sutileza de tal norma, é fundamental que seja exposto também aos interessados em desenvolver o seu projeto parental os resultados obtidos naquela unidade de tratamento. E é partir desse momento que há um grande dilema: existem clínicas em nosso país que se utilizam desse momento como uma forma de propagar uma pretensa ideia de que um projeto parental desenvolvido naquele laboratório terá resultados que se assemelhem aos de outras pessoas que já utilizaram aquele mesmo tratamento na respectiva unidade.

Há de se falar, por isso, que a instauração da procriação artificial possibilita que o que era um ato de sujeitos figure-se em produto de uma atividade científica ou industrial e, por isso, ocorra uma artificialização do ser vivo em se tornar a própria mola da transformação em material (TORT, 2001, p. 70). É possível conceber, para tanto, uma verdadeira concepção de mercado vivo de material genético, ao oferecer a efetivação do projeto parental mediante oferta, procura e escolha.

Ainda nessa perspectiva, como esclarece Marianna Chaves (2016, p. 313), importa refletir que só se pode falar genuinamente em autonomia reprodutiva quando existe uma escolha efetiva, fundamentada em informação correta e apropriada. Não basta que casais sejam adequadamente informados, haja vista que costumeiramente focaliza-se mais nas vantagens do que nos perigos das técnicas. Assim, é necessário que o médico não condicione o paciente, ainda que indiretamente, a tomar determinada decisão, pois tal conduta configuraria uma opressão ao interesse de se decidir autonomamente.

Pensando-se, agora, no princípio da *Beneficência*, é necessário associá-lo ao de *Não Maleficência*, a fim de que não haja nenhum prejuízo a quem utiliza as técnicas medicamente assistidas. O seu conteúdo se baseia em parte no Juramento Hipocrático, em que o médico se compromete em nunca causar danos ou mal a alguém. Nesse sentido, como explica Maria Helena Diniz (2017, p. 39), "baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar injustiça". Assim, busca-se na figura do médico um alguém capaz de proporcionar apenas benefícios ao sujeito passivo de uma relação biomédica, para além da perspectiva de que esse seja um possível violador de direitos. Por outro lado, o princípio da não maleficência corresponderia a um desdobramento do primeiro, trazendo a ideia de "obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima: *primum non nocere*" (DINIZ, 2017, p. 40). Nesse sentido, pode-se entender genericamente que esses princípios se afeiçoam à ideia de fazer o bem, ao mesmo tempo que se busca não fazer o mal, havendo por isso, uma dicotomia de obrigações no exercício da atividade médico-paciente.

Por fim, o princípio da justiça, como asseveram Débora Diniz e Dirce Guilhem (2002, p. 32), está correlacionado com a ideia de equidade social, tal como o filósofo John Rawls havia proposto, ao reconhecer as necessidades diferentes para a defesa de interesses iguais. Por outro

lado, como lembra Maria Helena Diniz (2017, p. 40), este princípio requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios quanto à prática médica pelos profissionais da saúde, haja vista que os ditos "iguais" deverão ser tratados igualmente, a fim de que não haja qualquer tipo de discriminação. Entretanto, ainda sob essa ótica, é necessário associar a este princípio as noções de respeito à justiça distributiva.

> Esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente. Mas quem seria igual e quem não seria igual? Quais as justificativas para afastar-se da distribuição igual? Há propostas apresentadas pelo *Belmont Report* de como os benefícios e riscos devem ser distribuídos, tais como: a cada pessoa uma parte igual, conforme suas necessidades, de acordo com seu esforço individual, com base em sua contribuição à sociedade e de conformidade com seu mérito. (DINIZ, 2017, p. 40-41)

Nesse sentido, percebe-se que a lógica distributiva, baseada no princípio da justiça, preocupa-se em atender, também, às necessidades dos indivíduos conforme suas particularidades. Por esse ângulo, dizer que garantir tratamento igualitário para pessoas com necessidades diferentes não seria um meio eficaz de promover a justiça. É necessário que se analise *in casu* as necessidades pessoais de cada indivíduo e suas particularidades. Por isso, não basta aplicar as noções atinentes à igualdade meramente formal no caso fático, mas sim compreender a igualdade material em respeito à diferença, haja vista que a sociedade contemporânea abarca diferentes tipos de pessoas. Não seria plenamente eficaz garantir para todos os "iguais" o mesmo tipo de tratamento. É necessário, assim, vencer a velha lógica associada à igualdade pela igualdade, sem corresponder necessariamente à busca de atender à diferença.

Diante disso, a lógica distributiva para as pessoas que buscam garantir o seu planejamento parental se dá de modo desigual a partir do uso das técnicas de RHA. Basta imaginar a busca de casais homoafetivos e pessoas solteiras na utilização de tais procedimentos e a possibilidade de objeção de consciência, conforme propugna a Resolução n. 2.168/17 do CFM. Ou, também, pensando-se em critérios socioeconômicos, será que todos possuem condições de arcar com o uso de tais técnicas? Ainda hoje o debate acerca do direito à reprodução como um direito fundamental é acirrado e, apesar dos mais diversos defensores deste direito, é necessário judicializar os planos de saúde para arcarem com os gatos desses tratamentos. De outro modo, a noção de justiça redistributiva é também vencida pela incapacidade do Estado poder custear em igualdade e respeito à diferença o acesso às técnicas medicamente assistidas por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

Por fim, importa dizer que não se deve aplicar esses princípios de modo isolado. É necessária a interpretação conjunta dos princípios para que sejam garantidos, na relação médico-paciente, os melhores resultados quanto aos objetivos traçados no projeto parental do autor do planejamento familiar. Diante disso, é eficaz entender-se que um planejamento familiar deve

ser exercido livre de vícios, subordinações ou termos para a sua execução. Mas será que este livre planejamento familiar não seria imbuído de alguns limites em sua execução? Esta matéria será discutida em tópico a que se segue.

4 Planejamento familiar e liberdade: autonomia sem limites?

Quando se fala em planejamento familiar, costuma-se associar o seu exercício com o direito à liberdade. Isso, pois, ao mencioná-lo, o texto constitucional classifica-o como sendo uma decisão do casal.[8] Dessa análise da Carta Magna, por sua vez, poder-se-ia pensar, *a priori*, que o legislador constituinte atribuiu a legitimidade desse direito apenas ao casal; pressupondo, assim, uma conjugalidade[9] necessária, para que os titulares pudessem exercer tal direito. No entanto, quando se verificam as disposições da Lei n. 9.263/1996, conhecida como a Lei de Planejamento Familiar, percebe-se que o art. 2º da referida norma atribui a titularidade desse direito também às pessoas individualmente consideradas: "Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole **pela mulher, pelo homem ou pelo casal**" (BRASIL, 1996, grifo nosso).

Desse modo, pode-se perceber que a titularidade da referida garantia legal é mais ampla, abarcando tanto os casais, como o homem ou a mulher isoladamente. A partir dessa noção, já se pode enquadrar o Planejamento Familiar como um direito de liberdade dos cidadãos. Entretanto, a referida garantia não se resume a isso. Tal direito, por um lado, enseja, ainda, uma abstenção estatal na esfera particular, de forma a não interferir na seara privada, bem como, por outro lado, assegura um caráter promocional por parte do Estado, que assume o papel de garantidor do acesso à informação para essas pessoas. Nesse sentido, assevera Maria Amélia Belomo Castanho (2014, p. 68),

> O planejamento familiar constitucional, regulamentado pela Lei 9.263 de 12.01.1996, tem sentido amplo e compreende a escolha livre e consciente do indivíduo para evitar ou constituir prole, o que se deve dar a partir de um processo sério de esclarecimento e conscientização focado nas propostas de um Estado democrático de direito.

8 "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (BRASIL, 1988).

9 A acepção da palavra conjugalidade no referido contexto deve ser entendida em modo amplo, ou seja, abarcando tanto a ideia de casamento quanto a de união estável.

Nessa perspectiva, percebe-se que, em consonância com o princípio da autonomia bioética, transfigurada na forma de consentimento informado, conceitos anteriormente trabalhados, o planejamento familiar somente se mostra pleno e efetivo quando há o devido acesso à informação do seu titular. É nessa seara onde está a responsabilidade estatal como garantidor e provedor do referido acesso à população em geral, não somente à informação, mas também aos métodos e às técnicas de concepção e de contracepção. Sendo assim, pode-se resumir tal atuação da seguinte maneira:

> O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas para a regulamentação da fecundidade. (DIAS, 2015, p. 392)

Afinal, a reprodução também é um direito fundamental que se encontra diretamente relacionado ao planejamento familiar. Tal reconhecimento, por sua vez, foi possibilitado graças ao auxílio do movimento de mulheres, o qual foi responsável por lançar essas questões às pautas internacionais, mormente no que diz respeito à expansão dos direitos humanos (MOSCHETTA, 2011, p. 75). Dessa maneira, faz-se indispensável por parte do Estado a promoção de políticas que estimulem um exercício consciente das funções reprodutivas humanas, dentre os parâmetros de autonomia e responsabilidade necessários, pois, fazendo isso, estará diretamente influindo para um planejamento familiar consciente e efetivo.

Nessa toada, entendidos o seu conceito e a sua titularidade, cabe, nesta oportunidade, ainda, refletir acerca das limitações ao planejamento familiar. Para tanto, faz-se importante indagar: quando se fala em uma "livre decisão", confere o Estado aos seus cidadãos uma autonomia ilimitada? Impõe a Lei alguma restrição ao exercício do referido direito? E, ainda, se existe essa limitação, qual o seu impacto no exercício desse direito por parte dos seus titulares?

Primeiramente, é imperioso destacar que essa autonomia derivada do planejamento familiar, de fato, não é irrestrita. Isso, pois, a Lei, mais precisamente a própria Constituição da República, impõe aos titulares duas limitações à sua autonomia, as quais se transfiguram na forma de dois princípios constitucionais: a) *a Dignidade da Pessoa Humana*; e b) a *Parentalidade Responsável*.[10] Dessa maneira, cabe tecer alguns comentários e reflexões acerca desses dois preceitos, para melhor compreendê-los, bem como seus impactos no exercício desse direito.

10 Mesmo sabendo que o termo utilizado pelo texto constitucional originalmente é "paternidade responsável", optou-se por seguir os ensinamentos de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, utilizando-se o termo "parentalidade responsável". Isso pois entende-se que é mais adequado a sua aplicação, tendo em vista ser termo mais genérico, que engloba tanto a noção de paternidade quanto a de maternidade.

No tocante à *Dignidade da Pessoa Humana*, esta se encontra prevista no art. 1º, III da Carta Magna como sendo um dos fundamentos da República. Tal normativa, por sua vez, prescreve que o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo (BARROSO, 2010), vedando qualquer tipo de objetificação da pessoa humana. No que tange ao planejamento familiar, esse princípio basilar serve de garantia não apenas da liberdade do indivíduo, como também um fator de limitação à atuação do Estado (CASTANHO, 2014, p. 80). É por isso que se fala em um dever de abstenção estatal com relação à ingerência na esfera privada dos particulares, bem como numa autonomia dos titulares em exercer o planejamento.

A autonomia, por sua vez, não é plena. Isso, pois, o seu exercício deve levar em consideração, também, os interesses do futuro filho. Afinal, o *Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente* oferece especial proteção a esses indivíduos pela sua condição *sui generis* de pessoas em desenvolvimento. Sendo assim, merecem que seja dada preferência aos seus interesses, em detrimento dos interesses dos adultos, que, no caso, correspondem aos pretensos pais, pois

> […] a dignidade da pessoa humana atuará como limitadora ao exercício do planejamento familiar sempre que for necessário resguardar a dignidade de outrem, especialmente a figura do filho, fruto de uma decisão da qual não participou, mas que definirá os rumos dos acontecimentos de sua vida. (CASTANHO, 2014, p. 83)

Desse modo, sempre que a dignidade do futuro filho for aviltada, não haverá de prosperar a autonomia dos pais na efetivação de seus direitos reprodutivos, já que a sua condição *sui generis* de ser em desenvolvimento dá-lhe uma primazia na proteção de seus interesses.

Além da dignidade, também serve como um pilar ao exercício do planejamento familiar a *Parentalidade Responsável*. Esse preceito diz respeito à responsabilidade dos pais em proporcionarem aos filhos um ambiente sadio para o seu pleno desenvolvimento psíquico e físico. Está, por sua vez, ligado à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, estampada no *caput* do art. 227 da Constituição da República.[11]

Assim, percebe-se que é conferido ao Estado, à sociedade e à família o dever de zelar pelos interesses das crianças e dos adolescentes, de forma a garantirem sua integridade e o seu pleno desenvolvimento físico-psíquico. Em razão disso, não pode o planejamento familiar estar dissociado da ideia de responsabilidade, especialmente dos pais, no cuidado com a sua futura prole, o que deve garantir sempre o respeito às suas garantias fundamentais. Além disso, não se pode olvidar do papel do Estado e da sociedade, também, na promoção do

11 "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (BRASIL, 1988).

bem-estar dessas crianças, fiscalizando sempre o desempenho dos pais no exercício das suas atribuições parentais.

Pode-se perceber, por conseguinte, que o planejamento familiar constitucionalmente previsto não é ilimitado e devem os pretensos pais exercerem-no com responsabilidade, zelando sempre pelo respeito à dignidade da futura prole. Para tanto, deverão efetivar seu direito com observância das limitações legais impostas, quais sejam a dignidade da pessoa humana e a parentalidade responsável. Tendo isso em mente, uma "produção independente" de parentalidade deverá estar em conformidade com tais princípios para ser considerada legítima, tema que será melhor abordado no tópico seguinte.

5 A LEGITIMIDADE DAS "PRODUÇÕES INDEPENDENTES" DE PARENTALIDADE FRENTE AO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme anteriormente referido, não há atualmente qualquer legislação específica que regulamente o uso das técnicas de RHA no Brasil. Tal contexto acaba por gerar diversos questionamentos no tocante à sua aplicação, mormente com relação aos destinatários dessas técnicas. É em meio a essa seara de incertezas que se questiona a legitimidade de uma pessoa solteira recorrer a esses procedimentos para levar a cabo um projeto parental individual, conhecido como "produção independente".

De toda sorte, em que pese a escassez legislativa na matéria, não se pode dizer que inexistem balizamentos normativos referentes à temática, como se foi comentado em tópico anterior. Sendo assim, mesmo diante de um cenário lacunoso, as orientações existem e merecem ser observadas e debatidas, a fim de avaliar a legitimidade desses projetos monoparentais intencionais.

Para tanto, cumpre ressaltar, primeiramente, os ditames deontológicos estabelecidos nas Resoluções do CFM. Nesse sentido, como bem explicam André Soares e Walter Piñeiro (2006, p. 27) acerca da deontologia médica, "[...] A deontologia implica sempre uma legalidade. Ela estabelece as condutas que deverão ser assumidas e pune outras, reprováveis". Dessa maneira, ainda que não se substituam às leis, visto que são apenas normas de cunho administrativo interno de um órgão de classe profissional, não há como ignorar, todavia, os preceitos, sobretudo os de cunho ético, estabelecidos por elas.

Foram editadas, assim, até o presente momento, cinco resoluções sobre essa temática pelo CFM, quais sejam: a) a Resolução n. 1.358/1992; b) a Resolução n. 1.957/2010; c) a Resolução n. 2.013/2013; d) a Resolução n. 2.121/2015; e) a Resolução n. 2.168/2017, que está vigente no momento. Tais normas contêm, dentre outras disposições, a estipulação de quem pode ou não ser beneficiário desses recursos. Sendo assim, foram analisadas as previsões contidas nas resoluções atinentes aos possíveis beneficiários dos procedimentos, bem como se havia alguma previsão específica no tocante ao seu uso por pessoas solteiras. Os resultados encontrados estão descritos no Quadro 1.

QUADRO 1 – **COMPARAÇÃO ENTRE AS RESOLUÇÕES DO CFM SOBRE RHA**

ASPECTO	RESOLUÇÃO N. 1.358/1992	RESOLUÇÃO N. 1.957/2010	RESOLUÇÃO N. 2.013/2013	RESOLUÇÃO N. 2.121/2015	RESOLUÇÃO N. 2.168/2017
BENEFICIÁRIO	MULHERES CAPAZES, DE ACORDO E ESCLARECIDAS	PESSOAS CAPAZES, DE ACORDO E ESCLARECIDAS	PESSOAS CAPAZES, DE ACORDO E ESCLARECIDAS	PESSOAS CAPAZES, DE ACORDO E ESCLARECIDAS	PESSOAS CAPAZES, DE ACORDO E ESCLARECIDAS, CONFORME LEGISLAÇÃO VIGENTE
DIREITO DE PESSOAS SOLTEIRAS	NÃO HÁ PREVISÃO	NÃO HÁ PREVISÃO	PERMITIDO, RESSALVADO DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO	PERMITIDO, RESSALVADO DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO	PERMITIDO, RESSALVADO DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO

Fonte: Elaborado pelos autores a partir dos dados da pesquisa.

Pela análise do referido quadro, pode-se perceber que, com o passar do tempo, houve uma tendência à ampliação dos beneficiários das técnicas de RHA. Afinal, saiu-se de uma concepção de heteroconjugalidade necessária, visto que, *a priori*, foi previsto como um direito da mulher capaz, desde que com a anuência do marido ou companheiro, para uma concepção de ser direito de toda e qualquer pessoa capaz, independentemente de estado civil ou de sexualidade. Tal conclusão pode ser tirada, pois, além das mudanças no tocante à previsão sobre os beneficiários, desde 2013 foi inserida expressamente a possibilidade do uso desses procedimentos por pessoas solteiras e casais homoafetivos,[12] o que corrobora com ideia da monoparentalidade poder ser intencional, sendo também independente da expressão da sexualidade.

12 Na jurisprudência, foram conquistados alguns direitos pelas pessoas homossexuais: 1) em 2011, o STF reconheceu as Uniões Homoafetivos (ADF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF), equiparando-as à União Estável, o que, desde já, autorizaria a conversão dessas Uniões em casamento pela exegese do art. 226, § 3º da CF; 2) em 2011, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a possibilidade de habilitação direta para o casamento homoafetivo (Resp. 1.183.378/RS; 3) em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 175/2013, a qual determina que os cartórios não podem se negar a promover a habilitação direta para o casamento homoafetivo. Diante disso, nota-se uma clara repercussão dessas decisões

Nessa continuidade, além das resoluções do CFM, há projetos de lei tramitando no Congresso Nacional que, apesar de não terem sido aprovados ainda, demonstram uma tendência do legislativo na regulamentação da temática. Sendo assim, na pesquisa, foram constatados 16 projetos de lei (PL) tramitando no Parlamento atualmente,[13] dos quais, foram selecionados cinco, visto que se propunham a uma normatização mais geral e abrangente dos referidos procedimentos, à medida que os demais apenas previam formulações pontuais acerca da RHA. A partir disso, foram analisadas, então, assim como nas Resoluções, as previsões contidas nos PL atinentes aos possíveis beneficiários dos procedimentos, bem como se havia alguma previsão específica no tocante ao seu uso por pessoas solteiras. Os resultados encontrados estão descritos no Quadro 2.

QUADRO 2 – **COMPARAÇÃO ENTRE PROJETOS DE LEI SOBRE RHA**

ASPECTO	PROJETO DE LEI N. 1.135 DE 2003	PROJETO DE LEI N. 1.184 DE 2003	PROJETO DE LEI N. 2.061 DE 2003	PROJETO DE LEI N. 4.892 DE 2012	PROJETO DE LEI N. 115 DE 2015
BENEFICIÁRIO	MULHERES CAPAZES, DE ACORDO E ESCLARECIDAS	MULHERES CIVILMENTE CAPAZES, DE ACORDO E ESCLARECIDAS, APTAS, FÍSICA E PSICOLOGICAMENTE, APÓS AVALIAÇÃO	HOMENS E MULHERES CAPAZES, DESDE QUE DE ACORDO E ESCLARECIDOS	PESSOAS MAIORES DE 18 ANOS, MEDIANTE MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DE SUA VONTADE E INDICAÇÃO MÉDICA	PESSOAS MAIORES DE 18 ANOS, MEDIANTE MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DE SUA VONTADE E INDICAÇÃO MÉDICA
DIREITO DE PESSOAS SOLTEIRAS	NÃO HÁ PREVISÃO	NÃO HÁ PREVISÃO	NÃO HÁ PREVISÃO	NÃO HÁ PREVISÃO	NÃO HÁ PREVISÃO

Fonte: Elaborado pelos autores a partir dos dados da pesquisa.

na elaboração das normas deontológicas do CFM, visto que, a partir da Resolução n. 2.013/2013, dá-se a opção de pessoas solteiras e de casais homoafetivos recorrerem a esses procedimentos. Além disso, cumpre esclarecer que, por tal razão, pessoas solteiras que sejam homossexuais também estão abarcadas como possíveis beneficiárias do recurso à RHA.

13 Os citados Projetos de Lei são os seguintes: n. 4.664/2001, n. 4.665/2001, n. 6.296/02, n. 120/2003, n. 1.135/2003, n. 1.184/2003, n. 2.061/2003, n. 4.686/2004, n. 4.889/2005, n. 5.624/2005, n. 3.067/2008, n. 7.701/2010, n. 3.977/2012, n. 4.892/2012, n. 115/2015 e n. 7.591/2017.

Pela análise do Quadro 2, pode-se perceber que, assim como no caso das Resoluções, houve uma tendência à ampliação dos beneficiários das técnicas de RHA; sem, no entanto, fazer qualquer menção à possibilidade do seu uso por pessoas solteiras. Tal contexto, entretanto, não pode e nem deve ser enxergado como uma intenção do legislador de proibir projetos de parentalidade individuais, até porque não há nenhuma disposição expressa nesse sentido. Pelo contrário, percebe-se que o legislador apenas preocupou-se em estabelecer que qualquer pessoa maior de 18 anos e capaz pode fazer uso dos referidos procedimentos, sem propor nenhuma restrição quanto ao estado civil dos indivíduos ou sua sexualidade.

Assim, constata-se, mais uma vez, que não haveria óbices quanto à concretização das "produções independentes", desde que respeitadas as diretrizes referentes à limitação do exercício do planejamento familiar. Nessa toada, cabe agora retomar às discussões anteriormente traçadas acerca da família monoparental, associadas, desta vez, às perspectivas referentes ao exercício do planejamento familiar e suas limitações constitucionais.

A monoparentalidade, conforme anteriormente exposto no tópico 1 do presente artigo, é uma realidade inegável no Brasil hodierno e também o era quando foi reconhecida como entidade familiar em 1988. Entretanto, ocorre que as transformações sociais acabaram por dar a essa espécie familiar um leque maior de opções no tocante as suas formas de constituição, alçando novos patamares que anteriormente não seriam possíveis.

Fala-se, então, atualmente, em duas formas distintas de formação de uma família monoparental. A primeira diz respeito à monoparentalidade *involuntária*, a qual pode ser associada principalmente à figura da mãe solo,[14] que foi fundamental para o reconhecimento da família monoparental como entidade familiar, mormente à finalidade de proteção dessas mulheres que eram abandonadas pelos companheiros, sendo obrigadas a desempenharem a maternidade individualmente e, ainda, carregando um forte estigma social de desvio do modelo patriarcal tradicional de família.

De outro lado, tem-se também a figura da monoparentalidade *voluntária*, a qual é o objeto de estudo do presente trabalho e representa justamente a vontade de constituição de um projeto parental individualmente por um homem ou uma mulher solteiros. No tocante a esse

14 Faz-se necessária a contextualização do uso da terminologia "mãe solteira" que é resultante de um artifício de violência simbólica contra as mulheres. Quem eram essas mulheres que engravidavam solteiras, sem vínculo de conjugalidade e contrariando a moral vigente? Em regra, eram mulheres estigmatizadas, excluídas socialmente e alvo do repúdio familiar. Ser solteira e ainda mãe era o pior dos pesadelos femininos, porque num único termo estava a síntese da vergonha, do ostracismo social, do preconceito e da discriminação. É fato que apenas na contemporaneidade, com o fortalecimento do Movimento de Mulheres, que ocorrem a mudança de paradigmas e a adoção – acertada – da expressão "mães solos" como sinônimo do esforço unilateral das mulheres para a criação dos seus filhos e sem qualquer cooperação dos genitores das crianças, que se mantinham ausentes da vida dos filhos, e, em regra, sem contribuírem para a subsistência da prole ou seu desenvolvimento emocional, que passavam a ser unicamente de responsabilidade das mães.

projeto parental individual voluntário, por sua vez, ele poderia vir a ser concretizado de três formas distintas: a) a adoção; b) a "produção independente" por reprodução assistida; e c) o coito sexual, em que a mulher planeja essa maternidade individualmente, omitindo para o parceiro seu desejo. Nesse sentido, comenta Luciana Brasileiro Auto (2012, p. 39),

> [...] a Constituição Federal, ao reconhecer as entidades familiares monoparentais, abriu espaço para aquelas situações que aqui denominaremos de típicas, ou seja, as situações de monoparentalidade casuística, mas também para aquelas aqui referidas como atípicas, ou seja, o planejamento de um projeto individual de parentalidade, que poderá ocorrer: pela adoção, pela inseminação artificial; ou ainda, pela prática de ato sexual onde a mulher, especificamente, planeja a gestação sem dar conhecimento ao genitor.

Entretanto, curiosamente, dentre as três hipóteses, a mais controversa para o Direito seria a da "produção independente". Isso, pois como bem assevera a supracitada autora, no terceiro caso, o Direito não tem ingerência, pelo que não poderia impedir que a mulher tivesse relações sexuais com um homem para concretizar seu desejo por uma maternidade individual (AUTO, 2012, p. 39). Desse modo, a atenção jurídica resta-se para os casos de adoção e de reprodução assistida, mas, aparentemente, a primeira tende a agradar mais a doutrina. Sendo assim, cabe tecer algumas considerações acerca de ambos e suas implicações.

Em matéria de adoção, o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) autoriza a possibilidade de constituir-se uma família monoparental por meio de uma adoção individual. Diante disso, o referido dispositivo legal não condiciona o processo adotivo a um estado civil específico e predeterminado, "Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil" (BRASIL, 1990). Dessa maneira, a adoção cumpre seu papel social de solidariedade e de colocação de uma criança ou adolescente em família adotiva; realizando, assim, o seu melhor interesse e a ideia de proteção integral.

De outra sorte, na hipótese de "produção independente", reiterando o que já foi dito, não há regra acerca da matéria e, ainda, parte da doutrina entende ser desaconselhável, visto que a enxergam como sendo egoística e violadora do melhor interesse dos menores pelo fato de negar-lhes o direito à convivência familiar com outro genitor (ou, supostamente, o direito à biparentalidade). Nesse sentido, há quem defenda, inclusive, que, no caso, ao filho estaria sendo "[...] sonegado o direito à filiação integral" (AUTO, 2012, p. 87).

Entretanto, cabem, a seu turno, alguns questionamentos: uma vez sendo reconhecida como entidade familiar digna e isonômica às demais, a família monoparental não deveria ser protegida e defendida em toda e qualquer hipótese? Existem monoparentalidades melhores do que outras? Por que a "produção independente" viola o *Melhor Interesse da Criança* e a adoção individual não, quando ambas são formas de monoparentalidade voluntária? Será que todos têm o direito a ter mais de um genitor? A parentalidade é definida pelo número de pessoas que a exercem ou pelo afeto e pelo cuidado despendidos no seu exercício?

O direito das famílias hodierno, como já foi bem ressaltado anteriormente, preocupa-se com o bem-estar dos membros do núcleo familiar e, também, com o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. Logo, com vistas a proteger tal instituto jurídico, não impõe um modelo familiar hermeticamente fechado, tampouco tenta padronizar suas formas de constituição. Dessa maneira, não há como estabelecer hierarquias entre as entidades familiares, pois são todas dignas de igual proteção.

Tendo isso em mente, não há como entender que a "produção independente" seja uma forma "pior" de se constituir uma família, por diversos motivos. Em primeiro lugar, se a família monoparental é protegida constitucionalmente e a "produção independente" enquadra-se em seu conceito legal, não há como o Direito refutá-la. Além disso, ainda que não haja legislação regulamentando-a, também não há aquela que a proíba, sendo que a própria Carta Magna, no art. 5º, II, estabelece que tudo aquilo que não é proibido por lei, automaticamente é permitido.

Ademais, a opção por tal modalidade de família está assegurada pelo direito ao livre planejamento familiar, o qual deve apenas observar a *Dignidade Humana* e a *Parentalidade Responsável*, especialmente no que guarda pertinência com o *Melhor Interesse* da futura prole. Diante disso, mostra-se oportuno trazer à baila as discussões feitas pelo professor Glenn Cohen (2011, p. 427), da *Harvard Law School*, acerca do *Melhor Interesse da Criança*, quando comenta o que ele chama de *"The Best Interest of the Resolting Child (BIRC)"* ou, em tradução livre, Melhor Interesse da Criança Resultante (MICR).

Sendo assim, segundo o autor, há um problema lógico na interpretação do *Melhor Interesse* quando aplicado como fator limitador no contexto da autonomia reprodutiva se comparado com a sua utilização no caso da autonomia familiar. Isso, pois, neste último, há um apelo ao melhor interesse de crianças já existentes, ao passo que, no primeiro, há, na verdade, um apelo ao melhor interesse da criança resultante, isto é, a que ainda virá a existir (COHEN, 2011, p. 437).

Nesse aspecto, o autor compreende que não há como se falar em prejuízos para a criança resultante, na medida que não lhe seja dada uma vida a qual não valha à pena ser vivida, ou seja, uma vida dotada de dor e sofrimento em tal proporção que o indivíduo escolheria nunca ter vindo a existir. Diante disso, assevera, ainda, que seria muito difícil chegar à conclusão de que ser criado por um pai ou mãe solteiros gere tal circunstância (COHEN, 2011, p. 473).

Assim sendo, não há como dizer que uma filiação previamente projetada, em que o pai ou a mãe já nutre um afeto pela criança antes mesmo de sua concepção, poderá ferir os referidos princípios. Pelo contrário, assegurar a sua concretização, por meio da RHA, é corroborar com a afetividade proposta pelas normas familiaristas.

Nessa continuidade, inclusive, vale dizer que aquele argumento de que, no caso da adoção, é melhor para a criança ou adolescente estar em uma família monoparental em vez de estar no acolhimento institucional e que, no caso da "produção independente", esta representa uma escolha egoística do genitor gera, no mínimo, um contrassenso. Afinal, a partir dessa ótica, a família monoparental está sendo colocada num patamar de inferioridade, como se não fosse uma realidade a ser incentivada, mas apenas protegida nos casos de ser constituída involuntariamente,

simplesmente por ser uma situação inevitável. No entanto, nas hipóteses de adoção, ela ainda pode ser tolerada, pois é vista como uma espécie de compensação afetiva para a criança ou adolescente institucionalizado, ao passo que, nos casos de recurso à RHA, não deveria nem sequer ser cogitada.

Ocorre que, por meio desse raciocínio, é perceptível o estabelecimento de uma hierarquia entre as modalidades de famílias conjugais – casamento e união estável – e as famílias monoparentais, bem como o estabelecimento de uma classificação discriminatória dentro do próprio âmbito das monoparentalidades, determinando que as "produções independentes" não devem ser estimuladas. Nas palavras de Ana Liési Thurler (2010), tais estratificações, inclusive, podem ser compreendidas como expressões de um heterossexismo social, o qual insiste em preservar a ordem patriarcal e a família patrimonial, notadamente das heteroconjugalidades matrimonializadas. Diante disso, podem ser observadas violações flagrantes ao *Princípio da Igualdade Familiar*, ao passo que se estaria estabelecendo formas hegemônicas e mais aconselháveis de famílias e, ainda mais, de parentalidades, o que não pode prosperar, sob pena de inconstitucionalidade.

Desse modo, torna-se difícil encontrar argumentos que obstem o acesso às técnicas medicamente assistidas por parte das pessoas solteiras. Maria Claudia Crespo Brauner (1988, p. 76), em conformidade com tal posição, leciona que a construção da filiação projetada corresponde aos interesses da criança e respeita os seus direitos fundamentais enquanto pessoa, assim, não seria ela coisificada ou colocada como mero objeto a disposição da mãe ou do pai individualmente considerados. Nesse sentido, a autora comenta que não necessariamente há uma incompatibilidade entre os interesses da criança com os do autor do projeto parental, uma vez que a triangulação – pai, mãe e filho – deve dar espaço para a filiação do afeto, da paternidade e maternidade social ou sociológica. Inclui-se, por isso, homens e mulheres na possibilidade de construção de um projeto individual de parentalidade a se contrapor ao padrão compulsório de biparentalidade.

É inegável, portanto, que o ideal de família mudou, estando hoje associado ao cuidado, ao amor e ao afeto. A "produção independente", por sua vez, é um exemplo dessa afetividade, em que alguém, por vontade própria, decide levar à tona um projeto parental individualmente, com o objetivo apenas de dar aquele filho todo amor, afeto e dedicação possíveis, com a responsabilidade e o cuidado devidos. É um nítido processo emancipatório da vontade de constituição da família e, em sendo assim, denotam situações jurídicas relevantes e demandam acolhimento e proteção. Afinal de contas, negar a essas pessoas esse reconhecimento, seria, também, negar tudo aquilo que já se conquistou em matéria de direito das famílias.

6 As situações controvertidas da parentalidade intencional em face das questões de gênero: um debate necessário

Historicamente o ato de cuidar sempre foi um exercício do ente feminino e, nesse ato, impunha-se às mulheres a negação de suas existências e subjetividades. O cuidar era o traço definitivo

da identidade feminina e um dos mais marcantes instrumentos de opressão social das mulheres, porque, como cuidadoras, não eram permitidas a construção de carreiras e a efetividade de seus papéis sociais e políticos para além da intimidade dos seus lares. Assim, o patriarcado ergueu o arcabouço do seu império: definindo que o papel das mulheres era o de cuidar dos filhos, da casa, do marido e permanecendo estáticas enquanto sujeitos de direitos, porque a todas e a cada uma era negado o reconhecimento da relevância social de suas existências.[15]

Em relação ao papel feminino, conferia-se às "donas do lar" a tarefa de manter o ambiente doméstico como um território da mais absoluta decência (deveriam se manter afastadas de quaisquer seduções mundanas), sobretudo, para que cumprissem o "dom natural" da maternidade. Havia preocupação com a educação das mães unicamente para que elas garantissem a transmissão de algumas noções básicas às novas gerações, como o patriotismo, a importância da ética e do trabalho e a crença no progresso. Entretanto, o "poder" a elas conferido não permitia o menor questionamento à hierarquia do homem como governante, pai da nação e chefe da família.

Segundo Hannah Arendt, o espaço privado consistia no local da satisfação do ente masculino, onde suas necessidades mais básicas eram satisfeitas. Portanto, a esfera privada era caracterizada como um ambiente de negação da igualdade entre os gêneros e a casa apresentava-se como um local de subordinação, opressão e da violência contra as mulheres (ARENDT, 1991, p. 40-41).

À sua instrução, então, restringia-se à formação moral das mães e à religiosidade, que lhes garantiria o culto a valores como a pureza e a decência (PIMENTEL, 2015, p. 11-12). Nesse diapasão, é o pensamento de Jean Franco (1994, p. 101), as mulheres eram cruciais à comunidade, imaginadas na condição de mães dos novos homens e guardiães da vida privada.

Contudo, a maternidade não era resultante do processo emancipatório e do exercício da expressão da vontade feminina, uma vez que era imposta às mulheres como parte de seu papel social. E o que muda na construção de um projeto unilateral de parentalidade com relação ao gênero[16] feminino? Muda a começar pelo exercício da autonomia da vontade, já que na contemporaneidade, as mulheres se apercebem de que não precisam ter filhos caso não tenham

15 No mesmo sentido, conferir Adichie (2015, p. 20).

16 Para Foucault (1988, p. 21, v. 1), assim, gênero representa não um indivíduo e sim uma relação social: em outras palavras, representa um indivíduo por meio de uma classe: "[...] gênero não é sexo, uma condição natural, e sim a representação de cada indivíduo em termos de uma relação social preexistente ao próprio indivíduo e predicada sobre a oposição 'conceitual' e rígida (estrutural) dos dois sexos biológicos". Para fins de observância, será tratado como gênero feminino o ente nascido com o sexo biológico feminino, assim como o indivíduo que nasceu com o sexo biológico masculino, porém que possui identidade de gênero feminina. Sendo da mesma forma admitidos como homens aqueles nascidos com o sexo biológico masculino, quanto os sujeitos que têm sexo biológico feminino, porém identidade de gênero masculina.

o desejo para a maternidade. Ainda, que podem e devem ser mães, mas tão somente se a maternidade for fruto da sua vontade.

Nesse sentido, precisam-se contemplar os direitos reprodutivos femininos sob o advento dos avanços das técnicas de RHA que ensejam a autonomia procriativa das mulheres, dispensando-as da construção de vínculos afetivos ou de alterações do estado civil. Com esse propósito de ensejar a autonomia reprodutiva feminina, a figura do doador anônimo de gametas merece um tratamento mais cuidadoso por parte da doutrina e contar com previsão legal para que o seu papel seja meramente subordinado à doação de material fertilizante, sem qualquer pretensão posterior de reivindicações de obrigações parentais recíprocas.

Cabe salientar, nessa continuidade, inclusive, que tais mudanças não se restringem apenas ao contexto brasileiro, pelo contrário, são repercussões também das transformações obtidas no âmbito internacional. A título de exemplo, inclusive, importa destacar o relevante julgado proferido, em 2012, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica, no qual se discutiu o direito ao acesso à técnica da Fertilização *in Vitro* (FIV)[17] pelos cidadãos do mencionado país.

Ocorre que, em 15 de março de 2000, a Corte Constitucional costarriquenha declarou a inconstitucionalidade de um Decreto Executivo do Ministério da Saúde da Costa Rica, o qual se destinava a regular os procedimentos relativos à FIV, ocasionando a sua proibição no país. Mais de uma década depois do acontecido, entretanto, a CIDH derrubou tal impedimento, ordenando a renovação do acesso à citada técnica pelos nacionais daquele Estado (PIRES, 2017, p. 3). Para tanto, baseou-se especialmente em dois aspectos: a) o direito à liberdade, estabelecido na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), entendendo que o direito à autonomia reprodutiva encontra-se abarcado por tal garantia, e pode ser aplicado tanto às mulheres quanto aos homens; e b) a igualdade de gênero, com base nos ditames da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAM), compreendendo que a proibição do recurso à FIV gera uma discriminação indireta contra a mulher, em matéria de autonomia reprodutiva e familiar, tendo em vista o fato do peso social da procriação recair de modo mais evidente sobre a figura feminina, em razão, sobretudo, dos fortes estereótipos de gênero (PIRES, 2017).

É preciso compreender o teor dessa decisão também ressaltando a perspectiva da ausência de igualdade de gêneros, uma vez que se compreende o exercício da reprodução como algo

17 Buscando corrigir problemas relacionados à capacidade de procriação humana, a exemplo da esterilidade, a medicina vem se utilizando de métodos artificiais de procriação, como a FIV. Para tanto, essa técnica diz respeito em ser retirado um ou mais óvulos de uma mulher e fecundá-lo em laboratório. Após algumas horas, ou até dias, realizar-se-á a transferência ao útero ou às trompas de Falópio. Por isso, a fertilização será considerada como induzida mediante o uso de hormônios, de modo a vários óvulos reunirem condições de serem coletados. Após esse processo, os óvulos maduros serão coletados e em momento anterior de sua liberação natural, será submetido à inseminação. No mesmo sentido, conferir Meirelles (2000, p. 17-19).

inerente à subordinação das mulheres e, de certa forma, apenas facultado aos homens, em tese, porque a paternidade não é tida pela sociedade como um papel de submissão social masculino. Por isso a relevância de se aperceber que a procriação pode ser tida como instrumento da autonomia volitiva das mulheres, como um direito de escolha, como a expressão do desejo ao exercício livre do direito à reprodução e como uma decisão individual de cada mulher.

Na lição de Catherine MacKinnon sobre a desigualdade e opressão às mulheres em face da reprodução, homens e mulheres são criados por meio de uma sexualização baseada em ideias de dominação e de submissão, cabendo aos homens a dominação e às mulheres a submissão. Segundo MacKinnon, a heterossexualidade é uma estrutura social que expropria a sexualidade das mulheres, que usa o desejo como dinâmica interna, sendo o gênero e a família suas formas cristalizadas de opressão feminina e a reprodução como sendo uma forma de controle (MACKINNON, 1989, p. 3-4). No processo de empoderamento das mulheres, a ruptura com a subordinação e a não sujeição à reprodução como instrumento de dominação, mas como libelo da autonomia, do livre exercício sobre o próprio corpo e da necessidade do outro para conceber, são inerentes à contemporaneidade, à introjeção do feminismo na realidade diária e aos avanços da biotecnologia.

Outro aspecto que merece destaque é o tempo do exercício dessa maternidade planejada e unilateral, em regra exercida por mulheres com maturidade intelectual, boa situação financeira (até mesmo para custear os valores elevados de um tratamento de RHA) e sucesso profissional. Sendo assim, a maternidade não é um fim em si mesma, algo exercido para permitir a mulher o cumprimento do seu papel social, mas tão somente a essência do desejo de ser mãe (DINIZ; GUILHEM, 2000).

Faz-se necessário, assim, ressaltar o quanto essa construção de um novo papel sócio-político para o ente feminino ocorreu em virtude do desenvolvimento do movimento de mulheres, da eficácia da construção da teoria feminista e do incentivo ao processo de empoderamento e emancipação das mulheres (DINIZ; GUILHEM, 2000).

A quebra dos paradigmas opressores do machismo, da estratificação dos papéis de gênero, da maternidade imposta (e não desejada) permite, na prática, portanto, que sejam diferenciados os direitos sexuais dos direitos reprodutivos. Observa-se, assim, que a mencionada dissociação entre sexualidade e reprodução é a efetividade do *Princípio da Liberdade*, compreendendo-se como ter direito à satisfação sexual, independentemente da concepção, ou ter direito à concepção sem a necessidade da satisfação sexual.

Ter um filho – em face dos avanços biotecnológicos na atualidade – pode vir a ser o exercício pleno da reprodução em sua essência mais individual possível. Ademais, é preciso compreender que todos os indivíduos têm suas singularidades – antes de qualquer percepção de coletividade ou grupo social –, sendo sobre as pessoas e suas escolhas, que se constroem a estrutura da vida privada, intimidade e direito à felicidade. Dessa maneira, a gestação oriunda de técnicas de RHA pode ser um libelo da autonomia individual e a percepção de que as relações materno-filiais e paterno-filiais podem existir para muito além da dicotomia homem e

mulher, observando-se, inclusive, questões identitárias como a transexualidade e o não binarismo, visto que o exercício da parentalidade não pode e nem deve estar condicionado a uma conjugalidade compulsória.

Para a aplicação do princípio da equidade de gêneros faz-se necessário também o reconhecimento dos mesmos direitos emancipatórios reprodutivos aos homens. Admite-se, portanto, a condição do ente masculino como sujeito à liberdade e autonomia reprodutiva, sendo dessa forma facultado aos homens o direito ao uso de técnicas de RHA independentemente do seu estado civil, assim como se defende com relação às mulheres a autonomia corporal e reprodutiva como parte do rol dos direitos fundamentais, para além da existência de vinculação afetiva-sexual. Contudo, tal processo reprodutivo emancipatório masculino exigirá que seja contemplada pela doutrina e pela legislação o papel da geratriz de substituição,[18] sem vínculos afetivos ou jurídicos a serem considerados em relação à criança e ao pai.

Dessa sorte, impende esclarecer que existem diversas formas por meio das quais as técnicas de RHA podem ser utilizadas por pessoas solteiras, sejam elas mulheres ou homens, heterossexuais, homossexuais, bissexuais ou assexuais,[19] cisgêneras ou transgêneras,[20] para fins de efetivarem seus projetos parentais. Para tanto, faz-se imperioso compreender que, a depender do contexto ou do sujeito que pretenda empreender nesse projeto individual, os recursos disponíveis podem ser variados, pelo que se elaborou um quadro comparativo (Quadro 3), que se destina a elucidar tais distinções no uso da técnica a depender do sujeito que irá empreendê-la.

18 A gestação por substituição, também chamada de cessão temporária de útero ou gestação sub-rogada, diz respeito ao uso do útero de uma terceira, a qual levará a termo a gestação por outrem, em algumas hipóteses específicas, por exemplo: a) casais heteroafetivos, em que a mulher é infértil; b) casais homoafetivos masculinos; c) homens solteiros etc.

19 Diz-se assexual aquela categoria identitária relativa a pessoas que não experimentam a atração sexual. Dentre tais indivíduos, existem pessoas que experimentam interesses de tipo romântico por outras, dissociados de experiências sexuais, bem como aquelas pessoas que não expressam sequer interesse romântico por outrem. No mesmo sentido, ver Brigeiro (2013).

20 Diz-se que a pessoa é cisgênera quando sua identidade de gênero – ou seja, sua forma de percepção pessoal ante o meio social – encontra-se em conformidade com aquela que lhe foi imposta em razão do seu sexo biológico. Por outro lado, diz-se pessoa transgênera aquela cuja identidade de gênero é diversa daquela que lhe foi imposta em razão do seu sexo biológico.

QUADRO 3 – **UTILIZAÇÃO DA RHA CONFORME O(A) BENEFICIÁRIO(A)**

ASPECTO (PESSOA SOLTEIRA OU DIVORCIADA)	**USO DE MATERIAL GENÉTICO PRÓPRIO**	**DOADOR(A) ANÔNIMO(A) DE GAMETAS**	**GESTAÇÃO SUB-ROGADA**	**ATRIBUIÇÃO DA MATERNIDADE OU PATERNIDADE**
MULHER CISGÊNERA BIOLOGICAMENTE FÉRTIL	USO DO PRÓPRIO MATERIAL GENÉTICO (ÓVULO)	USO DE MATERIAL GENÉTICO DE DOADOR ANÔNIMO (ESPERMATOZOIDE)	NÃO NECESSÁRIA	CRITÉRIOS BIOLÓGICO (GESTAÇÃO) E GENÉTICO (USO DE SEU PRÓPRIO ÓVULO)
HOMEM CISGÊNERO BIOLOGICAMENTE FÉRTIL	USO DO PRÓPRIO MATERIAL GENÉTICO (ESPERMATOZOIDE)	USO DE MATERIAL GENÉTICO DE DOADORA ANÔNIMA (ÓVULO) DIFERENTE DA CEDENTE DO ÚTERO	NECESSÁRIA	CRITÉRIO GENÉTICO (USO DO SEU GAMETA SEXUAL PRÓPRIO) E VOLITIVO (USO DAS TÉCNICAS DE RHA DE FORMA INDIVIDUAL)
MULHER TRANSGÊNERA BIOLOGICAMENTE FÉRTIL	UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO PRÓPRIO (ESPERMATOZOIDE), RETIRADO ANTES DO PROCESSO DE HORMONIZAÇÃO	USO DE MATERIAL GENÉTICO DE DOADORA ANÔNIMA (ÓVULO) DIFERENTE DA CEDENTE DO ÚTERO	NECESSÁRIA	CRITÉRIO GENÉTICO (USO DO SEU GAMETA SEXUAL PRÓPRIO) E VOLITIVO (USO DAS TÉCNICAS DE RHA DE FORMA INDIVIDUAL)
HOMEM TRANSGÊNERO BIOLOGICAMENTE FÉRTIL	UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO PRÓPRIO (ÓVULO), RETIRADO ANTES DO PROCESSO DE HORMONIZAÇÃO	USO DE MATERIAL GENÉTICO DE DOADOR ANÔNIMO (ESPERMATOZOIDE)	NÃO NECESSÁRIA	CRITÉRIOS BIOLÓGICO (GESTAÇÃO) E GENÉTICO (USO DE SEU PRÓPRIO ÓVULO)
MULHER OU HOMEM CISGÊNERA(O) OU TRANSGÊNERA(O) BIOLOGICAMENTE INFÉRTIL	NÃO UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO PRÓPRIO	USO DE MATERIAL GENÉTICO DE DOADORA ANÔNIMA (ÓVULO) DIFERENTE DA CEDENTE DO ÚTERO E DE DOADOR ANÔNIMO (ESPERMATOZOIDE)	NECESSÁRIA	CRITÉRIO VOLITIVO (USO DAS TÉCNICAS DE RHA DE FORMA INDIVIDUAL) E SOCIOAFETIVO (EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE VÍNCULO GENÉTICO COM A PROLE)

Fonte: Elaborado pelos autores a partir dos dados da pesquisa.

Desse modo, percebe-se que o novo modelo de família compreende a mulher como autônoma e independente, dissociando-a do papel secundário de submissão no ato de procriar. Tal perspectiva denota avanços na quebra do estigma do ente feminino enquanto mãe compulsória, não havendo, por isso, necessariamente, a realização de sua personalidade unicamente por meio da maternidade.

Além disso, põe-se, ainda, em relevo, a possibilidade da monoparentalidade paterna intencional, configurada a partir do desejo do homem criar sozinho seu filho. Nesse diapasão, é indispensável destacar que o ato de cuidar, socialmente associado ao ente feminino, com a quebra de paradigmas nos papéis sociais binários de gênero, será exercido pelo pai única e exclusivamente.

Sendo assim, vislumbra-se uma perspectiva inovadora quanto ao trato da maternagem e da paternagem, bem como com relação às repercussões que os avanços biotecnológicos proporcionam para a composição das entidades familiares monoparentais contemporâneas. Afinal, as presunções sociais dos papéis de gênero não podem mais figurar como empecilhos para a efetivação desses projetos parentais, pois se compreende a família como um espaço de realização individual e coletivo, de modo a proporcionar o desenvolvimento (ou realização) da personalidade de seus membros.

Considerações finais

A temática abordada no presente artigo merece atenção, seja pelo recorte diferenciado em sua perspectiva bioética-civil-constitucional, seja pelos efeitos nas relações familiares e sociais. Afinal, a sociedade está em constantes transformações, especialmente no que tange à configuração e à formatação das famílias.

Diante disso, o processo emancipatório causado pelo advento da CF de 1988, sobretudo com relação à eleição do afeto como um valor jurídico relevante e norteador das relações familiares e, também o reconhecimento de novos e diversificados arranjos familiares, a exemplo da monoparentalidade, representa a mais pura concretização da tridimensionalidade jurídica proposta por Reale. Isso, pois, tal repersonalização do direito das famílias e a possibilidade de aplicação direta e imediata dos preceitos constitucionais nas relações jurídicas privadas proporcionaram uma sistemática protetiva dinâmica, capaz de acompanhar as mudanças sociais e de melhor proteger os membros dessas novas formações familiares, independentemente de edição de lei ordinária que as regule.

No entanto, graças às inúmeras possibilidades propiciadas pelos avanços biotecnológicos, máxime no que diz respeito ao recurso às modernas técnicas de RHA, tais relações tendem a ficar cada vez mais complexas. Além disso, a escassez legislativa na matéria faz com que surjam diversos questionamentos referentes a seu emprego, notadamente com relação à liberdade das pessoas no recurso a tais procedimentos.

É importante destacar, ainda, que a inexistência de norma regulamentadora específica das técnicas de reprodução humana não pode ser empecilho para a concretização de projetos

parentais individuais, haja vista que não se pode limitar o planejamento familiar fático em virtude da ausência de disciplinamento normativo. Assim, nessas hipóteses, deve-se socorrer aos princípios constitucionais – notadamente a *Dignidade da Pessoa Humana* e *Parentalidade Responsável* – e aos bioéticos – *Autonomia, Beneficência, Não Maleficência* e *Justiça* –, ao tratar-se das técnicas medicamente assistidas na construção do projeto individual de parentalidade. Sendo assim, deve-se levar em consideração uma interpretação conjunta, de modo a aliar o debate bioético ao jurídico na construção do projeto parental genuinamente ausente de vícios, fruto da vontade livre e informada.

A partir disso, novos desafios surgem com o advento dos avanços biotecnológicos e seus efeitos na sociedade contemporânea, o que exige um esforço necessário para a percepção de que tudo muda rapidamente num mundo líquido, desde os costumes às relações sociais, passando até mesmo pelo eixo de vulnerabilidades; porque, se outrora eram as mulheres sujeitos invisibilizados pela estrutura social patriarcal, em dias atuais, são reconhecidas pela sua natureza de sujeitos de direitos em igualdade com os homens. Além disso, se antes a maternidade era imposta como papel feminino, hoje ela é fruto do exercício da autonomia procriativa.

Em parte, é o movimento de mulheres que surge, ao lado dos avanços biotecnológicos como o principal instrumento de mudança social, para a construção de projetos unilaterais de parentalidade, o que evidencia um processo emancipatório do ente feminino quanto aos seus corpos e desejo de procriação independente. Além do mais, tal fato reverberou, também, na modificação do papel do homem, na sociedade contemporânea, ao empreender, também, na construção de seus projetos parentais de maneira individualizada. Desse modo, assume-se como possível a construção do projeto parental masculino individual, factível mediante aos avanços da biotecnologia no campo da reprodução humana.

O presente artigo tem como escopo trazer à baila a substituição da biparentalidade como modelo preponderante de constituição da família e, com esse propósito, disseca a autonomia procriativa, oriunda dos avanços tecnológicos, e a superação das relações entre entes femininos e masculinos, como essencial à reprodução humana.

Em tempos de fluidez nas relações humanas, a biotecnologia surge com a perspectiva de assegurar o direito à reprodução às pessoas solteiras ou divorciadas, sejam elas heterossexuais, homossexuais, bissexuais ou assexuais, independentemente da questão gênero, visto que a maternagem e a paternagem não possuem hierarquias ou distinções no campo reprodutivo. Frisa-se que, a partir das técnicas de RHA, a autonomia corporal caminha lado a lado com a autonomia afetiva e a dissociação entre o exercício do direito à sexualidade e à reprodução.

Resta reconhecer que a monoparentalidade é uma das modalidades de família e que a relevância social da sua concepção encontra respaldo na felicidade e plenitude dos seus membros. Ademais, considera-se, principalmente, que a convivência ou a conjugalidade não são fatores indispensáveis à procriação. Assim, o indispensável é que a reprodução esteja associada ao exercício do direito à felicidade, seja entre mãe e filho ou entre pai e filho.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. Tradução Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

AUTO, Luciana da Fonseca Lima Brasileiro. *Projeto Individual*: entre o desejo e o direito. 2012. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10686/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Luciana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová*. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer Jurídico. Rio de Janeiro, 5 abr. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2017.

_____. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. *Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 26 ago. 2017.

_____. Resolução n. 196, de 10 de outubro de 1996. Versão 2012. *Conselho Nacional de saúde*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf >. Acesso em 4 set. 2017.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da. (Orgs.). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos*. Porto Alegre: Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 1988.

_____. *Direito, sexualidade e reprodução humana*: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRIGEIRO, Mauro. A emergência da assexualidade: notas sobre política sexual, ethos científico e o desinteresse pelo sexo. *Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana*, Rio de Janeiro, n. 14,

p. 253-283, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sess/n14/a12n14.pdf>. Acesso em: 9 jul. de 2018.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo Castanho. *Planejamento familiar*: o estado na construção de uma sociedade inclusiva e a participação social para o bem comum. Curitiba: Juruá, 2014.

CHAVES, Marianna. Famílias ectogenéticas: os limites jurídicos para utilização de técnicas de reprodução assistida. *Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família*, v. 10, p. 309-340, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/27632388/FAMÍLIAS_ECTOGENÉTICAS_OS_LIMITES_JURÍDICOS_PARA_UTILIZAÇÃO_DE_TÉCNICAS_DE_REPRODUÇÃO_ASSISTIDA>. Acesso em: 5 set. 2017.

COHEN, Glenn. Regulating reproduction: the problem with the best interests. *Minnesota Law Review*, Minnesota, v. 96, n. 8, p. 423-519, 2011. Disponível em: <http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/02/CohenA_MLR.pdf>. Acesso em 22 jun. de 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 2.168/2017*, de 10 de novembro de 2017. Disponível em: <http://sbra.com.br/images/legislacao/Resoluo-CFM.pdf>. Acesso em 3 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. Feminismo, bioética e vulnerabilidade. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 237-244, 2000. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/download/9881/9107>. Acesso em 9 set. 2017.

_____. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FRANCO, Jean. Sentido e sensualidade: notas sobre a formação nacional. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (Org.). *Tendências e impasses*: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1988. v. 1.

HOLANDA, Maria Rita. Filiação: natureza jurídica, autonomia e boa-fé. In: LÔBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010*: famílias e domicílios resultados e amostras. Rio de Janeiro: Censo demográfico, 2010. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. In: ALVIM, Teresa Arruda. *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família*: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Orgs.). *Direito Civil Constitucional*: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e as suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

MACKINNON, Catherine. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. *Homoparentalidade*: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PIMENTEL, Renata. Olhares femininos na crítica pós-moderna: a questão do gênero; o lugar da diferença; uma nova leitura da identidade e do sujeito. *Portal de Conferências do Laboratório de Tecnologias Intelectuais* - LTi, 18 REDOR, 2015. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/view/563/733>. Acesso em: 7 set. 2017.

PIRES, Teresinha Teles. Procreative autonomy, gender equality and right to life: the decision of the Inter-American Court of Human Rights in Artavia Murillo v. Costa Rica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 1.007-1.028, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n3/1808-2432-rdgv-13-03-1007.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). *A família contemporânea em debate*. São Paulo: Cortez, 2000.

SOARES, André Marcelo M; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e biodireito*: uma introdução. São Paulo: Edição Loyola, 2006.

THURLER, Ana Liési. Homoparentalidades e heteroparentalidades: desafios à igualdade. In: STEVENS, Cristina; BRASIL, Katia Cristina Tarouquella; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de; ZANELLO, Valeska (Orgs.). *Gênero e feminismos*: convergências (in)disciplinares. Brasília: Ex Libris, 2010.

TORT, Michel. *O desejo frio*: procriação artificial e crise dos referenciais simbólicos. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Membro do Grupo Frida de Gênero e Diversidade. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CONREP/UFPE/CNPq). Advogado. Mediador Humanista.

manuelcamelo2012@hotmail.com

Carlos Henrique Félix Dantas

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Membro do Grupo Frida de Gênero e Diversidade. Associado do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

carloshenriquefd@hotmail.com

Carolina Valença Ferraz

Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Coordenadora do Grupo Frida de Gênero e Diversidade. Advogada.

carolinavferraz@hotmail.com

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recibido: 25.06.2018
Aprobado: 24.08.2018

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201842

Ser o no ser un simio con derechos

TO BE OR NOT BE AN APE WITH RIGHTS

SER OU NÃO SER UM SÍMIO COM DIREITOS

María Carman[1] *y María Valeria Berros*[2]

ARTÍCULO INVITADO

Resumen
Mientras el resto de los animales naufraga en el océano jurídico de ser cosas, un simio se transforma en un sujeto de derecho no humano. A partir del emblemático derrotero judicial que tuvo por protagonista a la orangutana Sandra del ex zoológico de Buenos Aires, retomaremos las argumentaciones que legitiman la transformación de Sandra *de objeto en sujeto*. El uso de garantías judiciales resulta sintomático de la manera en que los actores proteccionistas piensan su relación con esos animales sintientes: se trata de lograr la cercanía moralmente exacta con los animales en cuestión, ajustando la distancia y el trato hasta que coincida con la representación que se tiene sobre ellos. No obstante, el acceso a la justicia de los simios no deja de resultar una paradoja en el marco de sociedades profundamente desiguales como la argentina, en la cual cientos de personas humanas privadas de sus derechos no pueden acceder a judicializar sus reclamos. Si se autonomiza la cuestión animal, nos alejamos de la posibilidad de que estos nuevos usos de herramientas del derecho alcancen un carácter emancipador. ¿Cómo repolitizar la cuestión animal, de modo de reinsertarla en los problemas de la desigualdad más amplios de nuestras sociedades?

Palabras clave
Derecho animal; sujeto de derecho; *habeas corpus*; cercanía moral; ética animal.

Abstract
While the rest of the animals sink in the juridical ocean of living things, an ape is transformed into a non-human legal entity. Through the emblematic judicial course taken by the orangutan Sandra from the former Buenos Aires Zoo, we will pick up the arguments legitimizing Sandra's transformation from object to subject. The use of judicial guarantees is symptomatic of how protectionist movements view their relationship with these sentient creatures: it involves achieving an accurate moral closeness with these animals, adjusting the distance and interaction until they coincide with the protectionist representation of these animals. However, access to justice for the apes remains a paradox in a context of profoundly unequal societies, such as Argentina, in which hundreds of human beings are deprived of rights and means for legal representation for their claims. If the animal issue becomes autonomous, the possibility of giving these new applications of legal tools an emancipating nature decreases. How can the animal question be re-politicized in order to be addressed to the broader issues of inequality in our societies?

Keywords
Animal rights; legal entity; habeas corpus*; moral closeness; animal ethics.*

Resumo
Enquanto o resto dos animais naufraga no oceano jurídico de ser coisas, um símio transforma-se em um sujeito de direitos não humano. A partir da emblemática rota judicial que teve por protagonista a orangotanga Sandra do ex-zoológico de Buenos

1 Universidad de Buenos Aires
Buenos Aires - Provincia de Buenos Aires – Argentina
http://orcid.org/0000-0002-8891-5357

2 Universidad Nacional del Litoral
Santa Fe - Provincia de Santa Fe – Argentina
http://orcid.org/0000-0002-9472-5955

BY-NC

Aires, retomaremos as argumentações que legitimam a transformação da Sandra de objeto em sujeito. O uso de garantias judiciais resulta sintomático da maneira em que os atores protecionistas pensam a sua relação com esses animais sencientes: trata-se de alcançar a proximidade moralmente exata com os animais em questão, ajustando a distância e o trato até que coincida com a representação que se tem sobre eles. Contudo, o acesso à justiça dos símios não deixa de ser um paradoxo no marco das sociedades profundamente desiguais como a argentina, na qual centenas de pessoas humanas privadas dos seus direitos não podem ter acesso a judicializar suas reclamações. Se a questão animal autonomiza-se, afastamo-nos da possibilidade de que esses novos usos de ferramentas do direito alcancem um caráter emancipador. Como repolitizar a questão animal, de modo a reinseri-la nos problemas da desigualdade mais amplos das nossas sociedades?

Palavras-chave
Direito animal; sujeito de direito; habeas corpus; proximidade moral; ética animal.

Introducción

El orangután toca el límpido destello de la noche,
las ramas espaciadas donde descansa el agua.
El río color sangre huye como un vendaval,
como la mano azarosa que toca y desprende el fruto, al pasar,
con sesgada aquiescencia.
[…] Todo
lo que es natural en él no es natural en mí,
que paso y peso en este aire como un leño,
como un tronco hendido por el rayo, con todo lo que de ausencia y de vacío lleva escrito.
(ARIJÓN; BELLOC, 2000)

Los sucesos que provocan deslizamientos en las fronteras animal-humano de nuestra sociedad contemporánea resultan, para un ojo poco entrenado, casi imperceptibles. Si focalizamos en uno de esos singulares deslizamientos —el de la dignidad animal reivindicada por activistas u otros actores sociales—, las demandas se multiplican por doquier: airadas protestas en las puertas de los zoológicos; marchas por el día del animal; una sucesión de *habeas*

corpus en reclamo de mejores condiciones de vida para animales exóticos; y acciones penales dirigidas a la protección de animales domésticos o a la denuncia de la tracción a sangre en el ámbito urbano.[1]

Un primer vistazo sobre ese heterogéneo repertorio de embanderamientos pro-animal nos hablan de, al menos, dos cuestiones. En primer lugar, resulta innegable que nuevos *modos de identificación* y *de relación*[2] con los animales —tanto domésticos como salvajes— son defendidos a partir de una diversidad de estrategias retóricas, hábitos alimentarios, prácticas de cuidado y usos del cuerpo. Los activistas se abstienen de comer carne, rescatan animales heridos y les "devuelven la vida" en refugios o santuarios. Durante las protestas en centros urbanos, ellos se encadenan, vendan sus ojos o muerden bozales; lucen máscaras de chanchos y vacas en sus rostros o manchas de sangre en la piel.

En este artículo hemos de enfocarnos en las demandas judiciales en torno a los grandes simios que hacen foco en uno de los temas abordados actualmente desde la ética y el derecho animal: la consideración de los animales no humanos en tanto sujetos de derecho. A partir del emblemático derrotero judicial que tuvo por protagonista a la orangutana Sandra del ex zoológico de Buenos Aires, analizaremos desde una perspectiva interdisciplinaria las repercusiones de esta causa en el mundo del derecho y fuera de él. En primer lugar, hemos de repasar algunas de las principales contribuciones que, desde la ética animal, se han desarrollado en las últimas décadas y que no solo contribuyen a poner en discusión el estatuto jurídico de los animales no humanos sino nuestra consideración y vínculo con ellos. A continuación retomaremos las argumentaciones *sui generis* —filosóficas, antropológicas, biológicas o jurídicas— esgrimidas por los actores involucrados en la defensa de la dignidad de la orangutana Sandra:

1 En menor medida, también se observan algunas acciones judiciales que buscan impedir el funcionamiento y proliferación de cotos de caza y otras que, a partir de la exigencia de conservación de ciertos hábitats, procuran salvaguardar a los animales que se desarrollan en esos ecosistemas.

2 Los *modos de identificación* refieren a aquellos mecanismos de discriminación ontológica y juicios empíricos mediante los cuales se establecen diferencias y semejanzas entre ciertos existentes y uno mismo, al inferir analogías y contrastes entre la apariencia, el comportamiento y las propiedades que uno se adjudica a sí mismo y los que se atribuyen a los demás (DESCOLA, 2012, p. 177-182). Esa identificación brinda soporte a distintos modos de relación.
Por su parte, los *esquemas de relación* aluden a vinculaciones entre seres que se expresan en comportamientos típicos y prácticas observables. A diferencia de otros enfoques que otorgan una preponderancia a una dimensión en detrimento de otra —las relaciones derivan de los términos o los términos de las relaciones—, Descola propone tomar en un pie de igualdad estos dos modos de integración con los otros.
Las seis relaciones que el autor identifica como preponderantes en los vínculos que los humanos entablan entre sí y con elementos de su entorno no humano son: el intercambio, la depredación, el don, la producción, la protección y la transmisión. Aquí enfocaremos básicamente en la protección, que se manifiesta en un "ofrecimiento de asistencia y seguridad [...] fruto de la iniciativa de quien está en condiciones de brindarlas" (DESCOLA, 2012, p. 468).

la ONG que inicia las demandas, los fallos de diversos jueces y los expertos consultados para uno de esos fallos.

Pese a su laconismo y pobreza argumentativa, la primera resolución que declara a Sandra como sujeto de derecho no humano obtuvo una inmensa repercusión mundial. ¿Por qué esta demanda resulta exitosa? ¿En qué medida la concepción antropocéntrica tradicional respecto de los animales pierde peso frente a nuevos parámetros y juicios clasificatorios, al menos en ciertas tribunas públicas?

La proliferación de acciones judiciales como *habeas corpus* o amparos se transforma en una estrategia de igualación entre primates humanos y no humanos. Y es que los orangutanes, gorilas o chimpancés son vividos como próximos a nosotros no solo en el aspecto genético sino también espiritual; una doble cercanía que interpela moralmente a los activistas y da forma a la movilización legal por sus derechos. El objetivo de este activismo legal consiste en lograr la cercanía moralmente exacta con estos simios en pos de lograr no solo sentencias pioneras que los admitan no solo como sujetos de derecho, sino también para liberarlos de sus condiciones de encierro.

Articularemos además el caso de la orangutana Sandra con políticas del gobierno local orientadas a animales urbanos, identificando de qué modo la gestión humanitaria hacia estos encuentra un trágico correlato en la invisibilización de humanos residentes en la misma ciudad cuyas vidas son consideradas desechables. Finalmente, hemos de proponer claves para repolitizar la cuestión animal y pensar un ensamble de derechos humanos, no humanos y de la naturaleza en una dirección cosmopolítica y emancipatoria.

1 ¿Hacia un nuevo modo de identificación? Los aportes de la ética animal

Desde la década del setenta se fueron consolidando distintos ámbitos de estudios sobre los vínculos entre humanos y animales no humanos; ámbitos que exceden las preguntas en términos de estatuto legal. Amén de los aportes de la etología, la antropología o la biología, importantes contribuciones de la ética animal se han articulado con el lenguaje de los derechos en clave estratégica. Simultáneamente, otras contribuciones sobre ética animal no apuntan a consolidar una teoría jurídica.[3]

Repasemos, en ese sentido, las visiones de algunos de los más reconocidos pensadores de este campo. En el caso de Peter Singer (1999 y 2010), su propuesta se orienta menos a construir una teoría de los derechos que a ampliar nuestra inquietud moral respecto del modo en que tratamos a los animales no humanos. El objetivo principal de su ya clásica obra *Liberación*

3 Sobre los principales lineamientos al interior de este campo disciplinar puede consultarse: Hicham-Stéphane Afeissa y Jeangène Vilmer (2010); Sunstein y Nussbaum (2004).

animal, publicada en 1975, consiste en provocar un *giro mental* y visibilizar la discriminación en razón de la especie —el denominado especismo[4]— que impregna buena parte de nuestros hábitos. Este tipo de discriminación invisible genera, según el autor, ciertos problemas para su deconstrucción debido al alto grado de implicación de los opresores en la opresión.

En este contexto, la propuesta de Singer consiste en ampliar el principio de igualdad hacia los animales no en términos de igual tratamiento sino en términos de igual consideración, lo que deja traslucir la huella del utilitarismo en su perspectiva.[5] La capacidad de sufrir asume aquí un lugar paradigmático: en tanto se sufra, se abre la puerta para fundamentar la igual consideración y reconocer el valor inherente de los individuos más allá del límite humano.

Si bien Singer se enfoca menos en la traducción legal que en la igual consideración de intereses el autor admite su disposición a hablar en términos de derechos de los animales si ello es importante para clarificar las obligaciones morales de los humanos hacia las necesidades y los deseos de los animales (SINGER, 2010). Asimismo, este autor participa en proyectos internacionales de relevancia como el Proyecto Gran Simio, creado en 1993 con el objetivo de extender la igualdad moral a los simios de gran tamaño (chimpancés, gorilas, bonobos y orangutanes) y lograr una Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Grandes Simios Antropoides.[6]

En contraste, Tom Regan enfatiza la necesidad de construir una teoría jurídica para fundar el reconocimiento de los derechos de los animales. En su obra *The case for animal rights*, Regan (2003) concibe a los animales como *sujetos de una vida* que tiene un *valor inherente*. Con estas expresiones Regan refiere a la experiencia común entre humanos y animales no humanos en tanto criaturas conscientes en posesión de un bienestar individual más allá de cualquier utilidad que pueda identificarse (REGAN, 2010). El reconocimiento de esos *sujetos de una vida* permitiría fundar, según el autor, una teoría que reconozca derechos más allá de la dificultad de discernir cuáles seres poseen conciencia (REGAN, 2003).

4 El concepto de especismo alude a "la discriminación moral efectuada en función de la especie. Cuando los intereses de un individuo no reciben la consideración que merecerían debido a que tal individuo pertenece a una determinada especie, estamos ante una posición especista" (HORTA, 2004, p. 146).

5 La igualdad de consideración que propone Singer toma como uno de sus pilares teóricos la obra de Jeremy Bentham y en particular, su sistema ético basado en la igualdad moral: "Cada persona debe contar por uno, y nadie por más de uno". En base a esta fórmula de Bentham, Singer afirma que "[...] los intereses de cada ser afectado por una acción han de tenerse en cuenta y considerarse tan importantes como los de cualquier otro ser" (SINGER, 1999, p. 41).

6 La publicación de la obra *Proyecto Gran Simio: La igualdad más allá de la humanidad* por parte de Paola Cavalieri y Peter Singer (1993) recupera trabajos de más de treinta especialistas que afirman la necesidad de extender los ideales de igualdad moral, libertad y prohibición de tortura hacia los grandes simios no humanos. Disponible en: <http://www.proyectogransimio.org/>. Acceso el: 30 sep. 2018.

En esta misma línea, Gary Francione consolida una teoría de los derechos de los animales y defiende una *postura abolicionista*. Su atención se centra en el derecho de propiedad que, en la regulación occidental moderna, concibe a los animales como cosas apropiables. Si bien existen normas que penalizan el maltrato animal o restringen el uso de los animales para determinados fines, estas resultan insuficientes. Según el autor, se trata de estrategias reformistas ligadas al bienestar animal que no identifican el núcleo del problema y que tienden a articularse con intereses de los humanos (FRANCIONE, 2007). Su propuesta consiste en reconocer derechos a los animales no humanos a partir de un criterio de sensibilidad que enfatiza su proximidad con la especie humana (FRANCIONE, 2010).

En un original abordaje Martha Nussbaum retoma el concepto de capacidades de Amartya Sen para propugnar a los animales como *sujetos de justicia política*. A prudente distancia de las perspectivas utilitaristas y del neocontractualismo, Nussbaum enumera las principales capacidades humanas: la vida; la salud e integridad física; los sentidos, la imaginación y el pensamiento; los sentimientos; la razón práctica; la afiliación; el vínculo con las otras especies; el juego; el control del propio ambiente. Con los ajustes necesarios, estas capacidades justifican la consideración de los animales no humanos como *sujetos de justicia política* que deben ser reconocidos en el campo jurídico.[7]

Los recursos legales orientados a la liberación de animales bajo encierro recorren buena parte de las argumentaciones ético-legales reseñadas en los párrafos anteriores: la capacidad de sufrir de los animales y su valor intrínseco; la necesidad de cambiar su estatuto legal no ya en términos de dotarlos de un mayor bienestar sino de considerarlos sujetos de derecho.

Además de retomar este vasto *corpus* filosófico, los juristas contemporáneos retoman la obra pionera del célebre jurista francés René Demogue (1911) que analiza la complejidad del alcance de la noción de sujeto de derecho. Si bien se ha creído que se trata de una pregunta simple (¿quiénes pueden ser sujetos de derecho?), la historia muestra una variación de titulares de derechos: los esclavos, por ejemplo, no eran considerados como tales. Demogue da cuenta del problema que significa limitar esa teoría únicamente a los hombres vivientes. Aunque el autor aborda tangencialmente el caso de los animales, problematiza el caso de los muertos que no tienen ninguna cualidad jurídica y también el de las generaciones futuras que se veían privadas de tener personalidad jurídica en los inicios del siglo XX (DEMOGUE, 1911,

7 Los argumentos de Nussbaum han sido incorporados en diversas sentencias, como la que citamos a continuación de la justicia colombiana: "los animales y otros seres vivos tienen dignidad en sí mismos, porque al margen de que no manifiesten su voluntad en el denominado contrato social, sí son sujetos que tienen un propósito vital y finalidad en la existencia, tanto así que entran en relación directa y permanente con el ser humano [...] una lectura constitucional del Código Civil no puede arrojar como resultado que la responsabilidad por el hecho de los animales sea regida bajo los principios, ni las reglas propias de lo referente a las cosas" (Sentencia 1999-09090 del mayo 23 de 2012, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Consejo de Estado, Colombia).

p. 323).[8] Su perentorio diagnóstico sobre la arbitraria limitación de los sujetos de derechos no difiere demasiado, como veremos en los próximos apartados, de algunos alegatos contemporáneos a favor de los derechos de los animales.

2 ¡Liberen a Sandra!

> Quien haya mirado a los ojos a un primate, sabe que no hace falta el fallo de la justicia para saber cuán cerca nuestro están, cuánto de nuestra manera de sentir y de expresar es similar.
> (SUÁREZ, 2017, p. 46)

> Heme aquí de nuevo en la sala de las jaulas. Una extraña emoción me invade en el umbral. Veo ahora a estas criaturas bajo una nueva luz. [...] ¿Es una ilusión mía si capto un matiz nuevo, destinado a mí, con una cualidad distinta [...]? Un reflejo imposible de describir, pero en el que me parece distinguir una curiosidad despierta, una emoción insólita, sombras de recuerdos ancestrales que tratan de emerger de la bestialidad y, tal vez, el destello incierto de la esperanza.
> (BOULLE, 2012 (1963))

El debate por el reconocimiento de los animales no humanos como sujetos de derecho ha asumido, en las últimas décadas, un espacio relevante en la agenda de discusión. Confluyen los aportes provenientes de la academia —en particular del campo conocido como *animal rights*—, así como la multiplicación de movimientos animalistas de heterogéneo tipo y escala que recurren a estrategias judiciales con el fin de obtener la libertad de algunos animales, en particular, de los grandes simios. Con un primer antecedente en Brasil,[9] y más cerca en el tiempo en Argentina y Estados Unidos, la presentación de *habeas corpus* para obtener la liberación de grandes simios que se encuentran encerrados en zoológicos, laboratorios y propiedades privadas se ha incrementado. Veamos a continuación de qué modo sus argumentaciones intersectan en el campo de la ética y el derecho.

En noviembre de 2014, la Asociación de Funcionarios y Abogados por la Defensa de los Derechos de los Animales (Afada) presenta un *habeas corpus* con el objeto de liberar a la orangutana Sandra, que vive en el ex zoológico —actualmente denominado Ecoparque— de Buenos Aires.

8 Esto sería impensable en la actualidad, ya que las cartas constitucionales y regulaciones internacionales y subnacionales aluden repetidamente a la entidad jurídica de este sujeto colectivo y futuro.

9 Véase el apartado titulado: ¿La vida que (solo) los simios merecen?

La elección de Sandra no es casual: se trata de uno de los grandes simios que, por su semejanza con el humano, ha sido objeto de atención de especialistas, organizaciones y proyectos internacionales. En particular, el ya mencionado Proyecto Gran Simio no solo propone reconocerles derechos en base a dicha semejanza, sino que también es la entidad que afrontaría los gastos de traslado de Sandra a un santuario.[10] En la demanda de Afada, luego de un extenso apartado en el que se argumenta sobre el uso del *habeas corpus* para el caso de un animal no humano —cuyo principal sustento es la similitud genética con el ser humano—, se enlazan fundamentos de diferente naturaleza con el fin de lograr que se libere a Sandra.

Por un lado, se recurre a argumentos conservacionistas sobre el estado de extinción de la especie a nivel global a partir de la cita de informes internacionales —entre ellos de la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza y del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente—. Se afirma que los orangutanes se encuentran entre los veinticinco primates en mayor peligro de extinción y se alerta sobre su posible desaparición en un plazo de entre una y dos décadas.

No obstante, la perspectiva proteccionista —basada en aportes de la ética animal— asume el rol preponderante. Un arsenal de documentos e informes intenta demostrar el estado de depresión y soledad de los orangutanes en situación de encierro. Sandra es considerada entonces:

> […] una verdadera esclava del zoo de Buenos Aires […] (privada) injusta e ilegítimamente de su libertad locomotiva, como a muchos otros no humanos, en un país donde la esclavitud fue abolida con la Asamblea del Año 13. (Párrafo extraído de la demanda de Afada, 2014, p. 6)

Amén de la consabida proximidad genética, nuestra cercanía espiritual con estos simios es enfatizada en descripciones sobre su sensibilidad, inteligencia y sentimientos:[11]

> […] Mantienen y cultivan lazos familiares, adoptan huérfanos, lloran por la muerte de los suyos, practican la automedicación, poseen cultura […] *es mucho más lo que nos une a estas especies que lo que nos separa*. (Demanda de Afada, 2014, p. 8. El resaltado es nuestro)

10 A fines de 2017, la jueza Liberatori dictaminó el traslado de Sandra al santuario Center for Great Apes, en Florida, Estados Unidos. El traslado aún no se ha efectivizado. Diario *Clarín*, 10 de abril de 2018.

11 En el mismo sentido, una de las cuidadoras del ex zoológico de Buenos Aires nos relató sus impresiones sobre las cualidades intelectuales y emocionales de Sandra: "Es como ir a visitar a tu abuelita al geriátrico: te mira con esos ojos re humanos […] Tiene la edad madurativa de un chico de 5 años […] Yo no soy su cuidadora habitual, pero un día que me acerqué, ella me miró fijo, se paró en dos patas, sacó uno de los dos palitos que tenía en la boca y me lo pasó por el único agujero que había en su recinto. Yo agarré el palito, me lo llevé a la boca, se lo devolví por el agujero y ella se lo volvió a poner en la boca. Fue emocionante" (Entrevista a empleada del ex zoológico porteño, 2016).

Un mes más tarde, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal da curso a esa acción (cfr. cuadro A, recurso 1, 3ª Instancia) y se expide en una resolución de solo una carilla y media en la que expresa una posición absolutamente novedosa respecto del estatuto jurídico de los animales:

> […] menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos.[12]

El breve fragmento citado junto con la fotografía de Sandra encerrada con triste expresión en su recinto circularon velozmente a través de la prensa internacional así como dentro del círculo de organizaciones no gubernamentales y académicas que trabajan sobre este tema. Debido a la lejana competencia de este juzgado en relación a temas ambientales o relativos a animales, es probable que los jueces de la Sala II de la Cámara de Casación Penal no anticiparan la repercusión mundial que tendría una decisión de este tipo. La resolución se transforma entonces en un arma de doble filo: si bien se alza como un indiscutible espaldarazo a los históricos reclamos animalistas, su pobreza argumentativa banaliza la cosmovisión más sofisticada en la cual se apoya esta lucha.

3 ¡No maltraten a Sandra!

Va perdiendo su lugar en el mundo,
como luciérnaga fugitiva que nada acecha y muerde
el hilo solitario de la noche con su luz.
va perdiendo los árboles altísimos,
criaturas desterradas en los muelles
de una civilización que se hunde.

Va perdiendo su lugar: el rumor de las hojas, las flores
De largos tallos, las mariposas azules, celestes, las chik-chaks
que ululan en la noche, los frutos menos oscuros, la senda infinita. […]
(ARIJÓN; BELLOC, 2000)

12 Sentencia de la Cámara Federal Casación Penal, Sala II, "Orangutana Sandra s/Habeas Corpus", Registro de Sentencia nº 2.603/14, del 18/12/2014. En la resolución se transcribe casi textualmente el fragmento del libro de Zaffaroni (2012, p. 54) que suscribe la tesis de los animales como sujetos de derecho, sin añadir nuevas consideraciones.

En forma simultánea al fallo de la Cámara de Casación Penal, en el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas nº 15 de la ciudad de Buenos Aires se da inicio a una investigación por posible comisión de los delitos de maltrato y crueldad animal previstos en la Ley nº 14.346/1954 contra los responsables del entonces zoológico de Buenos Aires con el fin de indagar en las condiciones de vida de Sandra en su recinto e investigar si se está cometiendo delito de maltrato animal (cfr. cuadro A, recurso 2, 1ª Instancia). La ONG Afada solicita ser tenida como parte querellante en representación de la orangutana Sandra ante la posible comisión del siguiente delito: "Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causándoles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por el solo espíritu de perversidad".[13] El argumento medular utilizado por la asociación para poder participar de este proceso es que la orangutana es un sujeto de derecho asimilable a un *incapaz de hecho*[14] que, por lo tanto, solo puede ejercer sus derechos por medio de un representante.

En esta nueva causa judicial se suma un tópico que también enhebra reflexiones de la ética y el derecho: la cuestión de la representación. ¿Cómo representar legalmente a los no humanos? En su ya clásico trabajo, Christopher Stone (1972) se pregunta sobre la legitimidad procesal de los árboles y vincula esta problemática con la de aquellos seres humanos que, a lo largo de la historia, no podían reclamar por sus derechos sino a partir de la figura de un representante: esclavos, mujeres, niños.

En abril de 2015, el día del animal, el Juzgado acepta tener por parte querellante a la ONG Afada en representación de la orangutana, lo que configura una novedad sin precedentes. Para fundar su decisión retoma los debates parlamentarios que, en 1954, se preguntaban si el delito de maltrato animal protegía al animal considerándolo como un sujeto de derecho y una vida que merece protección *per se*, o bien como un objeto digno de tutela legal. En este trámite judicial aún no se ha dictado sentencia definitiva que determine si el delito de maltrato y crueldad animal puede ser imputado a los responsables del ex zoológico porteño. La resolución retoma tanto una lectura de las corrientes animalistas contemporáneas como una serie de normas y decisiones judiciales europeas y latinoamericanas que consideran a los animales como seres sensibles. La categoría de seres sensibles se posiciona a mitad de camino entre la consideración jurídica de los animales como *objetos*

13 Delito previsto por el art. 3 inciso 7 de la Ley nº 14.346/1954.

14 La capacidad en el sistema legal se concibe desde un doble eje: como capacidad para ser titular de derechos —lo que se denomina *capacidad de derecho*—, y la capacidad de poder ejercer esos derechos, que se expresa en términos de *capacidad de ejercicio* según los términos del nuevo Código Civil y Comercial (arts. 22 y 23). En este marco, la *incapacidad de ejercicio* alude a aquellos casos en los que no se pueden ejercer los derechos de los que se es titular directamente, sino por medio de un representante: las personas por nacer, las personas que no cuentan con edad y grado de madurez suficiente, las personas declaradas incapaces por sentencia judicial (art. 24).

semovientes,[15] y las referencias a la naturaleza como sujeto portador de derechos que caracteriza a algunos sistemas constitucionales y legales de América Latina,[16] cuyas experiencias iniciales han sido Ecuador y Bolivia (cfr. cuadro B).

En términos jurídicos, esta categoría de seres sensibles constituye un "tercer género" que viene a generar una ruptura en la dicotomía sujeto/objeto que caracteriza al derecho moderno y en base a la cual los seres vivos han sido catalogados y regulados.

Si bien estas posturas sensocéntricas representan un desplazamiento de una postura antropocéntrica tradicional —en el sentido de considerar a los animales meras máquinas— lo cierto es que no abandonan la matriz naturalista que les sirve de sustento.[17] Descola (2012, p. 290) incluso advierte que los animalistas explotan todas las posibilidades de la ontología moderna occidental al reservar la extensión de la cualidad de persona solo a aquellos animales que comparten una interioridad de la misma naturaleza con los humanos "normales".[18] Las diferencias entre esta ética extensionista de matriz antropocéntrica propia de los animalistas; el antropocentrismo convencional y el biocentrismo han sido analizadas con detalle en un libro previo (CARMAN, 2017), al cual remitimos al lector (cfr. cuadro B).

4 La "cocina" de un fallo

> ¿Qué puede cambiar en el mundo si yo digo: "¿liberen a Sandra?" Sería pirotecnia. El trabajo artesanal es mucho más difícil.
> (Entrevista a la jueza Liberatori, 2015)

Luego de la breve y resonante resolución de la Cámara de Casación Penal y de la más argumentada resolución del Juzgado del fuero Penal, Contravencional y de Faltas, un nuevo fallo judicial a favor de Sandra habría de sumarse tan solo un año después.

15 La categoría jurídica aludida alude a aquellas cosas que pueden moverse por sí mismas.

16 A estas primeras regulaciones se puede sumar la reciente constitución de la ciudad de México (2017), del Estado mexicano de Guerrero (2014), y el proyecto de ley impulsado por el senador argentino Solanas desde 2015, inspirado en la ley boliviana de 2010 que reconoce derechos a la Madre Tierra.

17 Las formas de identificarse o de vincularse con las especies por parte de los proteccionistas sigue operando bajo el mundo de creencias que gobierna nuestras prácticas en la sociedad moderna occidental, y que Descola (2005) caracteriza bajo el nombre de naturalismo. Para la cosmovisión naturalista, la naturaleza existe como un dominio autónomo y los humanos formamos parte de colectividades diferenciadas que excluyen al conjunto de los no humanos.

18 Recordemos al respecto la polémica postura de Singer (2011) respecto de que los humanos con lesiones o malformaciones cerebrales no serían plenamente personas.

La ONG Afada plantea una acción de amparo con el fin de solicitar la liberación de Sandra y su reubicación en un santuario. En sintonía con los planteos de Singer ya mencionados, la ONG argumenta que los animales poseen capacidad de sentir, y que esta orangutana en particular —recluida en una jaula de cemento— padece discriminación por su especie, lo que es calificado como especismo antropocéntrico:

> […] Sandra es miembro de una especie que no conoce, y de una especie que vive en un hábitat y un clima que tampoco conoce… tiene el estado mental de un "Orangután Institucionalizado". (Párrafo extraído de la demanda de Afada, 2014, p. 10 vta. y citado en la sentencia del 25 de octubre de 2015)

Su subjetividad no terminará de realizarse plenamente, pues, en cautiverio. El amparo en cuestión recae en el Juzgado n° 4 en el Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a cargo de la Dra. Liberatori. A contrapelo de un amparo "tradicional" —cuya resolución debiera expedirse en cuestión de días—, el juzgado responsable convocó a diferentes audiencias públicas y dio intervención a especialistas en calidad de *amicus curiae*.

Esta voluntad de *pisar la pelota* —según la metáfora futbolera de la jueza— responde a múltiples motivos. Por un lado, la jueza Liberatori había trabajado en la ley de protección de animales y había sido abogada de la ONG Asociación para la Defensa de los Derechos del Animal (ADDA) en los años 80.

> Cuando llegó el expediente caratulado "Sandra", yo no lo podía creer. Desde los 14 años quería ser abogada para defender los derechos de los animales. Me saldé esa deuda conmigo. Después de esto, ya puedo jubilarme. (Entrevista a la jueza Liberatori, 2015)

La llegada del expediente se transformó entonces, según sus términos, en una *punta de rompehielos*[19]: el amparo podía transformarse en una *bandera* para reivindicar la causa animal. Al igual que en otras causas sobre animales en cautiverio, aquí se conjuga la inquietud por los usos de su cuerpo —la imposibilidad de deambular o jugar libremente— con aquella que atiende a la disponibilidad de su espíritu: Sandra padece tristeza y no conoce su hábitat natural ni a sus parientes directos.

Además de su sensibilidad previa con la temática, la jueza sumó el respaldo de expertos que analizaron *la causa a fondo* y que le permitieron no solo mejorar las condiciones de hábitat de Sandra, sino también evitar, en sus términos, una *sentencia kamikaze*. Los expertos en cuestión

19 Las expresiones en bastardilla citadas aquí y en los próximos apartados corresponden, según el caso, a expresiones textuales vertidas en entrevistas, en las audiencias públicas o en los fallos.

expusieron sus argumentos a lo largo de dos audiencias públicas celebradas en el Juzgado en el Contencioso Administrativo y Tributario nº 4 de la ciudad de Buenos Aires.

Algunos de estos expertos solicitaron participar en la causa, otros fueron expresamente convocados por el juzgado y un tercer grupo, en particular los especialistas extranjeros, fueron propuestos por el abogado de la ONG Afada que inició el proceso.

5 El desfile de expertos: la transformación de Sandra de *objeto en sujeto*

Durante las audiencias públicas se perfilan los contornos de dos bloques de actores. El primer bloque expresa su cercanía moral con la orangutana a partir de las preocupaciones por sus padecimientos, la búsqueda de soluciones para revertir el maltrato y la constante alusión a su nombre de pila. Este primer bloque está conformado por la jueza Liberatori; el abogado Gil Domínguez que patrocinó a la ONG Afada; el presidente de esta asociación y los expertos de diferentes áreas del saber: veterinaria, biología y la cátedra de Derecho Animal de la Universidad de Buenos Aires. Los derechos de Sandra, argumenta Gil Domínguez, son violados por el cautiverio, por más bello que este sea; y Sandra debe completar su transformación *de objeto en sujeto*. Además de la irreversibilidad de las condiciones de cautiverio para el *mundo animal* en general, Sandra —que es el objeto sobre el cual se decide en el proceso— *padece en particular*.

La proximidad moral con Sandra de este bloque de actores se expresa también en la empatía con su compleja identidad: ella no solo nació en cautiverio sino que además desciende de progenitores de Sumatra y Borneo, combinación que vuelve su vida en libertad imposible. Los demandantes convocaron a especialistas en orangutanes de otros países que presentaron informes por escrito en el trámite de amparo y luego fueron escuchados en las audiencias desarrolladas en el tribunal por vía digital. Así, se convocó a Shawn Thompson, especialista en capacidades y cultura de los orangutanes; a Leifs Coks, Presidente de Orangutan Project fundado en 1998; y a Gary Shapiro, integrante de la Orang Utan Republik Foundation. Si bien ninguno de ellos conoce a esta orangutana, todos ellos concordaron en que Sandra sufre por su encierro.

¿Es necesario mejorar sus condiciones actuales o trasladarla a un mejor espacio —como, por ejemplo, un santuario— para que desarrolle su vida? Este último lugar ¿sería suficiente para su plena realización? Si además Sandra es un *híbrido*, un animal que jamás habría existido sin la intervención humana, ¿dónde puede *devolverse*? ¿Cuál es su lugar en el mundo?

Durante la audiencia, el presidente de Afada pone de relieve el incumplimiento de las funciones y objetivos básicos por parte de los zoológicos en Argentina. Con evidente fastidio, el director del ex zoológico y actual Ecoparque allí presente invita a los expertos convocados por el tribunal a visitar *al animal* para verificar sus condiciones de hábitat y dictaminar qué sería necesario mejorar dentro de su vida en cautividad.

La alusión genérica al *animal* no es azarosa: el bloque de actores que refiere a la orangutana en esos términos —los representantes del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires, el director del zoológico y sus abogados— refuta la consideración de Sandra como sujeto de derecho y

muestra la contraposición de ese estatus respecto del Código Civil argentino recientemente reformado, que no efectúa un reconocimiento de este tipo de manera explícita. Sandra representa, según su perspectiva, un *problema técnico* sin implicancias jurídicas.

La manera de referirse a la orangutana revela la proximidad o distancia moral que los diversos participantes de las audiencias públicas admiten respecto a la protagonista de la demanda. Como hemos abordado en un trabajo anterior respecto de otra causa judicial,[20] la distancia moral respecto de los sujetos padecientes justifica políticas de omisión, apatía o maltrato. La despersonalización de los sujetos padecientes constituye el primer paso para deslindar posibles responsabilidades en el cumplimiento de sus derechos o el alivio de sus padecimientos. Si resulta usual anonimizar a los sujetos vulnerables para desentenderse de sus derechos, tampoco debe sorprendernos que los defensores de Sandra repitan su nombre, aflicciones y atributos singulares. El reforzamiento de sus señas recobra aquí un particular sentido: Sandra no es de aquí ni de allá; tampoco hay dónde *devolverla* e incluso tuvo otro nombre en sus primeros 8 años de vida en el zoológico de Berlín. Nótese el esfuerzo de reparación y la paradoja involucrada: un conjunto de actores humanos remarca la singularidad de una orangutana cuya vida estuvo signada por el continuo cercenamiento de su identidad desde su misma concepción, precisamente a causa de la intervención humana.

6 Un fallo parteaguas

En la parte resolutiva de la sentencia de 2015, la jueza Liberatori retoma lo decidido por la Cámara Penal y considera que Sandra es una persona no humana, sujeto de derecho, y defiende la importancia de reconocer a los animales su carácter de seres sintientes a la manera de la reciente reforma del Código Civil francés.

En segundo lugar, la jueza apela a una norma del derecho penal —la Ley nº 14.346/1954— que en su artículo 1 tipifica los malos tratos y la crueldad contra los animales como delito, y la vincula con el ejercicio abusivo de derechos que incorpora la Ley nº 17.711/1968 a nuestro ordenamiento legal.

En tercer término, Liberatori y su equipo incorporan en el fallo argumentos provenientes de la antropología y la sociología clásicas —Burke, Goffman y otros autores— para reflexionar no solo sobre la visión hegemónica occidental de los animales como *seres inferiores al*

20 En un libro anterior (CARMAN, 2017) analizamos el caso de los primeros afectados porteños de la *causa Mendoza*, en la cual la Corte Suprema de Justicia argentina ordenó la relocalización de los habitantes de asentamientos que vivían a menos de 35 metros del Riachuelo, un río altamente contaminado. El primer juez a cargo de la causa refirió a estos primeros afectados de la causa en términos de *obstrucciones* que impedían la liberación de las orillas. El desprendimiento moral con que el juez aludía a estas personas en sus resoluciones fue la antesala de las violentas expulsiones de estos habitantes.

servicio del hombre, sino también sobre las posibles consecuencias de esa visión estigmatizante sobre la vida de esos seres.

Apenas unos párrafos después, y a tono con la apropiación de ese corpus conceptual interdisciplinario, se reivindica una *interpretación dinámica del derecho*[21] que habilita desarrollar otras posibles significaciones sobre las normas jurídicas a partir de las continuas transformaciones de la sociedad.

A renglón seguido se establece la comparación entre animales y grupos humanos históricamente sojuzgados u oprimidos, como ya había sido trazada en el célebre *Liberación animal* de Singer décadas atrás:

> El Derecho como toda categoría y modo de clasificar y ordenar la vida cotidiana, es una construcción social. Partiendo de esta base, sostenemos que, quienes deben ser los beneficiarios de ciertos derechos y quienes no, es un aspecto que puede ser modificado. […] Con esto queremos decir que sectores relegados de la sociedad, como lo han sido a lo largo de la historia los pueblos originarios, los negros, las mujeres, etc. y también los animales (que han sido y son sometidos por los hombres), […] pueden llegar a ser sujeto de derechos.Y de esta manera lograr que dejen de ser sometidos […]. (GUAIMAS, 2015, *La Antropología: sobre la construcción social de las categorías,* inédito. Citado en Resolución 25 de octubre de 2015, p. 10)

A continuación, y en consonancia con la telegráfica resolución de la Cámara de Casación Penal, el fallo de Liberatori retoma el *best-seller* del ex Ministro de la Corte Suprema Zaffaroni y coincide con su postura de que *ningún viviente debe ser tratado como una cosa*.[22] Como culminación de estas reflexiones, el fallo señala que "los modos categorizar y de clasificar" no solo "encierran relaciones de poder específicas", sino que "pueden provocar relaciones de desigualdad, dominación y sometimiento de seres vivientes"; lo cual debería impulsarnos a "cambiar ciertos modos de ver y actuar sobre nuestra vida cotidiana y sobre la vida de los otros humanos y no humanos" (Resolución 25 de octubre de 2015, p. 10).

21 Entre los diferentes criterios para interpretar el sentido de una norma en el campo jurídico se destacan los siguientes: el *gramatical*, que atiende al sentido literal de las palabras; el *sistemático*, que busca relacionar la norma con el ordenamiento legal en el que se inscribe; el *intencional* o *teleológico*, que intenta descubrir su espíritu y finalidad; y el *histórico*, cuyo objetivo consiste en encontrar el sentido de la norma a partir de sus antecedentes históricos y legislativos. Este último criterio que puede mantenerse estático —y buscar en el pasado la voluntad del legislador para construir su significado en el presente— o puede ser leído en clave dinámica, y con ello intentar captar las transformaciones de las sociedades e interpretar el derecho bajo análisis.

22 "Cuando leí en el libro de Zaffaroni la nota a sus perros ('yo jamás pensé que ellos no tuvieran ningún derecho'), me mató. Yo pienso lo mismo…" (entrevista a la jueza Liberatori, 2015).

Luego de demostrar los malos tratos que sufre Sandra, la jueza resuelve hacer lugar a la acción de amparo y, simultáneamente, encomienda a una serie de expertos que elaboren un informe resolviendo qué medidas deberá adoptar el Gobierno de la Ciudad para "garantizar a Sandra las condiciones adecuadas del hábitat y las actividades necesarias para preservar sus habilidades cognitivas". La magistrada delega la decisión final sobre las condiciones de vida y el destino de Sandra en parte del cuerpo de expertos que había participado en las audiencias.[23] Si bien ha ido proliferando la incorporación de científicos en causas judiciales ambientales, en este caso se dota además de poder decisorio a esa mesa de expertos.

El propio equipo de trabajo del juzgado considera este caso como *histórico*:

> N: Es mucho más relevante de lo que uno, desde adentro del expediente, lo ve. Trasciende a nosotros, a Sandra misma…
> L: son […] conquistas que no terminan en la sentencia. (Entrevista a Noelia y Lucía, profesionales del Juzgado n° 4 en el Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015)

Recordemos que pocos meses antes había entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial que no modifica expresamente el estatuto legal de los animales, con lo cual la audacia de estos planteos judiciales —incluyendo aquí la primera resolución de la Cámara de Casación penal— se ve redoblada.[24] Esta pequeña revolución se completa con gestos inusuales dentro del fuero judicial como la *interpretación dinámica del derecho* ya reseñada y la convocatoria a expertos de diferentes disciplinas para debatir sobre el futuro de Sandra.[25]

A fines de 2017, la jueza Liberatori dictaminó el traslado de Sandra al santuario Center for Great Apes de Florida, Estados Unidos, que se sustanciará una vez que se completen los diagnósticos de salud de la orangutana aún en proceso (Diario *Clarín*, 10 de abril de 2018). La elección de este santuario cuenta con el visto bueno del Gobierno de la Ciudad y de Gil Domínguez, quien se había desempeñado como abogado patrocinante de la ONG Afada. Esta ONG manifestó en cambio su disidencia con esta elección y su enojo con la jueza por haber denegado

23 Los especialistas designados fueron Miguel Rivolta —médico veterinario, asesor en fauna silvestre de la Universidad de Buenos Aires— y Héctor Ferrari, licenciado en Biología y Antropología y docente de la cátedra de Bienestar Animal de la misma universidad.

24 Si bien Liberatori no lo toma en consideración en su texto, el nuevo Código Civil admite puertas de ingreso del biocentrismo. En particular, el artículo 240 limita el ejercicio de los derechos individuales cuando se puedan afectar derechos de incidencia colectiva, tales como el funcionamiento de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales o el paisaje.

25 En otro trabajo (YACOVINO; CARMAN; LEKERMAN, 2012) abordamos una experiencia similar de participación de diferentes expertos en el marco de audiencias públicas para la resolución de conflictos en el juzgado de Liberatori; en este caso, respecto de la radicación de Rodrigo Bueno, una villa ribereña en Buenos Aires.

el traslado de Sandra a un santuario en Brasil que sí reunía, desde su punto de vista los requisitos apropiados: "Afada exhorta a la magistrada Elena Liberatori a revocar su resolución y a ajustar sus decisiones a la ley y a las probanzas de la causa, recordándole la Grandeza y Valentía que debe tener todo hombre y mujer de derecho, cuando de su voluntad depende la Vida de un Ser Sintiente".[26] A su vez, Afada presentó un recurso de apelación para que la Cámara competente se pronuncie sobre esta resolución que considera infundada por haberse basado en "el [...] argumento de que el Santuario brasileño no posee personal con experiencia ni capacitación en el manejo de Orangutanes".[27]

7 ¿La vida que (solo) los simios merecen?

Suiza, una chimpancé brasileña, fue el primer simio del mundo declarado sujeto no humano de derechos en 2010. Lo curioso es que Suiza obtuvo ese estatus *post mortem*: cuando el juez dictó sentencia, ella ya había fallecido.[28] Si bien la muerte de la chimpancé durante el proceso judicial volvía el caso abstracto, el juez dictó sentencia de todos modos, consciente de su extraordinario poder simbólico: la discusión sobre su estatus de persona legal continuaría vivo pese a la ausencia física del animal.

Si Sandra se aproxima a la humanidad al obtener derechos, un "ejército de reserva" animal continúa esperando justicia. Hércules y Leo,[29] dos chimpancés utilizados para experimentación por la Universidad Stony Brook del Estado de Nueva York, también sumaron sus rostros a esta circulación de noticias debido al *habeas corpus* presentado por la ONG Non Human Rights Project para lograr su liberación. Otros *habeas corpus* también fueron presentados por esta organización norteamericana durante los últimos años con el fin de lograr la liberación de los chimpancés Kiko y Tommy, encerrados desde hace décadas.[30]

26 Publicación de fecha 18 de julio de 2017 disponible en: <https://www.facebook.com/afada.ong>. Acceso el: 30 sep. 2018. Las mayúsculas son originales del texto.

27 Publicación de fecha 13 de julio de 2017 disponible en: <https://www.facebook.com/afada.ong>. Acceso el: 30 sep. 2018.

28 *Habeas Corpus* 833085-3/2005 del 9ª Juzgado Penal de la ciudad de Salvador de Bahia. Juez Edmundo Lúcio da Cruz. Diário do Poder Judiciário, 4 de octubre de 2005. Comentario en: Gordilho y Silva (2012).

29 En el caso de Hércules y Leo, la sentencia de abril de 2015 de la jueza Jaffe de la Suprema Corte en Manhattan ordenó que se tramite el *habeas corpus* presentado. Cuatro meses más tarde, sin embargo, la jueza resolvió no hacer lugar a la acción considerando, entre otros argumentos, que los tribunales son lentos al momento de realizar cambios de esta naturaleza. Esta afirmación puede comprenderse en relación al sistema del precedente que rige en el derecho anglosajón, ya que no existía un precedente sobre el cual fundar la decisión de considerar a estos grandes simios como sujetos de derecho.

30 En diciembre de 2014, el Third Judicial Department New York State Appellate Court sentenció que el

Este tipo de estrategias judiciales para la liberación de grandes simios se replica en Argentina. Basta recordar la campaña internacional por la liberación de Toti, un chimpancé que habitaba en el zoológico de Córdoba y fue trasladado al zoológico de Bubalcó, en la provincia de Río Negro. O el caso de Toto, un chimpancé que vivía en el Arca de Emir,[31] y cuyo pedido de liberación fue rechazado por ser considerado "cosa" para el derecho.

Mientras que en el caso de Sandra solo se ordenó por el momento la mejora de sus condiciones de vida, un posterior *habeas corpus* resuelto en Mendoza va más allá y dispone la liberación del simio. Se trata de Cecilia, una chimpancé que tiene alrededor de 30 años y vivió toda su vida en el zoológico de esa ciudad. La acción fue planteada por la ONG Afada, y desde abril de 2017 Cecilia vive en un santuario de chimpancés en Brasil, donde además encontró —según comentan con visible satisfacción los proteccionistas— su *media naranja*.[32]

En el caso de la chimpancé Cecilia, tanto Afada como el tribunal retoman argumentos similares al caso Sandra respecto de los malos tratos y crueldad animal, el especismo antropocéntrico, y su estatuto jurídico de persona no humana.

Sandra, Cecilia y Suiza —aun ya inerte a la hora del fallo— son la expresión metonímica de todos los cuerpos de los simios en cautiverio: aquellas potenciales personas no humanas que encontrarán la muerte sin haber salido jamás de su encierro. Si Suiza estuvo impedida de alcanzar los beneficios de la sentencia, ¿qué nos diría Sandra, si pudiera hablar? ¿Todos los ojos que se posaron sobre ella fueron suficientes para interpretar su vida confinada en ese pequeño recinto?

8 ¿Una nueva política humanitaria?

A tono con esta creciente sensibilidad animalista, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires instrumenta nuevas políticas de *respeto* y *cuidado* hacia los animales porteños: ahora es posible viajar con mascotas en el subterráneo, o contar con servicios veterinarios ambulatorios

chimpancé Tommy no es sujeto de derecho por su imposibilidad de asumir responsabilidades y en base a argumentos similares a los también vertidos en el caso de Hércules y Leo.
Las dos causas en cuestión son tramitadas actualmente en la Corte de Apelaciones de Nueva York. El estado de las causas se puede consultar en: <http://www.nonhumanrightsproject.org/>. Acceso el: 30 sep. 2018.

31 Se trata de una granja educativa y zoológico para "animales jubilados" ubicado en Concordia, provincia de Entre Ríos, administrada por el miembro de una familia dedicada a la actividad circense.

32 El siguiente video exhibe el traslado de Cecilia: <https://www.elsol.com.ar/nota/299697/provincia/video-la-mona-cecilia-ya-esta-en-el-santuario-de-brasil.html>. Acceso el: 30 sep. 2018.
El *inicio de un romance entre Cecilia y Marcelino* que fue seguido por diferentes medios y redes sociales, e interpretado por Afada como *el derecho a amar y ser amado* y el *comienzo de una vida en plenitud*. Publicaciones de fecha 28 y 29 de agosto de 2017 en: <https://www.facebook.com/afada.ong>. Acceso el: 30 sep. 2018.

gratuitos.[33] En cuanto a las medidas que benefician a los animales salvajes —confinados en el ex zoológico de la ciudad— se proyectan transformaciones físicas en los espacios que los albergan u otras medidas que mejoren su calidad de vida, tales como la instauración de espacios más abiertos, pisos de tierra o elementos lúdicos.

Esta gestión innovadora de los espacios en pos del bienestar animal va acompañada de gestos simbólicos y ampulosas campañas publicitarias, como aquella que consigna la *transformación histórica* del zoológico en un Ecoparque.[34] Si bien la ley en tal sentido fue sancionada por la Legislatura porteña a fines de 2016, los cambios en esa dirección aún no se llevaron a cabo.

El proyecto del Ecoparque consiste en dejar de exhibir animales en cautiverio; trasladar las especies que han vivido confinadas a santuarios o reservas o bien mejorar las condiciones de aquellos animales de mayor edad, cuyo traslado implicaría riesgos para su salud. También se pretende trabajar en la rehabilitación y liberación de animales silvestres heridos o recuperados del tráfico ilegal; sumar proyectos de conservación y desarrollo científico para la preservación de la fauna autóctona en peligro; y desarrollar propuestas interactivas, educativas y artísticas —en la jerga oficial, *visitas conscientes*—. Y es que mirar a los animales a través de una reja, y regocijarse de ello, paulatinamente deja de ser una experiencia socialmente aceptable.

Pese al cambio de denominación del zoológico, los visitantes se sienten decepcionados y comentan la estafa de pagar una entrada de más de 200 pesos argentinos — unos 14 dólares en 2017 — para encontrar un panorama desolador en el interior: las condiciones de los animales prácticamente siguen siendo las mismas. La ONG proteccionista Sin Zoo también denuncia el *ecofraude*, la zoocosis de varios animales —conocida como la locura del cautiverio— y advierte que muchos de ellos serán trasladados a sitios aún peores. Los *animales presos*, señalan, aún no han recuperado su dignidad (Revista *Noticias*, 9 de enero de 2017). Actualmente, el Ecoparque cerró sus puertas por dos años y algunos conservacionistas de diversas ONG que formaban parte del consejo directivo renunciaron en disidencia con la ineficaz gestión.

Sin ánimo de profundizar en esta polémica, lo cierto es que las discretas mejoras del ex zoológico de Buenos Aires y la política *pet-friendly* oficial[35] corre en paralelo a una ostensible retracción de las políticas sociales y habitacionales de los sectores populares de la ciudad. Veamos brevemente dos casos paradigmáticos que nos permiten trazar ese contraste.

33 Se trata de medidas ya consolidadas en otros países: es posible viajar con mascotas en el subterráneo en Italia, Alemania, Hungría, España, Colombia, y con algunas limitaciones en el metrobus de Ecuador y en Chile. Las expresiones en bastardilla corresponden a las páginas oficiales del Gobierno de la Ciudad que informan sobre estas medidas.

34 La transformación de zoológicos en ecoparques también cuenta con antecedentes en España, Costa Rica y Canadá.

35 Empresas, hoteles y restaurantes prolongan esta política de admisión de mascotas.

En un fallo de repercusión mediática, el juez Gallardo multa con 5 mil pesos diarios al actual Jefe de Gobierno de Buenos Aires, Rodríguez Larreta, por no haberle procurado las condiciones mínimas de hábitat a la familia Amarilla, compuesta por un matrimonio cartonero y nueve hijos menores que se hacinan en un hotel "a todas luces inhabitable" del barrio de Constitución sin heladera, baño, ventanas ni calefacción, además de instalaciones eléctricas deficitarias, agua sucia en los pasillos y humedad en las paredes y techo. "El Gobierno parecería más preocupado por los sufrimientos y el estrés de la mona Sandra que por la angustia y el padecimiento de los seres humanos", sostuvo Gallardo, aludiendo al fallo en que el gobierno porteño accedió a darle a la orangutana "condiciones adecuadas para su hábitat, nutrición y observaciones clínicas periódicas, así como mediciones de estrés" (Diario *Página 12*, 20 de julio de 2016, p. 6). El juez, incluso, citó al Papa Francisco: "no se puede confundir la compasión hacia los animales, que exagera el interés hacia ellos, mientras deja indiferente el sufrimiento del prójimo".

Un año después de este fallo y en coincidencia con una ola de frío polar en 2017, el Gobierno porteño solo admitió la existencia de 1.066 sin techo, mientras que un exhaustivo relevamiento de ONG y organizaciones sociales reveló la presencia de unas 4.500 personas viviendo a la intemperie y 25.872 en riesgo de quedar en situación de calle.[36] Las organizaciones sociales consideraron la cifra oficial "insignificante y ridícula" y objetaron la ausencia de políticas habitacionales para dar una solución integral a los sectores más vulnerables, tratándose además del distrito más rico del país (Diario *Página 12*, 18 de julio de 2017, p. 18).

Dos días más tarde, el secretario de salud de Mar del Plata —que pertenece a la coalición neoliberal de derecha *Cambiemos*, al igual que el gobierno nacional y el porteño— no tuvo reparos en comparar a una mujer sin techo con un animal doméstico con reflejos condicionales:

> La dejamos en el hospital y vuelve; como un perrito, vuelve al lugar donde se siente cómoda […]. (Diario *Página 12*, 21 de julio de 2017, p. 16)

36 Primer Censo Popular de Personas en Situación de Calle efectuado en 2017 por cuarenta organizaciones sociales. Los datos sobre pobreza e indigencia son alarmantes si también se considera que, según el Observatorio de la Deuda Social Argentina elaborado por la Universidad Católica Argentina (UCA), en el año 2017 la pobreza alcanzó al 31,4% de los argentinos. Si bien este número, en principio, expresa una mínima disminución en relación a valores anteriores, los sectores pobres han visto profundizada su situación de pobreza y se ha elevado el nivel de indigencia en relación al 2015 (Informe: *Pobreza y desigualdad por ingresos en la Argentina Urbana del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA*, 2017). A su vez, la pobreza infantil aumentó al 62,5 %, lo que significa que existen ocho millones de niños y niñas con privaciones cotidianas (Informe: *Diferentes representaciones de la pobreza infantil en la Argentina 2010-2017 del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA*, 2018).

Esa misma semana, el prestigioso filósofo Grüner analiza en un diario nacional este significante zoológico como la condensación de los dobleces del discurso oficial: *raciclasismo light* con peyoración amable para los casi-animalitos de la calle, y palos, gases y balas de goma para los docentes u obreros indomesticables que pelean por sus condiciones laborales o para no perder el trabajo.[37]

La preocupación por el sufrimiento de los habitantes vulnerables de la ciudad se encuentra, como sabemos, desigualmente repartida. No deja de resultar una ironía que el Jefe de Gobierno porteño Rodríguez Larreta declare públicamente el *cambio histórico* que representa promover hábitats dignos y condiciones de cuidado para los animales salvajes confinados en el Ecoparque (*Ámbito.com*, 12 de septiembre de 2016), cuando el Procurador General de la Ciudad —instruido por el Poder Ejecutivo porteño— incumple sistemáticamente los fallos judiciales destinados a mejorar las condiciones de hábitat a los residentes de villas y hoteles-pensión de esa misma ciudad. La retórica humanitaria oficial, pródiga en giros lingüísticos para retratar el sufrimiento de los animales exóticos, ciertamente es retaceada para dar cuenta del padecimiento de los sectores más invisibles o desprotegidos. Basta recordar al respecto lo sucedido durante la audiencia pública del célebre caso Quisberth Castro,[38] celebrada en la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 15 de septiembre de 2011, en la que la por entonces Ministra de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y actual gobernadora de la provincia de Buenos Aires, María Eugenia Vidal, se desentendía de la responsabilidad estatal de brindar una solución habitacional a esta y otras familias en grave situación de vulnerabilidad argumentando que se veían desbordados por la "inmigración desenfrenada" proveniente de países limítrofes.

En franco contraste con lo anterior, el Gobierno de la Ciudad refuerza discursivamente su preocupación por devolver a Sandra la dignidad de la vida, o lo que un grupo de especialistas considera una vida digna para ella y su especie. La preocupación para que la vida de Sandra deje de ser insignificante, banal e injusta encuentra su trágico correlato en la apatía oficial

37 Diario *Página 12*, 25 de julio de 2017, p. 40. Tensionando también el tratamiento oficial de los animales domésticos y la vida urbana a la intemperie, una vecina de Palermo nos comentaba la disponibilidad de móviles de atención gratuita a mascotas —en un barrio en que los vecinos pueden acudir al Instituto Pasteur o pagar un veterinario— y la simultánea proliferación de los sin techo en esas mismas calles, desatendidos por el Estado.

38 En abril de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ordenó al gobierno porteño que garantice el derecho a la vivienda y brinde una solución habitacional a Sonia Yolanda Quisberth Castro y su hijo de 6 años, enfermo de una encefalopatía crónica, quienes se encontraban viviendo en situación de calle porque la Secretaría de Desarrollo Social porteña no les había renovado un magro subsidio habitacional de 700 pesos (Diario *Página/12*, 24 de abril de 2012).
Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/nota-9003-Derecho-a-la-vivienda—la-Corte-ordeno-a-la-Ciudad-poner-fin-a-la-situacion-de-calle-de-una-madre-y-su-hijo-discapacitado.html>. Acceso el: 30 sep. 2018.

respecto de vidas humanas consolidadas bajo condiciones desnudas, opresivas e invisibles, con pocas chances de ser apreciadas o gestionadas de otro modo.

Conclusiones

Si tuviéramos que escribir, como propone Ingold (2005, p. 501-506), una historia en que las acciones humanas no estén escindidas de sus permanentes intercambios con los no humanos, ¿cómo podríamos concebir ese complejo ensamblado en la ciudad de Buenos Aires? Los posibles relatos sobre el cotidiano entrecruzamiento de vidas humanas y no humanas en el ámbito porteño son múltiples: de las huertas urbanas y la aldea Velatropa[39] hasta las defensas vecinales de plazas y espacios verdes; del auge de los servicios *pet-friendly* hasta la abstinencia de carne de los veganos y las defensas de animales domésticos y salvajes por parte de activistas; desde las peripecias de los peces que sobreviven a duras penas en las aguas contaminadas del Riachuelo, hasta los trayectos clandestinos de los caballos de carro, en un territorio en el cual la tracción a sangre está prohibida.

En cuanto a las disputas contemporáneas para la liberación de animales en cautiverio o el aumento de su bienestar, las ONG proteccionistas recurren cada vez más a la justicia para lograr un reconocimiento de los derechos animales, tanto en Argentina como en otros países. Aunque esta preocupación por la consolidación de un nuevo estatuto jurídico respecto de los animales no humanos no es reciente, en los últimos años cobró renovada actualidad y colocó en el centro de la escena a la ética y el derecho animal. Si bien algunos referentes claves de la ética animal no se enfocan en la consolidación de una teoría jurídica, la apelación a los derechos puede sumarse estratégicamente en sus argumentaciones. En el mismo sentido, actores clave del campo judicial echan mano a aquellos postulados de la ética animal que dan sustento a la nueva jurisprudencia.

Los argumentos que circulan en este diálogo entre disciplinas se renuevan frente a las presentaciones de *habeas corpus* que, a la par que buscan la liberación de homínidos, promueven un debate no solo sobre la forma en que tratamos a los animales sino también respecto de su consideración como sujetos de derecho. Se trata de impugnar una concepción arraigada en el campo legal: aquella que percibe a los animales como objetos de apropiación o *cosas* por cuyas acciones dañosas debemos responder. Las acciones judiciales como el *habeas corpus* o el amparo representan el dispositivo de inclusión por excelencia de aquellos actores que fundan los derechos de estos animales en función de su similitud con nosotros.[40]

39 Se trata de una aldea ecológica ubicada en un extremo de la Ciudad Universitaria, en el barrio de Núñez. Se encuentra habitada por menos de un centenar de jóvenes de clase media que han instalado allí sus carpas, amén de una panadería, un salón comunitario, baños secos, sectores de reciclaje, talleres, huertas y frutales.

40 En un trabajo aún en elaboración (CARMAN; BERROS; RAMOS, inédito) abordamos de qué modo los *habeas corpus* funcionan como dispositivo de inclusión o exclusión de animales y humanos en la Argentina contemporánea.

En efecto, creemos que existe una "elección cultural [...] de relacionarse más o menos con determinadas especies" (RIVAL, 2001, p. 177). El uso de estas garantías judiciales resulta sintomático de la manera en que los actores proteccionistas piensan su relación con esos animales sintientes. Se trata de lograr la cercanía moralmente exacta con los animales en cuestión, ajustando la distancia y el trato hasta que coincida con la representación que se tiene sobre ellos.

***

Como vimos a lo largo del artículo, tanto el pedido de *habeas corpus* como el fallo de Liberatori convergen en una preocupación por el sufrimiento físico y espiritual de Sandra. Mediante la astucia de sus representantes legales y la voluntad de los jueces intervinientes, Sandra sortea vallas que resultaban infranqueables para varios de sus congéneres y obtiene derechos; y esa conquista la aproxima al estatuto jurídico de las personas físicas. Al obtener derechos antes que el resto de los animales, Sandra queda situada de nuestro lado de la frontera de la humanidad y se asemeja —al menos en ese aspecto— más a nosotros que a sus pares.

Se trata de un raro privilegio para un animal que es, en sí mismo, una anomalía, ya que el cruce de especies que permitió su existencia solo pudo producirse bajo una situación de cautiverio. Mientras el resto de los animales naufraga en el océano jurídico de ser todavía cosas, una orangutana-híbrido que jamás habría existido de no ser por la intervención humana se transforma excepcionalmente en un sujeto. No obstante, ¿qué tan radical es la ruptura ontológica implicada en estos fallos?

En primer lugar, el *habeas corpus* opera como un dispositivo de inclusión selectivo, ya que se basa en una marcada jerarquización de los animales pasibles de ser defendidos. En virtud de nuestro parecido con los grandes simios, por ejemplo, algunas organizaciones proteccionistas se enfocan en su protección, en detrimento de aquellos animales que son apreciados como más lejanos. Si algunas especies exóticas se encuentran sobrerrepresentadas legalmente, otras especies autóctonas en riesgo de extinción no necesariamente son patrocinadas por medio de acciones judiciales.

En segundo lugar, estos fallos representan el triunfo de una perspectiva extensionista. Como vimos, el reconocimiento de derechos a los grandes simios se apoya en su similitud genética, y eventualmente espiritual, respecto del ser humano. Esta posición no se aparta de una valoración antropocéntrica, e incluso puede ser caracterizada como un *especismo de segundo grado*.[41]

41 Este concepto refiere a una forma de discriminación de parte de los humanos entre la diversidad de especies existentes, mediante la construcción de clasificaciones de los seres no humanos que resultan en desiguales jerarquías y grados de protección, lo que se suele fundar en la mayor simpatía, belleza o relevancia que proyectamos sobre ellos. Existiría entonces un especismo de primer grado del género humano con relación a

Las certeras victorias que suponen estos fallos para los proteccionistas no reemplazan el *statu quo* —el animal, por caso, continúa siendo una *cosa* en nuestro Código Civil recién reformado—, pero permea cada vez más los esquemas de percepción del mundo que habíamos interiorizado como los únicos posibles. Esta gradual apertura tampoco detiene las oleadas de escepticismo y sarcasmo hacia los defensores de la persona animal, tildados de exóticos e incluso de *chivocéntricos* o *monocéntricos*[42] por parte de sus pares.

Estos fallos innovadores horadan pero no invalidan la persistencia de una cosmovisión naturalista occidental que concibe a los humanos como escindidos de la naturaleza y de los no humanos. En efecto, la lenta pero inexorable consolidación de un *ethos* proteccionista coexiste conflictivamente con otros modos de tratamiento a los animales vinculados a la explotación a gran escala, aún prevaleciente en nuestras sociedades capitalistas. Se trata de una "articulación entre una forma dominante y una o varias formas menores" (DESCOLA, 2012, p. 558) en nuestros esquemas de relación con los animales.

Las contradictorias visiones de la naturaleza, propias de una sociedad compleja como la nuestra, no deja de ser una fascinante marca de época. Los jueces a cargo de estas sentencias sobre los grandes simios no son ajenos a las nuevas sensibilidades hacia los animales en nuestras sociedades occidentales que reclaman, entre otras cosas, una traducción legal de estas transformaciones en los esquemas de relación. Como señala el juez da Cruz —a cargo del *habeas corpus* de la chimpancé Suiza[43]—, las decisiones deben adaptarse a los nuevos tiempos: si las actitudes públicas cambian, también debe hacerlo la ley, y la justicia puede transformarse en un poderoso agente de cambio social.

***

todos los animales y otro de segundo grado que efectúa distinciones al interior del repertorio de diferentes especies, asignando así desiguales grados de tutela.

42 Aún queda el fresco el recuerdo de aquella sesión de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, en la cual un convencional constituyente, oponiéndose a las no muy numerosas voces que proponían una mirada más ecocéntrica del derecho ambiental, afirmaba: "No nos confundamos; el hombre es el destinatario de toda esta preocupación que nos puede llamar a engaño, ya que nos puede confundir que haya personas que particularmente se preocupen por la defensa de algunos animales o de las plantas; pero el fondo de la cuestión es la defensa del ser humano. No creo en la preocupación de algunas personas muy conocidas en el mundo con respecto a los 'bebés foca', justamente cuando en la legislación de su país existe la posibilidad del aborto… Esto de que el hombre no es el centro de la naturaleza sino sólo un elemento más del ecosistema no resiste el menor análisis y ya fue suficientemente rebatido. Según las creencias, o tenemos un concepto teocéntrico de la cuestión o uno antropocéntrico, pero no 'chivocéntrico' o 'monocéntrico'. Acá el hombre juega un rol importantísimo y es a quien debemos defender" (Convencional Ennio P. Pontussi, Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 1688).

43 El apartado: ¿La vida que (solo) los simios merecen? refiere a este antecedente judicial.

Las nuevas sensibilidades por los animales compartidas entre diversos grupos —y que podemos asociar con sectores medios, aunque no en forma excluyente— son capitalizadas estratégicamente por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a partir de políticas públicas discretas, aunque muy publicitadas.

Vimos que la política de protección a los animales por parte del poder local —que resulta desproblematizada, simpática y busca el rápido consenso— se consolida frente a la sistemática desprotección de los humanos más débiles. En simultáneo a una enunciada política de dignidad hacia los animales domésticos y salvajes, se vulnera el derecho a una vivienda digna de los sectores populares y se invisibiliza a los sin techo en las estadísticas oficiales. Las condiciones de vida de los animales porteños pueden verse mejoradas a partir de ciertas políticas públicas sin que necesariamente se problematicen o gestionen las desigualdades de sus co-habitantes humanos más sufrientes.

El acceso a la justicia de los simios a partir de los recursos presentados por asociaciones proteccionistas no deja de resultar una paradoja en el marco de sociedades profundamente desiguales como la nuestra. Sabemos que miles de personas privadas de sus derechos no pueden acceder a judicializar sus reclamos; inequidad que se agudiza en el gobierno neoliberal actual.[44] Si bien los movimientos proteccionistas denuncian las muertes cruentas de animales durante la producción de alimentos a escala industrial y más raramente las condiciones de explotación de los humanos que allí trabajan, no necesariamente se apunta a impugnar las estructuras de la opresión.

Como trabajamos en un libro reciente (CARMAN, 2017), que las nuevas percepciones animalistas tomen distancia de una visión antropocéntrica clásica no implica que tengan un carácter emancipatorio *per se*. Las preocupaciones medioambientales —incluyendo aquí los desvelos proteccionistas por el bienestar de ciertos animales— no necesariamente batallan contra las injusticias *urbi et orbi* que promueve un modo de producción alejado de toda moral como el capitalismo.[45]

44 El presidente Mauricio Macri asume la presidencia de la Nación en diciembre de 2015. La regresión en materia de derechos económicos, sociales y culturales se materializa en las políticas de reducción presupuestaria en educación, salud, ciencia y tecnología y medio ambiente; la reforma previsional y el intento de imponer una reforma laboral regresiva. A esto se suma el ajuste del gasto público de 300 mil millones de pesos en 18 meses; el aumento de la edad jubilatoria; el despido de miles de empleados públicos de la Nación y las provincias; el aumento del trabajo precarizado; la paralización de obras de infraestructura; el salto de la inflación a niveles del 30 % y la caída del poder adquisitivo del salario; la suba de la desocupación; el cierre de pequeñas y medianas empresas; la reducción del impuesto a la riqueza y de las retenciones a las empresas mineras y los grandes grupos terratenientes; el achicamiento de las jubilaciones y las asignaciones de la seguridad social, así como el incremento de las tasas de pobreza e indigencia (cfr. Plan B, nota sobre panorama económico de David Cufré. Diario *Página/12*, 12 de mayo de 2018).

45 Véase al respecto la esclarecedora obra de Boltanski y Chiapello (2002).

¿Hasta dónde llega nuestra empatía, nuestra lucha por la dignidad del otro? ¿Una reparación monumental de la opresión hacia los animales es éticamente compatible con la prolongación de otras opresiones, como la pesadilla de los desclasados que día a día reproduce una sociedad como la nuestra?

Si se autonomiza la cuestión animal, nos alejamos de la posibilidad de que estos nuevos usos de herramientas del derecho alcancen un carácter emancipador. ¿Cómo repolitizar la cuestión animal, de modo de reinsertarla en los problemas de la desigualdad más amplios de nuestra sociedad?

Resulta indudable que los fallos sobre grandes simios aquí analizados ponen en agenda muchos de los debates que nos falta dar como sociedad. Uno de los debates pendientes consiste en repensar una concepción amplia de los derechos que incluya los derechos humanos, los derechos de los animales y los derechos de la naturaleza en una dirección cosmopolítica.[46] Creemos que es tiempo de concebir una suerte de "ecología de derechos", parafraseando la propuesta de "ecología de saberes" (SANTOS, 2010). Con este último concepto, Santos refiere a la utopía del *interconocimiento* que permite aprender de otros saberes sin olvidar el propio, impulsando un uso contrahegemónico del conocimiento científico desigualmente distribuido por el mundo. Esta idea nos resulta inspiradora para concebir una ampliación de derechos más allá del humano, continuando las innovadoras formulaciones surgidas en América Latina al respecto,[47] que también cuentan con un primer proyecto legislativo, aún no debatido, en Argentina.[48] El desafío consiste en viabilizar usos del derecho que disminuyan el desigual acceso a la justicia ante problemas en los que no solo se ven afectados los derechos de la naturaleza sino, también, los más básicos derechos humanos.

Los problemas ambientales suelen pensarse *desanudados* de las graves afectaciones que implican para enormes grupos poblacionales, incluso entre aquellas organizaciones u organismos del Estado dedicados a los derechos humanos. Lo ambiental ocupa un espacio marginal en los temas de preocupación de estas instituciones aun cuando, y especialmente en la "Argentina profunda" (ARANDA, 2015) —aquellos territorios más alejados de los grandes

46 "Conferirle una dimensión cosmopolítica a problemas que pensamos políticamente no remite al registro de las respuestas, sino que plantea una pregunta sobre cómo habrán de ser susceptibles de entenderse 'colectivamente' [...] La cosa no es dirigirse a ellos, sino disponer [agencer] el conjunto, de tal manera que el pensamiento colectivo se construya 'en presencia' de quienes hacer existir su insistencia" (STENGERS, 2014, p. 23).

47 En trabajos anteriores hemos estudiado diferentes aspectos de estos procesos latinoamericanos, con especial referencia a los casos de la República de Ecuador y del Estado Plurinacional de Bolivia (BERROS, 2015; HAIDAR; BERROS, 2015a y 2015b; CARMAN, 2017, cap. 19).

48 Proyecto de Ley (S-2506/15) "Derechos de la Naturaleza" presentado por el Senador Fernando Pino Solanas en 2015.

centros urbanos—, la explotación de la naturaleza es inescindible de la afectación de derechos humanos. Basta mencionar las fumigaciones con agrotóxicos que se despliegan, fundamentalmente, en el centro norte del país; o la conflictividad que se replica en diferentes puntos de la cordillera de los Andes al ampliarse el territorio destinado a proyectos de minería a cielo abierto.

Frente al desafío de gobernar el conjunto de los seres (DESCOLA, 2016) en sociedades donde persiste una injusta distribución de la riqueza, el ensamble de los derechos humanos, no humanos y de la naturaleza debería orientarse hacia aquella dirección que vaya, como diría Santos, más allá en el reconocimiento de los otros.

REFERENCIAS

AFEISSA, Hicham-Stéphane; VILMER, Jean-Baptiste Jeangène. Éthique animale. Introduction. *Philosophie animale*: différence, responsabilité, communauté. Paris: Librairie Philosophique Vrin, 2010.

ARANDA, Darío. *Tierra arrasada:* petróleo, soja, pasteras y megaminería. Radiografía de la Argentina del siglo XXI. Buenos Aires: Sudamericana, 2015.

ARIJÓN, Teresa; BELLOC, Bárbara. *Orang-utans*. Buenos Aires: La Rara Argentina, 2000.

BERROS, María Valeria. Ética animal en diálogo con recientes reformas en la legislación de países latinoamericanos. *Revista Bioética y Derecho* n. 33, p. 82-93. 2015.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Éve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Madrid: Akal, 2002.

BOULLE, Pierre. *El planeta de los simios*. Buenos Aires: Pictus, 2012 (1963).

CARMAN, María *Las fronteras de lo humano*: Cuando la vida humana pierde valor y la vida animal se dignifica. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2017.

CARMAN, María; BERROS, María Valeria; RAMOS, Ana. *El* habeas corpus *como dispositivo de inclusión o exclusión de animales y humanos en la Argentina contemporánea*. Inédito.

DEMOGUE, Renpe. *Notions fondamentales de droit privé*: Essai critique. Paris: Libraire Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1911.

DESCOLA, Philippe. Más allá de la naturaleza y la cultura. *Etnografías contemporáneas*, v. 1 n. 1, p. 93--114. 2005.

_____. *Más allá de la naturaleza y la cultura*. Buenos Aires: Amorrortu, 2012.

_____. *La composición de los mundos*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2016.

FRANCIONE, Gary. *Animals, property, and the law*. Philpadelphia: Temple University Press, 2007.

_____. Prendre la sensibilité au sérieux. *Philosophie animale. Différence, responsabilité, communauté*. Paris: Librairie Philosophique Vrin, 2010.

GORDILHO, Heron José; DE ALMEIDA SILVA, Tagore Trajano, T. T. de A. *Habeas corpus* para os grandes primatas. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1 n. 4, p. 2077-2114, 2012.

HAIDAR, Victoria; BERROS María Valeria Hacia un abordaje multidimensional y multiescalar de la cuestión ecológica: la perspectiva del buen vivir. *Revista Crítica de Ciências Sociais,* n. 108, p. 111-134, 2015a.

_____. Entre el sumak kawsay y la "vida en armonía con la naturaleza": disputas en la circulación y traducción de perspectivas respecto de la regulación de la cuestión ecológica en el espacio global. *Revista Theomai Estudios Críticos sobre Sociedad y Desarrollo*, n. 32, p. 128-150, 2015b.

HORTA, Oscar. Una tipología del especismo. Criterios distintivos y significación moral. In: RIECHMANN, J. (Coord.). *Ética ecológica*. Propuestas para una reorientación. Montevideo: Editorial Nordan Comunidad, 2004.

INGOLD, Tim. Epilogue: Towards a politics of dwelling. *Conservation and Society*, n. 3, v. 2, p. 501-508, 2005.

NUSSBAUM, Martha. Beyond "Compassion and Humanity": Justice for Non-Human Animals. In: SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha (Eds.). *Animal rights:* current debates and new directions. Oxford: Oxford University Press, 2004.

REGAN, Tom. *Animal rights, human wrongs. An introduction to moral philosophy.* Maryland: Roman & Littlefield Publishers, 2003.

_____. Pour les droits des animaux. In: AFEISSA, H. S.; JEANGENE VILMER, J.-B. (Dirs.). *Philosophie animale*: difference, responsabilité, communauté. Paris: Librairie Philosophique Vrin, 2010.

RIVAL, Laura. Cerbatanas y lanzas. La significación social de las elecciones tecnológicas de los Huaorani. In: DESCOLA, P.; PÁLSSON, G. (Eds.). *Naturaleza y sociedad:* perspectivas antropológicas. México D. F.: Siglo XXI, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: CLACSO, 2010.

SINGER, Peter. *Liberación animal*. Madrid: Trotta, 1999.

_____. Libération animale ou droits des animaux? In: AFEISSA, Hicham-Stéphane; VILMER, Jean-Baptiste Jeangène (Dirs.). *Philosophie animale*: difference, responsabilité, communauté. Paris: Librairie Philosophique Vrin, 2010.

SUÁREZ, Patricia. Imposible no sentir estrujarse el corazón en el último día del Zoo porteño. *Diario Clarín*, 1 de septiembre de 2017, p. 46.

STENGERS, Isabelle. La propuesta cosmopolítica. *Revista Pléyade*, n. 14, p. 17-41, 2014.

STONE, Christopher. ¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales. In: HARDIN, G.; STONE, C.; ROSE, C. *Derecho ambiental y justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha (Eds.). *Animal rights:* current debates and new directions. Oxford: Oxford University Press, 2004.

YACOVINO, Paula; CARMAN, María; LEKERMAN, Vanina. La coproducción intelectual del antropólogo y los sujetos del campo: apuntes para un nuevo paradigma de antropología aplicada. *Revista Tempo da Ciencia*, n. 19, v. 38, p. 57-78, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio R. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue, 2012.

CUADRO A – CAUSAS JUDICIALES QUE INVOLUCRAN A SANDRA

ACCIONES JUDICIALES EN FAVOR DE SANDRA	RECURSO 1: *HABEAS CORPUS*	11. 2014: LA ONG AFADA INTERPONE LA DEMANDA DE *HABEAS CORPUS* PARA LA LIBERACIÓN DE SANDRA	**RECURSO 2: ACCION PENAL LEY 14.346 MALTRATO Y CRUELDAD ANIMAL**			**RECURSO 3: ACCIÓN DE AMPARO**	AFADA INTERPONE LA DEMANDA DE AMPARO PARA LA LIBERACIÓN Y MEJORA DE CONDICIONES DE VIDA DE SANDRA
PRIMERA INSTANCIA	JUZGADO DE INSTRUCCIÓN EN LO CRIMINAL NRO. 47 CABA	RESOLUCIÓN 13.11.2014: RECHAZA LA ACCIÓN DE *HABEAS CORPUS* REMITE LA CAUSA A SORTEO PARA QUE INTERVENGA JUZGADO CORRECCIONAL Y DETERMINE LA EXISTENCIA DE DELITO PENAL (LEY 14.346/54 MALTRATO Y CRUELDAD ANIMAL)	FUERO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS NRO. 15 CABA	INICIA LA INVESTIGACIÓN POR POSIBLE COMISIÓN DE DELITOS PREVISTOS EN LA LEY 14.346/54 AFADA SOLICITA SER QUERELLANTE EN LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO SOBRE LA POSIBLE COMISIÓN DE DELITO DE MALTRATO Y CRUELDAD CONTRA ELLA	RESOLUCIÓN 29.04.2015: **ACEPTA TENER COMO QUERELLANTE EN EL PROCESO A AFADA, EN CARACTER DE REPRESENTANTE DE SANDRA** RESOLUCIÓN 13.07.2016: SE TIENE POR DESISTIDA LA ACCION POR INACTIVIDAD DE LA QUERELLA	JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN EL FUERO PENAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N°4	HACE LUGAR A LA TRAMITACIÓN DEL AMPARO **2015** AUDIENCIAS CON LAS PARTES Y EXPERTOS (ARGENTINOS Y EXTRANJEROS) RESOLUCIÓN 25.10.2015: **HACE LUGAR AL AMPARO, RECONOCE A SANDRA COMO SUJETO DE DERECHO, DISPONE QUE LOS EXPERTOS ELABOREN UN INFORME SOBRE LAS MEDIDAS QUE DEBERA LLEVAR A CABO EL ZOOLÓGICO PARA MEJORAR LAS CONDICIONES DE VIDA DE SANDRA** RESOLUCIÓN 17.07.2017: ORDENA QUE NO SE TRASLADE A SANDRA A SANTUARIO EN BRASIL POR INEXISTENCIA DE EXPERTOS EN ORANGUTANES EN EL LUGAR

SEGUNDA INSTANCIA	SALA VI DE LA CAMARA DEL CRIMEN CABA	RECHAZA LA ACCION DE *HABEAS CORPUS*	SALA III DE LA CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVEN-CIONAL Y DE FALTAS	RESOLUCIÓN 12.12.2016: ORDENA LA CONTINUACIÓN DEL PROCESO PENAL, LUEGO DE HABER SIDO CONSIDERADO DESISTIDO EL PROCESO POR PARTE DE LA 1ERA. INSTANCIA EN BASE A LA INACCIÓN DE LA QUERELLA
TERCERA INSTANCIA	SALA II DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL CABA	RESOLUCIÓN 18.12.2014: **ORDENA QUE SE TRAMITE EL *HABEAS CORPUS*. CONSIDERA QUE SANDRA ES UN SUJETO DE DERECHO**		

CUADRO B – ESTATUTO LEGAL DE LOS ANIMALES Y DE LA NATURALEZA

ESTATUTO LEGAL	CONCEPTO	PERSPECTIVA SUBYACENTE	EJEMPLOS
OBJETO DE DERECHO	LA NATURALEZA Y LOS ANIMALES SON CONSIDERADOS COMO COSAS APROPIABLES (EN CASO QUE NO TENGAN DUEÑO). LOS ANIMALES EN PARTICULAR SON CONSIDERADOS COMO COSAS SEMOVIENTES DADO QUE SE PUEDEN TRASLADAR DE UN LUGAR A OTRO POR SUS PROPIOS MEDIOS	ANTROPOCENTRISMO	EN GENERAL LOS CÓDIGOS CIVILES SE BASAN EN ESTA IDEA Y SE ENCUENTRAN NORMAS DE ESTE TIPO: *"ARTÍCULO 1947: APROPIACIÓN. EL DOMINIO DE LAS COSAS MUEBLES NO REGISTRABLES SIN DUEÑO, SE ADQUIERE POR APROPIACIÓN.* *A) SON SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN:...* *II) LOS ANIMALES QUE SON EL OBJETO DE LA CAZA Y DE LA PESCA;* *B) NO SON SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN:...* *II) LOS ANIMALES DOMÉSTICOS, AUNQUE ESCAPEN E INGRESEN EN INMUEBLE AJENO;* *III) LOS ANIMALES DOMESTICADOS, MIENTRAS EL DUEÑO NO DESISTA DE PERSEGUIRLOS. SI EMIGRAN Y SE HABITÚAN A VIVIR EN OTRO INMUEBLE, PERTENECEN AL DUEÑO DE ÉSTE, SI NO EMPLEÓ ARTIFICIOS PARA ATRAERLOS..."(CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO)*
SER SENSIBLE/SINTIENTE	ESPECÍFICAMENTE LOS ANIMALES HAN SIDO CONSIDERADOS COMO UN "TERCER GÉNERO" EN ALGUNOS SISTEMAS JURÍDICOS QUE ENTIENDEN QUE SE TRATAN DE SERES DOTADOS DE SENSIBILIDAD SIN QUE ELLO IMPLIQUE SIN RECONOCIMIENTO COMO SUJETOS DE	SENSOCENTRISMO	SE DESTACA EN ESTE CASO LA RECIENTE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS QUE INTRODUCE ESTA IDEA EN SU RECIENTE ARTÍCULO 515-14 QUE AFIRMA QUE: *"LES ANIMAUX SONT DES ÊTRES VIVANTS DOUÉS DE SENSIBILITÉ"* (LOS ANIMALES SON SERES VIVOS DOTADOS DE SENSIBILIDAD)

	DERECHO, PERO ALEJÁNDOSE DE LA IDEA DE REGULARLOS COMO COSAS		
SUJETO DE DERECHO	LA NATURALEZA O BIEN LOS ANIMALES SON CONSIDERADOS COMO SUJETOS DE DERECHO, ES DECIR COMO PORTADORES DE DERECHOS COMO LO SON LAS PERSONAS HUMANAS Y LAS PERSONAS JURÍDICAS	BIOCENTRISMO ECOCENTRISMO	LOS PRIMEROS CASOS CONTEMPORÁNEOS EN LOS QUE SE RECONOCE A LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHO SE HAN DADO EN ECUADOR Y EN BOLIVIA. EN EL CASO DE ECUADOR LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 2008 AFIRMA EN EL ARTÍCULO 71 QUE *"LA NATURALEZA O PACHA MAMA, DONDE SE REPRODUCE Y REALIZA LA VIDA, TIENE DERECHO A QUE SE RESPETE INTEGRALMENTE SU EXISTENCIA Y EL MANTENIMIENTO Y REGENERACIÓN DE SUS CICLOS VITALES, ESTRUCTURA, FUNCIONES Y PROCESOS EVOLUTIVOS"*. POR SU PARTE, EN EL CASO DE BOLIVIA, LA LEY Nº 71 DEL AÑO 2010 LISTA LOS DERECHOS DE LA MADRE TIERRA EN SU ARTÍCULO 7: A LA VIDA, A LA DIVERSIDAD DE LA VIDA, AL AGUA, AL AIRE LIMPIO, AL EQUILIBRO, A LA RESTAURACIÓN, A VIVIR LIBRE DE CONTAMINACIÓN

María Carman

Doctora en Antropología Social (UBA) e Investigadora Independiente CONICET. Directora del Equipo de investigación "Antropología, ciudad y naturaleza" del Área de Estudios Urbanos del Instituto de Investigaciones Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

mariacarman1971@gmail.com

María Valeria Berros

Doctora en Derecho (UNL) e Investigadora Asistente de CONICET. Directora del Proyecto de Investigación "Meulen. Renovación de aportes jurídicos sobre el problema ecológico" del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

vberros@fcjs.unl.edu.ar

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 04.07.2017
Aprovado: 04.04.2018

Repensar o ordenamento constitucional na era do pluralismo jurídico e do pluralismo ideológico

RETHINKING CONSTITUTIONAL ORDERING IN AN ERA OF LEGAL AND IDEOLOGICAL PLURALISM

Michel Rosenfeld[1]

Tradução do texto:
ROSENFELD, Michel. Repenser l'ordonnancement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique. In: FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel (Eds.). *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*. Paris: Société de Législation Comparée, 2011. Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, v. 23.

Tradutor: *Marcelo Figueiredo*[2]

Resumo
Vivemos em um universo jurídica e ideologicamente cada vez mais pluralista. Os regimes jurídicos do tipo Estado-nação estão sendo atualmente suplantados por numerosos ordenamentos transnacionais e globais que desafiam qualquer hierarquia viável ou unidade convincente. Consequentemente, os vários regimes jurídicos aplicáveis são muitas vezes incompatíveis uns com os outros, e às vezes até mesmo contraditórios. Esse problema se desdobra em dois aspectos interligados, sendo um deles a proliferação de ideologias concorrentes e o outro o abismo cada vez mais profundo entre eles. Nesse contexto, parece quase impossível conciliar, dentro dos limites de uma ideologia compartilhada, todas as normas jurídicas às quais estamos submetidos e harmonizar a pluralidade atual dos regimes jurídicos. Com base na análise dos pluralismos jurídico e filosófico contemporâneos e das convergências entre os dois, este artigo pretende demonstrar que é possível reconciliar os pluralismos jurídico e ideológico, abandonando a ideia de uma hierarquia e deixando uma margem de existência às não conformidades que não são incompatibilidades, em um universo jurídico com vários níveis e segmentos.

Palavras-chave
Pluralismo jurídico; pluralismo ideológico; pluralismo filosófico; hierarquia; fontes do direito.

Abstract
We live in an increasingly pluralistic legal and ideological universe. Nation-state legal regimes are currently supplemented by numerous transnational and global orders that defy any workable hierarchy or cogent unity. As a consequence, the various applicable legal regimes are often inconsistent with one another and even, at

1 Benjamin N. Cardozo School of Law of Yeshiva University
Nova York – EUA
https://orcid.org/0000-0002-4885-0288

2 Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
https://orcid.org/0000-0002-8613-1217

BY-NC

times, mutually contradictory. This problem is compounded by the proliferation of competing ideologies and by the increasing rifts among them. This makes it seemingly impossible to reconcile all the legal norms to which one is subject or to harmonize the prevailing plurality of legal regimes within the confines of a commonly shared ideology. Based on an analysis of contemporary legal and philosophical pluralism and of the convergences among the two, the article argues that it is possible to reconcile legal and ideological pluralism by abandoning hierarchy and countenancing inconsistencies falling short of incompatibilities in a highly layered and segmented legal universe.

Keywords
Legal pluralism; ideological pluralism; philosophical pluralism; hierarchy; law sources.

Introdução

Enquanto a base do Estado-nação torna-se instável no caminho para a globalização, os atores jurídicos estão cada vez mais enfrentando uma pluralidade de regimes jurídicos. Por um lado, os sistemas jurídicos nacionais são suplantados por outros sistemas jurídicos tanto supranacionais como globais. Na Europa, por exemplo, um cidadão de um Estado-membro da União Europeia (UE) está sujeito ao regime jurídico do Estado-nação do qual ele é oriundo, ao da UE, e àquele decorrente da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos (CEDH) – tal como elaborado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos –, bem como a alguns regimes jurídicos globais, como o procedente da Organização Mundial do comércio. Por outro lado, a regulamentação jurídica dentro de uma variedade de áreas específicas, como a internet ou o comércio entre empresas multinacionais, que estão sujeitas às regras de uma *lex mercatoria* não apoiada em um Estado, remete à privatização. Essas áreas parecem atingir um grau de crescente importância e de independência em relação à regulamentação governamental, ou ao controle estatal, em escala tanto nacional como transnacional. Esses diferentes regimes estão em conflito uns com os outros, na medida em que não existe uma hierarquia estabelecida para resolver os conflitos inevitáveis. Vários tribunais constitucionais de países que são membros da União Europeia proclamaram seu direito de se recusar a reconhecer a superioridade do direito da UE quando esta for contrária à Constituição nacional (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1974), (CORTE CONSTITUCIONAL DA ITÁLIA, 1974). Na medida em que não há nenhuma perspectiva de emergência, em um futuro previsível, de um governo global que supervisione uma ordem mundial federal hierarquicamente

integrada, as soluções tradicionais – sempre moldadas dentro da perspectiva do Estado-nação wesfaliano – já não parecem viáveis.

Com nenhuma solução estrutural à vista, é tentador recorrer a alternativas ideológicas. A adoção, em escala mundial, de normas compartilhadas ou convergentes poderia permitir a superação dos impasses impermeáveis às soluções estruturais. É nesse sentido que Jürgen Habermas propõe a utilização do conceito de "patriotismo constitucional" (HABERMAS, 2000, p. 17-38). De acordo com Habermas, o "patriotismo", tradicionalmente conotando um apego pessoal profundo por um país, poderia ser redirecionado de modo a produzir uma sólida adesão intelectual e existencial ao ideal do constitucionalismo. Consequentemente, o patriotismo constitucional em escala mundial permitiria, por meio da aplicação das normas prescritas pelo constitucionalismo, uma resolução de princípio de dificuldades que poderiam permanecer intratáveis via abordagens estruturais.

O apelo ao patriotismo constitucional não é, todavia, mais suscetível de ser coroado de êxito do que um apelo aos ordenamentos estruturais tradicionais. A razão é, antes de tudo, que o pluralismo jurídico contemporâneo está acompanhado por um pluralismo ideológico igualmente diversificado e frequentemente irritável. Independentemente da questão de saber se o conceito de patriotismo constitucional é viável (o tipo de conexão emocional associado ao nacionalismo pode estar relacionado a um ideal abstrato como o constitucionalismo?), há atualmente uma ampla gama de diferentes concepções do bem e muitas vezes conflitantes, competindo tanto em nível nacional como em nível transnacional (HUNTINGTON, 1996). Em síntese, em um contexto em que um pluralismo jurídico em plena expansão está acompanhado por um pluralismo ideológico de longo alcance, o que estamos enfrentando é aquilo que Neil Walker qualifica como "desordem global dos sistemas normativos" (WALKER, 2000, p. 45-73).

Tomados em conjunto, o pluralismo jurídico e o pluralismo ideológico compõem o problema enfrentado pelo ordenamento constitucional. Contudo, se o pluralismo é o problema, eu sustento que ele também fornece a solução. A tese que aqui adianto, particularmente, é a seguinte: a adesão ao pluralismo enquanto uma questão normativa, ou ao "pluralismo como norma"[1] permite-nos ao menos conciliar o pluralismo jurídico e o pluralismo ideológico por meio de modos originais de ordenamento constitucional, mais bem adaptados à comunidade política pós-westfaliana, e assim realizar um "pluralismo ordenado" (DELMAS-MARTY, 2006).

Deve ser entendido desde o início que um ordenamento constitucional pluralista diferirá significativamente do sistema constitucional altamente unificado e hierarquizado do Estado-nação, que tem uma Constituição em sua plenitude jurídica, um tribunal constitucional

1 Distingue-se entre o "pluralismo como norma", o qual visa a realização do pluralismo sobre fundamentos normativos, e o "pluralismo de fato", o qual visa as sociedades marcadas pela coexistência de várias concepções do bem concorrentes e frequentemente antagonistas (ROSENFELD, 2001, p. 153-154).

(ou Corte Suprema) como seu intérprete e garantindo a uniformidade da sua interpretação e uma subordinação sistemática das normas infraconstitucionais às normas constitucionais.

Uma ordenação constitucional pluralista, ao contrário, é suscetível de envolver uma multiplicidade de conjuntos de normas que se cruzam e se sobrepõem, dividindo o terreno no qual se conectam preferencialmente horizontalmente do que verticalmente. Uma ordenação constitucional pluralista exigirá uma harmonização por meio da difusão de uma congruência normativa que intercala uma pluralidade de sistemas jurídicos e visões de mundo.

A fim de demonstrar essa tese, desenvolverei na primeira seção os principais tipos de regimes jurídicos que contribuem para as condições atuais de pluralismo jurídico. A segunda seção irá analisar as principais características do pluralismo filosófico, destacando o seu potencial como uma crítica contrafatual.[2] Essa seção indica soluções que dependem de uma renegociação entre uma pluralidade de concepções concorrentes do bem, muitas vezes contraditórias, e o fato, segundo a dinâmica por trás da relação entre o eu e o outro. A terceira seção define as condições dentro das quais o pluralismo poderia trazer a solução para os problemas colocados pela combinação do pluralismo jurídico com o pluralismo filosófico. Em particular algumas ferramentas existentes de ordenamento constitucional – como o federalismo, a proporcionalidade e o equilíbrio, a subsidiariedade, a "margem de apreciação", o sistema de "*millets*", a descentralização e os direitos constitucionalmente estruturados de secessão – parecem particularmente adequadas para contribuir com a moldagem de uma solução pluralista. Finalmente, a última seção sugere, concluindo, como um ordenamento constitucional pluralista poderia permitir a coordenação de níveis supranacionais, nacionais e infranacionais de formas que não são nem claramente hierárquicas, como é o caso no modelo constitucional kelseniano (KELSEN, 1997), ou unidirecionais.

1 O PLURALISMO JURÍDICO EM CONTEXTO: UMA DINÂMICA DE CONVERGÊNCIAS E DE DIVERGÊNCIAS

Uma das características mais notáveis do sistema constitucional tradicional do Estado-nação é a sua natureza hierárquica e a sua unidade de conjunto. Em qualquer democracia constitucional em pleno funcionamento, implantada no âmbito do Estado-nação, há um mecanismo institucional, hierarquicamente localizado, criado para garantir a ordem e a unidade.[3] Isso é condizente com a visão kelseniana da Constituição enquanto norma fundamental de

2 Um contrafatual é uma ferramenta heurística – uma ferramenta crítica suscetível de apontar as lacunas normativas e de sugerir possibilidades de melhoria, mas sem jamais oferecer uma solução definitiva (cf. WALTERS, 1967, p. 212).

3 O mecanismo institucional em questão pode variar de um contexto a outro, assim como o podem sua rapidez e sua eficácia, mas, no fim, é sempre garantido manter a ordem e a unidade exigidas. Caso não o faça, seguir-se-á

estruturação e legitimação do conjunto do sistema jurídico nacional que ela preside (KELSEN, 1997). Um ordenamento constitucional como esse não exclui uma regulamentação por normas vindas de fora, como as normas jurídicas decorrentes de tratados internacionais ou regras derivantes do direito internacional consuetudinário, mas então é necessário que elas sejam "internalizadas", em conformidade com os requisitos definidos e aplicados pela constituição nacional.

Em contraste marcante, nos ordenamentos transnacionais mais recentes, pode-se esperar que as normas externas sejam obrigatórias dentro do Estado-nação sem que precisem de mediação para isso ou reforma com base na Constituição. A regulamentação da União Europeia pode, assim, ter um efeito direto dentro dos Estados-membros da União Europeia sem que estes tenham que intervir previamente (CJCE, 1963), e as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos são impostas aos Estados-nações em litígio (JANIS; KAY; BRADLEY, 1995, p. 82-87), embora muitas vezes elas contradigam (e no sentido funcional, embora não formal, anulem) as decisões das cortes supremas dos Estados-nações envolvidos (MEESE, 1986-1987, p. 979-990). Além disso, certas obrigações jurídicas emanadas para além do Estado-nação podem estar em conflito com outras obrigações e, ao mesmo tempo, estar em contradição com aquelas emanadas do Estado-nação. As obrigações impostas, por exemplo, pela União Europeia aos seus Estados-membros podem estar em conflito com aquelas às quais estes últimos estão sujeitos sob a CESDH, colocando assim a CEDH, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (a mais alta corte da UE) e os tribunais constitucionais nacionais no rumo de uma colisão em potencial (GARLICKI, 2006, p. 205-228).

O pluralismo jurídico de vários níveis, como prevalece na União Europeia, cria divergências e, simultaneamente, convergências. Estas estão conectadas, na medida em que a força centrífuga liberada pelo pluralismo jurídico provoca tentativas de harmonização, com o risco de que as dissonâncias entre os diferentes regimes legais se tornem incontroláveis. Consequentemente, o maior desafio potencial para a supremacia do direito comunitário, como construído pela CJCE, lhe foi colocado pelos tribunais constitucionais dos seus Estados-membros (ROSENFELD, 2006a, p. 618, 633-634). Em sua famosa decisão *Solange I* (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1974), o Tribunal Constitucional alemão

• • •

um colapso da ordem constitucional. A Lei fundamental alemã, por exemplo, consagra a Corte constitucional como intérprete oficial da Constituição, v. Grundgesetz, art. 93. Não existe disposição comparável na Constituição norte-americana, mas a Corte Suprema dos Estados Unidos assumiu de fato o mesmo papel. V. Marbury v. Madison, 1803, 5 U.S. (1 Cranch) 137, e Cooper v. Aaron, 1958, 358 U.S. 1. A autoridade da Corte Suprema, tratando-se da interpretação da Constituição, foi pontualmente questionada, mas, de um ponto de vista prático, suas decisões foram sistematicamente seguidas. Cf. Meese, E. (1986-1987). Law of the Constitution. *Tulane Law Review* 61, p. 979-990.

marcou claramente sua posição a esse respeito: se o direito comunitário,[4] tal como interpretado pela CJCE, mostrava-se incompatível com a proteção dos direitos fundamentais garantida pela Lei fundamental alemã, então a Alemanha iria dar prioridade à sua própria Constituição e se recusaria a aplicar o direito comunitário com o qual esta esteja em conflito.

Seguindo a jurisprudência *Solange I*, a CJCE tentou por todos os meios incorporar os princípios do constitucionalismo e de respeito pelos direitos fundamentais dentro da sua interpretação do direito comunitário. A CJCE destacou em especial o seu compromisso e adesão ao "Estado de Direito", aos "princípios fundamentais" e às "tradições constitucionais comuns aos Estados-membros" da União Europeia (ROSENFELD, 2006a, p. 623-624). É significativo, neste contexto, que, quando o Tribunal Constitucional alemão foi novamente confrontado com a questão de um potencial conflito entre o direito comunitário e o direito constitucional alemão, doze anos mais tarde, na sua decisão *Solange II* (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1986, p. 35-36), ele considerara que a incompatibilidade entre o direito comunitário e os direitos fundamentais alemães não era mais realmente um problema, em razão da incorporação de normas constitucionais na interpretação do direito comunitário dada pela CJCE.

Os tribunais constitucionais da União Europeia não abandonaram o princípio segundo o qual a constituição de um Estado se sobrepõe, em caso de conflito com o direito comunitário.[5] Todavia, apesar dessa posição de princípio, conflitos reais foram evitados até o momento, em larga medida graças a interpretações judiciais contendo possibilidades de encontrar maneiras capazes de harmonizar o direito comunitário e as exigências constitucionais nacionais.

A dinâmica assim observada no espaço jurídico criado pela União Europeia igualmente opera em outros contextos nos quais há sobreposições entre regimes jurídicos. Considerado de um ponto de vista sistêmico, todos os diferentes regimes jurídicos que interagem de maneira significativa[6] se combinam a fim de estruturar o universo jurídico em um edifício agregado em vários escalões, englobando, ao mesmo tempo, normas globais, supranacionais, regionais e nacionais e uma vasta gama de áreas especificamente delimitadas, separadas e "autossuficientes",

4 Em 1974 a UE ainda não havia nascido, mas sua predecessora, a Comunidade Europeia (CE), já existia. Por comodidade, empregarei ao longo deste artigo a abreviação "UE" incluindo tratar-se de sua predecessora, a CE, e na medida em que a diferença entre as duas não for pertinente no caso.

5 A validade das obrigações da Alemanha resultante do Tratado de Maastricht de 1992 submete-se aos princípios do federalismo e da democracia impostos pela Lei fundamental (cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1993).

6 A expressão "que interagem de maneira significativa" é aqui empregada para marcar a diferença entre, por um lado, o modelo westfaliano, no qual cada Estado-nação tem seu próprio regime jurídico e no qual os diferentes regimes interagem somente de maneira intersticial e periférica, e, por outro lado, um mundo globalizado no qual cada ator jurídico é constantemente o sujeito de uma pluralidade de regimes jurídicos que interagem e se cruzam.

como a *lex mercatoria* e a autorregulação da internet. Além disso, as possibilidades de combinações e permutações entre esses ordenamentos em múltiplos níveis e essas áreas diferenciadas e segmentadas parecem quase infinitas. Se, como argumentam alguns, a Carta das Nações Unidas funciona como uma constituição mundial (FASSBENDER, 1998, p. 529), então ela está no topo de um ordenamento constitucional em múltiplos níveis que engloba o mundo inteiro e, sem dúvida, todos os regimes legais existentes em seu âmbito. Em contrapartida, o regime jurídico da OMC[7] também afirma ser global, embora continue segmentado, na medida em que é especialista no comércio, entre todas as outras atividades humanas que podem estar sujeitas à lei (OMC, 1994a, p. 1144; OMC, 1994b, p. 1199-1200).

Ordenamentos segmentados e em múltiplos níveis podem produzir sobreposições e cruzamentos, mas igualmente uma interferência mútua. Uma obrigação jurídica decorrente da OMC, por exemplo, pode estar em conflito com uma prescrição imposta pela Constituição de um Estado-nação. De modo mais geral, a pluralidade de sistemas jurídicos coexistindo e rivalizando parece estar se expandindo, multiplicando assim constantemente as possibilidades de divergências. Além disso, essas diferenças não se limitam àquelas passíveis de existir entre os níveis de regulamentação, ou entre os diferentes campos segmentados de regulamentação, ou entre os níveis e segmentos em colisão. Parece que, de fato, elas ocorrem também inevitavelmente *dentro do mesmo nível*, especialmente se ele for amplo. Assim, os direitos universais do homem tal como emergem da Declaração Universal dos Direitos humanos, das Nações Unidas, de 1948 (ONU, 1948), e dos numerosos instrumentos internacionais subsequentes[8] destinam-se a ser verdadeiramente globais em seu alcance e seu campo de aplicação, e são assim aceitos pela vasta maioria das comunidades políticas.[9] Contudo, fortes desacordos surgiram sobre a questão de saber *quais* direitos humanos deveriam ser implementados e *como*. Por exemplo, os defensores dos "valores asiáticos" contestaram as concepções individualistas ocidentais de direitos humanos internacionais por serem cultural e ideologicamente tendenciosos (BAUER; BELL, 1999). Existem, consequentemente, diferenças dentro dos níveis mais amplamente abrangentes de proteção dos direitos humanos fundamentais.

Todas essas divergências e muitas outras que parecem surgir inevitavelmente ao sabor da multiplicação simultânea dos regimes jurídicos (na medida em que a complexidade dos níveis de regulamentação aumenta) e da sua divisão (na medida em que a segmentação torna-se mais persistente e mais finamente ajustada) tornam crucial a necessidade de uma maior convergência.

• • •

7 Doravante "Acordo da OMC".

8 Vide por exemplo o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos [PIDCP], 16 de dezembro de 1966, 999 RTNU 171, e o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [PIDESC], 16 de dezembro de 1966, 993 RTNU 3.

9 Em 2008, 161 e 158 nações haviam ratificado respectivamente o PIDCP e o PIDESC. Cf. ONU.

Na ausência de um movimento centrípeto capaz de contrariar as fortes tendências centrífugas associadas à globalização e à particularização, o mundo poderia estar envolvido em um caminho de guerra entre os regimes jurídicos, o que poderia culminar com a erosão do próprio Estado de direito.

A questão-chave diz respeito, portanto, ao tipo de relação entre convergência e divergência, necessárias para apoiar o Estado de direito em face da pluralidade de ordenamentos jurídicos que atualmente não podem ser incluídos, sem abalos, em uma hierarquia ou unidade jurídica operante. Antes de se envolver nessa questão, é necessário enfatizar que os modelos de convergência e divergência desempenham igualmente um papel vital para um sistema jurídico único, que é hierarquicamente delimitado por uma Constituição operacional dentro das fronteiras de um Estado-nação tradicional. De fato, uma democracia constitucional contemporânea dinâmica que opere dentro de um Estado-nação pode não ter uma pluralidade de sistemas jurídicos, mas deve, no entanto, adaptar-se ao pluralismo.

As Constituições, bem referidas na metáfora do contrato social frequentemente associada a elas (ROSENFELD, 2005, p. 316, 319-320), encarnam um compromisso entre constituintes com interesses e ideologias diferentes.[10] As leis, por sua vez, tratam o pluralismo dentro da comunidade política e a dinâmica entre convergência e divergência de duas maneiras distintas. Em primeiro lugar, uma lei democrática representa um compromisso político entre os partidários de interesses políticos divergentes. Esses adeptos concordaram em pôr de lado suas diferenças políticas sobre o tema da lei e convergir, pontualmente, em torno da legislação em causa.[11] Em segundo lugar, no que respeita à sua aplicação, as leis (incluindo as constitucionais) são igualmente submetidas a uma dinâmica entre a convergência e a divergência. Mesmo muito tempo depois que uma lei esteja bem estabelecida, todo ator jurídico em seu campo de atuação procurará promover a interpretação mais favorável aos seus próprios interesses e a menos favorável aos interesses de seus adversários.

Em comparação com essas divergências, as convergências no âmago da ordem constitucional do Estado-nação tradicional unificado se desdobram em dois níveis: a convergência em relação à lei que é objeto de interpretações divergentes, e a convergência resultante da

10 Para citar apenas um exemplo célebre, vide a Constituição norte-americana de 1787, que encarna um compromisso entre os Estados do Norte, contrários à escravidão, e os Estados do Sul, para os quais a preservação da escravidão era uma condição para seu consentimento a uma constituição comum (cf. FARBER; SHERRY, 2005, p. 214-217).

11 Por exemplo, se a comunidade política diverge quanto à questão de saber se é preciso ou não implementar um salário mínimo, a adoção de uma lei referente ao salário mínimo implica que se suspenda a divergência em questão enquanto todos os atores políticos pertinentes têm o sentimento de estarem legitimamente ligados pela lei. Para um desenvolvimento mais detalhado da relação entre o direito e a política, ver Rosenfeld (2001, p. 24-38, 76-82 e 179-182).

resolução judicial de um litígio sobre a lei em questão. No mínimo, o fato de que um determinado tema esteja regulamentado por uma lei especial cria um ponto de convergência em uma comunidade política pluralista, embora esse ponto de convergência seja às vezes puramente formal. Além disso, uma interpretação abalizada do significado e do alcance de uma lei dentro da unidade de um sistema jurídico, tal como traçada por uma constituição nacional, cria outro ponto de convergência, embora, mais uma vez, esse ponto de convergência possa ser exclusivamente formal em alguns casos.

De um ponto de vista puramente lógico, a existência de pontos de convergência estritamente formais poderia ser suficiente para sustentar a hierarquia e a unidade necessárias do sistema jurídico de uma democracia constitucional, operando na escala do Estado-nação. De um ponto de vista prático, no entanto, as convergências puramente formais são insuficientes para manter "agregada" uma comunidade política pluralista. Pensemos, por exemplo, na resistência veemente da Baviera às decisões do Tribunal Constitucional alemão, nas quais este considerou que a exposição de um crucifixo nas escolas públicas alemãs era inconstitucional (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1995; KOMMERS, 1997, p. 482-483), ou na resistência massiva contra a decisão do Supremo Tribunal norte-americano de exigir a dessegregação das escolas públicas nos Estados Unidos (WILHOIT, 1973).

Em última análise, o que é então necessário para preservar a coesão e a unidade em uma comunidade política pluralista é uma combinação de pontos de convergência formais e materiais.[12] Os pontos de convergência formais refletiriam uma aceitação da função do sistema jurídico e constitucional em vigor como uma ferramenta para lidar com os problemas a respeito dos quais nenhum acordo material entre a pluralidade de pontos de vista concorrentes dentro da comunidade política parece possível. Os pontos de convergência materiais, ao contrário, são resultado de uma forma de semelhança ou de pontos comuns, ou de uma sobreposição material que se estende a uma vasta maioria de perspectivas normativas dentro da comunidade política. Por exemplo, os seguidores de religiões divergentes podem chegar a um acordo a respeito do objetivo dos auxílios estatais para as religiões e da promoção da tolerância religiosa na esfera pública. Além disso, para qualquer comunidade política, os pontos de convergência formal ou material aceitos estão destinados a estar em relação uns com os outros e, no melhor dos casos, o enquadramento dessa relação deveria estar garantido por uma divisão de trabalho entre a Constituição e o campo do direito infraconstitucional.

Onde quer que as linhas sejam traçadas, o que parece essencial no caso de um Estado-nação é a combinação de dois fatores. O primeiro é a existência de um sistema constitucional/jurídico coeso, unificado e hierarquicamente ordenado, projetado para maximizar as

12 Sustentando que a adesão ao direito provém de uma combinação de submissão aos poderes coercitivos do Estado e da aceitação das normas jurídicas pertinentes como sendo válidas e legítimas (cf. HART, 2005, p. 215-217).

possíveis convergências formais. O segundo fator é a existência de um grau suficiente de semelhança ou de pontos comuns, ou de sobreposições percebidas entre os interesses concorrentes, para garantir uma convergência material suficiente, a fim de evitar que a legitimidade da lei seja desafiada de maneira abusiva ou muito perturbadora. Para que a convergência material seja conseguida por meio de uma identidade comum, de uma história comum, ou fortes ligações de patriotismo compartilhadas com a nação (ou, mais provavelmente, por meio de uma combinação dessas hipóteses), a existência e a preservação de um nível adequado de semelhança material entre os atores jurídicos e políticos dentro do Estado-nação são essenciais para o seu bom funcionamento enquanto democracia constitucional legítima e vibrante.

À primeira vista, os conflitos entre pluralidades de interesses em nível transnacional ou mundial não parecem diferentes dos que surgem exclusivamente dentro do Estado-nação. Evidentemente, existem diferenças quantitativas – por exemplo, existem mais religiões no mundo do que dentro dos limites de uma maioria predominante de Estados-nação individuais – assim como diferenças de escala. Todavia, resta que a dinâmica subjacente entre as ideologias e os interesses concorrentes parece ser essencialmente a mesma.

Entretanto, existem duas diferenças essenciais que já foram mencionadas, mas que poderiam ser novamente caracterizadas agora, favoravelmente, do ponto de vista da descrição anterior do Estado-nação pluralista. Primeiro, a ausência de uma ordem constitucional-jurídica supranacional, hierarquizada e unificada parece tornar infinitamente mais difícil a pesquisa de pontos formais de convergência, fazendo assim das divergências endêmicas e do colapso do Estado de direito perigos muito mais reais no mundo pós-westfaliano. E, em segundo lugar, enquanto a multiplicidade entre as ideologias e os interesses prolifera quando nos afastamos do Estado-nação e nos aproximamos do mundo como um todo, e quando as esferas da segurança que representam a identidade nacional, a história comum e o patriotismo nacional se soltam e diminuem, parece muito mais improvável que um número mínimo de pontos de convergência material possa ser realizado de maneira sistemática.

Uma análise mais minuciosa sugere, entretanto, que as tendências centrífugas liberadas pela globalização e pela privatização não são tão ameaçadoras para o Estado de direito quanto parecem ser à primeira vista. A razão principal é que as forças que pressionam para a globalização e a privatização não procuram agir em um vazio jurídico. Ao contrário, elas até detestariam tal vazio jurídico, na medida em que os atores que procuram se liberar das restrições jurídicas do Estado westfaliano precisam assim mesmo da mediação de um regime jurídico qualquer, ou de vários deles, embora prefiram um regime jurídico diferente daquele típico do Estado-nação. Assim, poderia ser vantajoso para uma sociedade multinacional escapar tanto quanto possível à regulação do país de sua incorporação inicial. Entretanto, a última coisa que ela desejaria seria ter que operar sem algum tipo de proteção jurídica. Talvez ela preferisse então a regulação jurídica de outro Estado-nação ou a regulação segmentar de uma *lex mercatoria* ajustada às suas necessidades e às de outras sociedades multinacionais similares.

Consequentemente, uma dinâmica centrípeta deve responder à dinâmica centrífuga da ordem pós-westfaliana. De certa forma – como foi evidenciado pelo acordo entre o Tribunal Constitucional alemão e a CJCE durante o período entre os casos *Solange I* e *Solange II* (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1974, 1986) –, a perda de pontos de convergência formal pode ser compensada forjando novos pontos de convergência material. Embora não exista nenhuma hierarquia jurídica ou unidade dominante que possa resolver o potencial conflito subjacente entre o Tribunal Constitucional alemão e o direito comunitário, quanto mais os dois dividirem as mesmas normas e valores fundamentais tanto mais inverossímil tornar-se-á a hipótese que venha a surgir um conflito real e verdadeiramente perturbador.

Dois outros pontos potenciais de convergência em um mundo pós-westfaliano giram em torno da segmentação do universo jurídico. Nesse mundo, o campo jurídico parece imediatamente comportar cada vez mais níveis e tornar-se mais e mais fragmentado. Ele comporta cada vez mais níveis ao longo do eixo vertical – a comunidade política constitucional alemã não pode ser integrada de maneira fluída e invisível na União Europeia da mesma forma que a Califórnia está integrada nos Estados Unidos – e torna-se cada vez mais fragmentado pela proliferação de regimes jurídicos únicos, segmentados, fechados sobre si mesmos e autorreferenciais, amontoados uns ao lado dos outros em uma série horizontal. Dentro desse novo esquema de ordenamento, os pontos de convergência podem ser ao mesmo tempo formais e materiais, assim como independentes uns dos outros ou mutuamente dependentes. Em um nível pode existir um acordo sobre os mecanismos formais, mesmo sem uma ferramenta de integração e de harmonização entre as diferentes camadas. Por exemplo, o processo formal de tomada de decisão jurídica na União Europeia pode ser legítimo de um ponto de vista comunitário, mesmo se tal não é o caso do ponto de vista de certos Estados-membros individuais. Por outro lado, dentro de um regime jurídico fechado sobre si, efetivamente delimitado e segmentado, é possível que exista um grau elevado de convergência material, frequentemente mais elevado que no âmbito do Estado-nação pluralista contemporâneo típico. Assim, as empresas que promovem um regime jurídico privatizado baseado na *lex mercatoria* pareceriam partilhar mais interesses e valores que os diversos atores jurídicos que interagem no âmbito das fronteiras de seu próprio Estado-nação. Além disso, em virtude dessa maior partilha de interesses e valores, os mecanismos formais de tomada de decisão em um regime jurídico moldado pela *lex mercatoria*, como a arbitragem entre empresas, são suscetíveis de ser investidos de maior legitimidade que seus equivalentes mais importantes nas comunidades políticas ordinárias dos Estados-nações com seus vários interesses.

Em suma, as tendências pós-westfalianas para a globalização e a privatização produzem claramente mudanças nos pontos de divergência e de convergência, simultaneamente no plano formal e material. A questão-chave não resolvida é a de saber se e como seria possível conciliar os diversos novos pontos de convergência e de divergência em um universo jurídico coerente, que englobaria todos os campos de interação jurídica contemporânea. A sobreposição dos níveis pode mitigar os efeitos do colapso da hierarquia, entretanto não fica claro

se ou como isso poderia servir à necessária conciliação ou harmonização entre os níveis. Da mesma maneira, a existência de regimes jurídicos separados e ajustados a um segmento particular pode reforçar os vínculos materiais internos, mas a segmentação por si só, assim como o grau de separação entre os segmentos que ela produz, deve ser legitimada. Desse modo, por exemplo, as sociedades multinacionais podem estar amplamente de acordo entre elas e partilhar uma cultura comum, embora tivessem sempre de tratar com funcionários e clientes que resistiriam em ser absorvidos por um regime jurídico segmentado e fechado sobre si mesmo, que parece estar erguido contra seus interesses. Consequentemente, a harmonia material intrassegmentos é suscetível de contrastar intensamente com as divergências materiais intersegmentos, sem que seja evidente, nessa etapa, de que maneira reduzir essa tensão.

Essa questão-chave será deixada de lado por enquanto para que nos concentremos mais especificamente nos principais polos de ordenamento jurídico nos quais se baseiam nosso universo jurídico pluralista contemporâneo. Voltarei a essa questão na terceira seção, a seguir, após ter esboçado mais detalhadamente o pluralismo jurídico e o pluralismo filosófico.

O universo jurídico pluralista contemporâneo, com vários níveis e segmentado, sem o menor conjunto de hierarquia ou unidade, é extremamente complexo. Ele é assim, em grande parte, porque a diferenciação entre níveis e segmentos tende a proliferar, resultando em modelos mutantes de agregação e desagregação e caminhos de convergência dinâmicos e em constante evolução. Por exemplo, os níveis do direito internacional, direito transnacional e direito nacional podem ser impermeáveis a qualquer possibilidade de unificação ou de harmonização aprofundada. Não obstante, eles podem ser interligados por grandes modelos de convergência, como é o caso para a União Europeia e as Constituições dos Estados-membros como esboçado acima (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1986, 1993). De maneira geral, se acrescentarmos a isso as afirmações segundo as quais o direito internacional se teria constitucionalizado (OMC, 1994a e 1994b) e o direito constitucional internacionalizado (DORSEN, 2003); que as redes privadas ou não governamentais, apropriando-se distintas esferas de autorregulação segmentada, teriam gerado seu próprio quadro constitucional interno (HAMANN; FABRI, 2011, p. 173-204); que esses diferentes quadros individualmente adotados têm muito em comum; e que as redes internacionais formais e informais entre profissionais de um mesmo setor, seja privado (como médicos ou especialistas do clima) ou governamental (como os Ministros da Economia ou do Meio Ambiente de diversos Estados-nações), dividiriam alguns valores e objetivos baseados em interesses profissionais comuns, enquanto parece inevitável que esses desenvolvimentos resultarão na consolidação de importantes caminhos de convergência. Além disso, as redes internacionais entre juízes que trabalham junto a órgãos judiciários nacionais, transnacionais e internacionais que tratam de questões de natureza constitucional de um ponto de vista formal ou funcional são, portanto, particularmente importantes. Essa tendência deu origem a um verdadeiro "diálogo de juízes" (SLAUGHTER, 1994, p. 99), abrindo caminhos de convergência particularmente importantes, como foi evidenciado pelas interações entre a CJCE e as jurisdições dos Estados-membros.

Existem também inúmeros novos caminhos que levam à divergência. Paradoxalmente, esses últimos decorrem não somente da sobreposição e da segmentação, mas também das tentativas de consolidar e de divulgar os recém-formados conjuntos de convergências. O exemplo mais marcante dessa última tendência está na divulgação das normas dos direitos humanos internacionais e transnacionais. Não é somente em âmbito mundial que aparecem divergências sobre o conteúdo legítimo dos direitos humanos universalmente aplicáveis (BAUER; BELL, 1999), mas também em ambientes culturais mais homogêneos, como as 47 nações europeias ligadas pela Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem (CESDH). Por exemplo, o Reino Unido baniu alegando ser indecente a mesma obra que os países nórdicos consideram estar protegida pela liberdade de expressão (CEDH, 1976). Além disso, a Corte Europeia dos Direitos Humanos institucionalizou essa divergência, considerando que os Estados individuais dispõem de uma "margem de apreciação" na implementação dos direitos da Convenção, como a liberdade de expressão (CEDH, 1976). Nesse caso, não obstante as ferramentas institucionais das quais dispõe para forjar uma hierarquia e uma unidade transnacionais com relação aos direitos humanos europeias, a Corte "constitucionalizou" a tolerância de certa medida de divergência dentro de um campo de convergência formalmente consagrado pelos Estados e baseado em um tratado.[13]

Outras hipóteses de interseções segmentares e de níveis múltiplos podem produzir conjuntos de divergências aparentemente muito mais intratáveis. Um exemplo revelador diz respeito às tentativas de conciliar o regime jurídico imposto pela OMC – que visa a ser mundial e, estando concentrado no comércio, pode ser considerado segmentar – com outros regimes jurídicos transnacionais e nacionais estreitamente interligados. Foi então mencionado que a implementação completa pela União Europeia da regulação do livre comércio da OMC levaria a uma "discriminação invertida" nos Estados-membros da UE, na medida em que certas tarifas aduaneiras deveriam ser aumentadas pelas mercadorias importadas, mas não para as mercadorias provenientes do mercado interno (BOGDANDY, 2011, p. 75-92). Outros casos ainda mais complexos levaram um autor a concluir "que não faz sentido tentar identificar o direito apropriado com noções bidimensionais de ordens jurídicas mutuamente exclusivas ou unilateralmente dominantes" (WALKER, 2000, p. 45-47).

Tudo isso compõe um mosaico complexo de campos de regulação ou de interações, em que inúmeros e diferentes regimes jurídicos se recortam e interagem. É difícil perceber, nessa etapa, como esse universo juridicamente pluralista pode elevar-se acima de contradições e incoerências muito importantes. Entretanto, antes de continuar com essa hipótese, é necessário examinar mais de perto certas características mais salientes do pluralismo filosófico.

13 Embora a "margem de apreciação" permita certa medida de divergência, ela tem outras capacidades compensatórias quando é apreciada do ponto de vista do pluralismo normativo, como será evidenciado na terceira seção.

2 A atração do pluralismo filosófico enquanto passarela contrafatual entre o eu e o outro

Em todos os âmbitos de interação humana que são de fato pluralistas, as relações intersubjetivas podem ser declinadas em conjuntos de relações entre o eu e o outro. Que um indivíduo seja confrontado a um grupo, uma cultura minoritária a uma cultura majoritária, ou os membros de um partido político a seus pares no partido oposto, todos parecem destinados a estar em relação uns com os outros enquanto "eu" confrontado a outro "eu". Isso também se estende, evidentemente, ao campo do Direito, na medida em que a criação do direito, a interpretação jurídica, a resolução das divergências e a implementação do direito são todas sujeitas à contestação em qualquer comunidade política dividida por ideologias e interesses.

No presente contexto, "eu" e "outro" devem ser entendidos em termos dinâmicos e relacionais em vez de essencialistas. Por exemplo, uma mesma pessoa pode ao mesmo tempo ser identificada a vários "eu". Uma feminista alemã católica possivelmente se enxergará como alemã e não como francesa ou irlandesa, católica por oposição a protestante e como feminista na sua luta pelos direitos das mulheres. Percebida dessa forma dinâmica, a relação entre eu e o outro cria relações complexas, entrelaçadas, mutantes e por vezes concorrentes em identidade e alteridade. Para voltar à nossa feminista alemã católica, na medida em que as crenças e práticas da Igreja Católica estão em conflito com os preceitos do feminismo – com a proibição de sacerdotes do sexo feminino, por exemplo – ela poderá ficar dividida entre sua identidade feminista e sua identidade religiosa. Ela poderá continuar a se identificar com sua comunidade religiosa católica e, ao mesmo tempo, sentir-se um pouco afastada dessa mesma comunidade. Ela poderá se tornar uma dissidente no seio de sua comunidade religiosa católica ou tentar aproximá-la mais de suas convicções feministas. Nesse caso, a nossa feminista católica pode, ao mesmo tempo, ser intercomunitariamente católica (por oposição a ateia, judia ou protestante) e intracomunitariamente ser uma "outra" (partidária de um catolicismo alternativo feminista que está em conflito com as crenças e práticas católicas oficialmente estabelecidas). Finalmente, pode haver também relações de identidade além das comunidades ou os "eu" intercomunitários. Por exemplo, quando os dirigentes religiosos de todas as principais religiões se unem para combater a laicidade na sua comunidade, eles se reúnem em torno de um eu único. Em outros aspectos, entretanto, eles permanecem destinados a estar em contato uns com os outros enquanto um diante do outro, da medida em que cada um acredita intimamente que sua religião é a única fé verdadeira, excluindo todas as demais.

Essas breves observações salientam a natureza dinâmica das relações entre o eu e o outro nas comunidades políticas pluralistas de fato e a abertura incentivada por tal natureza. Além disso, o advento da globalização e a grande aceleração da migração que o acompanha, as diferenças étnicas, culturais, linguísticas, ideológicas e religiosas proliferam consideravelmente, criando assim novas tensões e desafios inéditos. Basta pensar no grande afluxo de muçulmanos nos países da Europa Ocidental. Embora esses países tenham se ajustado ao pluralismo religioso tal como existe antes desse afluxo, eles lutam frequentemente hoje em dia para estender esses

modos pluralistas para acolher os muçulmanos. De modo geral, a expansão do pluralismo em uma comunidade política representa um desafio de peso à abertura. Por um lado, quanto mais um indivíduo for exposto a diferentes culturas, mais ele pode se tornar aberto ao pluralismo e à diversidade. Por outro lado, entretanto, quanto mais uma cultura for estranha à de um indivíduo, mais a aceitação ou a tolerância em relação a ela podem parecer representar uma ameaça à identidade desse indivíduo e ao seu sentimento de bem-estar e segurança.

Para entender melhor como o eu está equipado para tratar a dinâmica entre a identidade e a diferença ou a alteridade, é útil basear-se na distinção entre dois diferentes sentidos do eu. O primeiro é o do "eu" enquanto "identidade" e o segundo o do "eu" enquanto "individualidade" (RICOEUR, 1990, p. 11-15). No primeiro sentido, eu sou "eu" na medida em que sou a mesma pessoa, idêntica e igual a mim mesmo, ou na medida em que sou parte de um "eu" coletivo, o que significa que eu tenho laços fortes de identidade com aqueles com os quais eu me fundo em um "eu" coletivo (se, por exemplo, dividimos as mesmas crenças religiosas). Ao contrário, no segundo sentido, eu sou "eu" na medida em que me reconheço como tal, apesar de todas as mudanças que conheci com a passagem do tempo. Dessa maneira, eu não sou mais a criança ou o adolescente que fui, minha aparência mudou consideravelmente, assim como mudaram meus pensamentos e minhas relações. Mudei de ideia várias vezes, talvez até de religião e de partido político e, no entanto, durante todas essas diversas fases, eu mantive o mesmo sentido de individualidade, o de ser a mesma pessoa, que permanece sempre diferente de todas as outras pessoas. Do mesmo modo, em nível coletivo, um sentido de individualidade pode prevalecer apesar de inúmeras mudanças. Desse modo, os cidadãos dos Estados Unidos podem estar ligados por uma identidade comum, não obstante o fato de que durante mais de duzentos anos de história o país mudou consideravelmente, em termos de território, de população construída pelas ondas sucessivas de imigração e em certos aspectos constitucionais fundamentais, em particular a abolição da escravidão e a eliminação da segregação racial.[14]

Considerando a natureza complexa da identidade e da noção dinâmica e mutante da individualidade que prevalece no universo pós-westfaliano, é essencial que o pluralismo de fato seja encarado, frontalmente, de um ponto de vista normativo. Isso significa não somente do ponto de vista das normas jurídicas e constitucionais, mas também do ponto vista da ética, da política, da justiça e da igualdade entre os "eu" e os outros que interagem na comunidade política em questão. Minha afirmação normativa principal é que o pluralismo normativo é a melhor maneira de tratar o pluralismo de fato, e que suas qualidades são muito ampliadas, ao mesmo tempo que a pluralidade das ideologias aumenta, como ocorreu na era

14 A abolição da escravidão foi constitucionalmente imposta pela Décima-terceira Emenda (1865) à Constituição. A eliminação da segregação racial foi desencadeada pela decisão da Corte Suprema (SUPREMA CORTE DOS EUA, 1954).

da globalização. A essência dessa afirmação normativa é que, frente a várias concepções do bem, é melhor celebrar o pluralismo, incentivá-lo e moldar as instituições de modo que elas se acomodem da melhor maneira possível. Essa versão do pluralismo normativo, que eu chamo de "pluralismo abrangente" (ROSENFELD, 2001, p. 153-182), é uma concepção do bem que existe entre outras – concorrentes – e ela prescreve conciliar o eu e o outro tanto quanto possível por uma adaptação mútua, sem impor sacrifícios excessivos com relação à preservação e ao desenvolvimento da individualidade ou da identidade de uma pessoa.

Fica fora do alcance dessa empreitada tentar construir um argumento filosófico convincente e global em favor do pluralismo abrangente enquanto concepção do bem que deveria ser considerada como preferível às que lhe são concorrentes (pelo menos em circunstâncias de pluralismo de fato), e eu já fiz isso em outros textos (ROSENFELD, 2001, p. 153-182). Vou então presumir – para as necessidades da presente demonstração – as vantagens do pluralismo abrangente e me concentrar nas suas prescrições normativas sobre a maneira com a qual elas se comparam às de seus principais concorrentes contemporâneos e na razão por que e como ele é especialmente bem adaptado para tratar dos problemas colocados pelo pluralismo jurídico e dos processos de sobreposição e de segmentação que estão associados.

O pluralismo abrangente deve ser distinguido de inúmeras outras posições normativas que prescrevem uma forma de pluralismo limitado (*limited pluralism*). A primeira delas é o individualismo liberal, que tende a ser aberto ao pluralismo associado ao indivíduo, mas não ao que está ligado ao grupo.[15] O objetivo principal do pluralismo abrangente é de promover – tão amplamente quanto possível – a conciliação entre o eu e o outro ou, mais precisamente, entre a multiplicidade do eu e de outros interagindo dentro da comunidade política em questão. Isso deve ser feito com a consciência clara de que uma reconciliação plena e inteira nunca será realizável. De outra forma, a distinção entre o eu e o outro desmoronaria.

Consequentemente, o pluralismo abrangente exigirá que o eu e o outro se aceitem mutuamente e que aceitem compromissos e até mesmo sacrifícios. Por exemplo, em uma comunidade política que comporte duas religiões advogando maneiras de viver incompatíveis, o pluralismo abrangente exigiria construir uma base comum tão extensa quanto possível; desenvolver uma tolerância mútua tão grande quanto praticável, sem que isso sacrifique a substância da identidade de uma ou da outra; e até mesmo sacrificar alguns aspectos do que seria essencial à fé dos indivíduos de uma ou de outra das religiões, como as tentativas agressivas de proselitismo com relação aos que não aderem à mesma religião.

Duas outras importantes consequências decorrem dessas breves observações. Primeiro, na medida em que o eu e o outro nunca podem ser totalmente conciliados, e na medida em

15 O individualismo liberal considera os indivíduos como a medida normativa de todas as coisas e congrega teóricos como Nozick, Posner, Dworkin e Rawls (cf. ROSENFELD, 2001, p. 166-167).

que as relações entre o que constitui o eu e os outros estão em constante mudança, o resultado final desejado pelo pluralismo abrangente não pode ser nada além de um ideal. Portanto, o pluralismo abrangente encontra a sua maior utilidade como um ideal contrafatual. Além disso, uma vez que, em cada caso concreto, estão envolvidas diferentes lutas normativas entre os "eu" e os outros diferentemente constituídos, então os diferentes caminhos para o pluralismo abrangente, contrafatualmente traçados pelo pluralismo abrangente, sempre dependerão do contexto em que ocorrem.

A segunda consequência importante é que nenhuma concepção do bem, e, portanto, nenhum eu e outro, é suscetível de alcançar a plena realização ou satisfação se estiver sujeita às normas prescritas pelo pluralismo abrangente. De fato, enquanto existirem conflitos entre concepções concorrentes do bem, é altamente improvável (se não impossível na comunidade política pluralista típica) que a conformidade com as normas básicas de compreensão do pluralismo abrangente possa ser alcançada sem ajustes, concertações e sacrifícios por parte de todos os envolvidos na vida da comunidade política.

O pluralismo abrangente difere de outras concepções do bem em um ponto fundamental: ele é o parasita da existência e da busca de outras concepções do bem. Na medida em que o principal requisito do pluralismo abrangente é o dever de aceitar e acolher a pluralidade, o pluralismo abrangente nada mais teria a fazer se todos os indivíduos de uma comunidade aderissem a uma única concepção do bem.[16]

Por ser o parasita de uma pluralidade existente das concepções do bem, o universo normativo moldado pelo pluralismo abrangente necessariamente inclui duas diferentes ordens de normas. As normas de primeira ordem são as concepções do bem (exceto a sua própria) que o pluralismo abrangente procura acomodar. Se, em uma determinada comunidade política, o pluralismo abrangente viesse a reunir católicos e protestantes, então as normas prescritas pelo catolicismo e as ordenadas pelo protestantismo se qualificariam todas como normas de primeira ordem.

Idealmente, o pluralismo abrangente seria capaz de acomodar todas as normas de primeira ordem que têm adeptos dentro da comunidade. Entretanto, em qualquer comunidade contemporânea típica, que compreenda uma grande diversidade ideológica, incluindo um grande número de ideologias religiosas e laicas, o feminismo, os defensores do casamento homossexual e outros, é obviamente impossível acomodar imediatamente todas as normas de primeira ordem. Para tratar as reivindicações concorrentes de reconhecimento e adaptação entre os defensores de normas de primeira ordem mutuamente incompatíveis, o pluralismo

16 O liberalismo pode também acolher certa medida de pluralidade, mesmo ela não sendo um parasita. O liberalismo se manteria perfeitamente convincente e viável se todos os indivíduos no seio de uma comunidade aderissem a ele. Ao contrário, se todos fossem pluralistas, não haveria mais pluralidade de concepções do bem e o pluralismo abrangente perderia assim sua razão de ser.

abrangente deve basear-se nas normas que lhe são próprias, que chamarei de normas de segunda ordem.

As normas de segunda ordem do pluralismo abrangente requerem, acima de tudo, que seja acomodado o maior número possível de normas de primeira ordem prevalecentes dentro da comunidade política, na medida máxima possível, sem deixar de incentivar, tanto quanto possível, o reconhecimento e o respeito mútuos entre os defensores de conjuntos concorrentes de normas de primeira ordem. Nesse sentido, o pluralismo abrangente deve proceder através da implantação de dois tempos lógicos: o primeiro, negativo, seguido por um positivo.[17]

Em qualquer comunidade política pluralista de fato, algumas concepções do bem estão condenadas a ser institucionalmente reforçadas muito mais do que outras, em detrimento destas últimas. Em um país com uma grande maioria cristã, por exemplo, as religiões não cristãs poderiam ser apenas parcialmente acolhidas ou somente toleradas.[18] Em seu tempo negativo, o pluralismo abrangente requer a equalização de todos os privilégios consagrados, a fim de colocar todas as concepções do bem, que têm adeptos na comunidade política, em pé de igualdade. Além disso, em virtude de suas bases contrafatuais, o trabalho realizado pelo pluralismo abrangente em seu tempo negativo assumirá a forma de uma crítica: que instituições e práticas existentes deveriam ser modificadas ou desmanteladas, e que outras instituições ou práticas deveriam ser adotadas, para que todas as concepções do bem, existentes e concorrentes, sejam colocadas em pé de igualdade?

O momento negativo do pluralismo abrangente fornece uma ferramenta necessária, mas certamente não suficiente para estabelecer os requisitos normativos que permitirão a uma comunidade política respeitar o *ethos* pluralista. De fato, após a total equalização dos privilégios entre concepções do bem – a religião que prega a conversão forçada ou o assassinato de infiéis e a religião que prescreve o pacifismo e o amor de todos os seres humanos, o tolerante e o intolerante, e assim por diante – todas terão uma posição normativa igual e equivalente. Uma vez que o tempo negativo do pluralismo abrangente talvez não permita privilegiar uma das posições acima mencionadas antes das outras, o pluralismo como um todo estaria ameaçado se os adeptos da religião fanática em questão fossem deixados à própria sorte e pudessem então perseguir o que eles acreditam sinceramente ter sido divinamente ordenado. Nesse sentido o

• • •

17 "Lógico", por oposição a "histórico", a fim de assinalar a dimensão contrafatual e essencial do pluralismo abrangente. A discussão das normas de segunda ordem que se segue é uma versão concisa da análise muito mais detalhada fornecida em Rosenfeld (2001, p. 159-163).

18 Uma religião minoritária, bem entendido, poderia também ser perseguida ou até mesmo proibida. No entanto, parece cabível presumir que em qualquer autêntica democracia constitucional as religiões minoritárias obterão pelo menos um grau significativo de tolerância, contanto que não prescrevam transgressões das leis geralmente aplicáveis.

pluralismo está enfrentando um paradoxo que é semelhante ao que Karl Popper chamou de "o paradoxo da tolerância" (POPPER, 1979, p. 265). Segundo Popper, a tolerância com o intolerante pode permitir que este último leve a melhor e acabe com a tolerância. Da mesma maneira, incluindo na aba pluralista aqueles que querem pôr fim ao pluralismo, com o uso da violência se necessário, o pluralismo poderia abrir caminho para sua própria destruição.

Ao completar o tempo negativo do pluralismo abrangente com um tempo positivo, os riscos de autodestruição são minimizados. Em seu tempo positivo, o pluralismo abrangente condiciona o reconhecimento e a proteção, dentro da comunidade política, a todas as normas de primeira ordem (que anteriormente, no momento negativo, foram colocadas em pé de igualdade) pela exigência de que devem ser compatíveis com as suas próprias normas de segunda ordem. Nesse sentido, uma religião estritamente violenta seria simplesmente banida da comunidade política, enquanto outras religiões e ideologias seriam admitidas, não necessariamente nas suas próprias condições, mas nas condições que assegurariam a sua *compatibilidade* com as normas de segunda ordem do pluralismo abrangente.

É importante esclarecer que a "compatibilidade", na presente acepção, não pretende ser sinônimo de "conformidade". As normas de primeira ordem não devem se conformar às normas de segunda ordem enquanto estão em conformidade com a implementação de tais normas de segunda ordem. Por exemplo, uma religião intolerante que vive em paz com os seus vizinhos, mas interage minimamente com eles, é compatível com um funcionamento harmonioso das normas de segunda ordem do pluralismo abrangente. A intolerância do grupo religioso em questão não está em conformidade com o tipo de tolerância que faz parte das normas de segunda ordem prescritas pelo pluralismo abrangente. Não obstante, a tolerância da intolerância de uma comunidade religiosa não agressiva e fechada em si não interfere significativamente com a implantação da tolerância pluralista.[19]

Antes de analisar detalhadamente como o pluralismo abrangente pode ser útil para tratar os conflitos reais entre algumas normas específicas de primeira ordem, é necessário mencionar duas importantes implicações teóricas resultantes da discussão anterior. A primeira diz respeito às enormes virtudes potenciais de pluralismo abrangente em relação ao tipo de pluralismo jurídico retratado na primeira seção acima. A segunda implicação diz respeito às suas virtudes em relação aos seus principais concorrentes no contexto das comunidades políticas que são pluralistas de fato.

Como bem recordamos, um dos problemas mais difíceis enfrentados pela ordem jurídica pós-westfaliana é o aparente declínio do modelo kelseniano com base na hierarquia, na

• • •

19 Presumo, para os propósitos da presente discussão, que o grupo religioso em questão é coesivo e internamente unificado. Caso contrário, e se o grupo sofresse fortes dissidências a partir de seu interior, a tolerância de sua intolerância com relação a alguns de seus próprios membros poderia não ser compatível com a implementação das normas de segunda ordem do pluralismo.

unidade e na conformidade. Se a unidade pudesse ser substituída pela pluralidade e conformidade pelo padrão de compatibilidade do pluralismo abrangente, isso poderia resultar na abertura de novos caminhos promissores para a racionalização e a legitimação de um universo jurídico evolutivo, em vários níveis e segmentos. Além disso, se acrescentarmos o uso da conceptualização pelo pluralismo abrangente de todas as relações intersubjetivas em termos de confronto entre o eu e o outro, então as novas oportunidades poderiam expandir-se consideravelmente, até mesmo quando confrontadas a uma grande diversidade e a não conformidades muito claras.

Por exemplo, se um regime jurídico totalmente segmentado e autorregulado pudesse ser retratado de modo convincente como sendo o de um eu autossuficiente que vive em paz com poucas interações, ou até nenhuma, com os outros, então esse regime poderia ser considerado legítimo na medida em que seria compatível com a pluralidade existente de regimes jurídicos relevantes, embora possa ser em grande parte não conforme a muitos deles. Além disso, se um regime jurídico segmentado opera em uma área que não está completamente fechada sobre si mesma, então as relações relevantes entre o eu e o outro, ambos pertencentes àqueles envolvidos na área em questão, poderiam estar delimitadas e claramente definidas. Portanto, um alto grau de não conformidade poderia ser tolerável antes de produzir uma incompatibilidade. Por exemplo, se a aplicação da *lex mercatoria* levasse somente a resultados nulos entre as grandes empresas, então parece que pouca ou nenhuma importância seria dada para que operasse de acordo com as normas legais incompatíveis com as prevalecentes em todas as outras áreas. E, mesmo se a aplicação da *lex mercatoria* levasse a resultados nulos – exceto em termos de relações entre grandes empresas e seus funcionários – parece que é apenas em relação a este último que as não conformidades poderiam também revelar-se incompatíveis. Esse exemplo, embora altamente esquemático, ilustra as formas em que o pluralismo abrangente pode permitir uma interação muito mais sutil e flexível entre as não conformidades e incompatibilidades que poderiam produzir, por sua vez, fontes de legitimação inéditas e úteis dentro de um universo cada vez mais pluralista.

A segunda implicação teórica importante diz respeito à comparação entre o pluralismo abrangente e seus principais rivais normativos no contexto das comunidades políticas contemporâneas, que são pluralistas de fato. Esses rivais são o liberalismo, o comunitarismo e o republicanismo. Eu tentei, em outros textos, fornecer argumentos sólidos apoiando a superioridade do pluralismo abrangente com relação a essas três teorias rivais (ROSENFELD, 2001, p. 164-172). Portanto, vou limitar ao máximo meus argumentos e, em contrapartida, vou enfatizar por que a preferência pelo pluralismo abrangente é ainda mais convincente no contexto da tendência atual à globalização.

O liberalismo é caracterizado, sobretudo, pelo fato de que ele dá prioridade absoluta ao indivíduo e, por isso, submete os interesses e os direitos do grupo aos do indivíduo. O pluralismo abrangente, em contrapartida, não confere tal preferência. No contexto de uma democracia constitucional homogênea, liberal e individualista, as diferenças entre o pluralismo

abrangente e o liberalismo são suscetíveis de ser, em grande parte, teóricas. Na verdade, em uma comunidade política exclusiva e individualmente pluralista de fato, com diferenças individuais envolvendo valores e interesses, a resolução das diferenças de acordo com os princípios do liberalismo, ou do pluralismo abrangente pode, muito provavelmente, de um ponto de vista prático, levar a resultados virtualmente idênticos. Todavia, em um Estado multiétnico, em que os direitos dos grupos minoritários têm um peso importante, ou em um contexto transnacional em que o individualismo ocidental enfrenta culturas não ocidentais e voltadas para o grupo, o liberalismo pode surgir mais enviesado do que o pluralismo abrangente. Por conseguinte, parece que este último está em melhor posição para apontar para os resultados que seriam aceitos como legítimos por uma grande parte daqueles que devem interagir em uma arena jurídica e política extensa.

O comunitarismo, por outro lado, dá a máxima prioridade à solidariedade comunitária e, portanto, favorece os direitos comunitários do grupo perante os direitos individuais. Se o pluralismo abrangente é preferível ao liberalismo por causa de sua abertura aos direitos de grupo, também é uma escolha melhor do que comunitarismo, por causa de sua recusa de sacrificar e minimizar a importância dos direitos individuais. Na medida em que as arenas jurídicas e políticas se ampliam no contexto de globalização, há uma proliferação de comunidades e múltiplas oportunidades para que os indivíduos pertençam (pelo menos parcialmente) a várias comunidades. Isso leva a uma ampla variedade de relações inter e intracomunitárias, nas quais os interesses individuais e os interesses de grupo são levados a um confronto. Nessas circunstâncias, as vantagens do pluralismo abrangente em relação ao comunitarismo parecem ainda maiores.

O republicanismo recomenda a busca da realização e a autorrealização através do governo (*self-government*). Segundo o conceito de Rousseau de republicanismo, cada indivíduo como cidadão tem o direito e o dever de participar do governo (*self-government*) de sua comunidade política (ROUSSEAU, 2001). Os cidadãos devem unir-se e trabalhar para o bem público, conciliando, sempre que necessário, seus respectivos interesses particulares para o bem da sociedade.[20] A questão que permanece em aberto é saber em que medida um indivíduo deve, na visão republicana, comprometer seus objetivos e interesses para o bem comum, mas, em contrapartida, fica claro que a acomodação da pluralidade deve ser subordinada à busca do bem da comunidade política. O pluralismo abrangente rejeita essa subordinação, ainda que em uma pequena comunidade política, como na cidade-Estado, os ideais do republicanismo e do pluralismo podem, a partir de um ponto de vista prático, levar a resultados semelhantes. Tal seria o caso de um povo relativamente homogêneo, sem diferenças claras em termos de valores e visões, que acomodasse os interesses respectivos de acordo com relações

20 Rousseau afirma que os cidadãos devem buscar "a vontade geral", que ele caracteriza como "o acordo de todos os interesses" que "se forma por oposição ao de cada um" (ROUSSEAU, 2001, p. 69).

diretas, e obtivesse uma grande satisfação e respeito mútuo pela sua colaboração com o objetivo de traçar um destino comum.

As oportunidades abertas para uma pequena comunidade política não se estendem ao Estado-nação pluralista de fato, e muito menos a uma comunidade política transnacional ou global. Pensemos, por exemplo, na preocupação constante do "déficit democrático" da União Europeia e nas dificuldades que esta encontrou em suas tentativas para, ao invés da regra da unanimidade entre os Estados-membros, adotar a regra da maioria qualificada para as decisões de política comunitária (MANCINI, 2000; JOHNSTON, 1995, p. 245). Em suma, quanto mais a comunidade política se torna pluralista de fato e extensa, menor será a probabilidade de o governo (*self-government*) bastar para acomodar adequadamente os interesses e as visões concorrentes de seus cidadãos. Daí o aumento da atratividade do pluralismo abrangente em oposição ao republicanismo em um mundo que se move em direção à globalização.

Antes de examinar a forma como o pluralismo filosófico poderia se encaixar no pluralismo jurídico na terceira seção, a seguir, alguns comentários são necessários sobre a colisão entre as normas de primeira ordem e as aplicações da dinâmica entre o eu e o outro, a partir da perspectiva do pluralismo abrangente.

Como já observado, as normas de primeira ordem que são incompatíveis com as normas de segunda ordem do pluralismo abrangente não encontram um lugar legítimo em uma comunidade política pluralista. No entanto, questões mais delicadas são levantadas quando a coexistência de normas de primeira ordem conflitantes parece impossível de ser alcançada dentro de uma mesma comunidade política, embora nenhuma das normas envolvidas seja em si incompatível com as normas de segunda ordem do pluralismo. Além disso, a impossibilidade ora discutida pode ser atribuída ao fato de que as normas de primeira ordem conflitantes estão associadas a estruturas de apoio institucional mutuamente excludentes. Ou ainda, pode ser que a busca por objetivos associados a um dos conjuntos de normas de primeira ordem esteja competindo com a de outro para ter acesso aos mesmos recursos escassos.

O pluralismo abrangente pode abordar esses problemas e, em muitos casos, fornecer uma solução adequada. Pode fazê-lo por meio de uma combinação, em um primeiro momento, de um procedimento que possibilita a avaliação e a classificação por ordem de importância das normas de primeira ordem conflitantes, e utilizando de maneira construtiva as fronteiras flexíveis esboçadas pela relação dinâmica entre o eu e o outro. As normas de primeira ordem são habitualmente subsumidas em uma concepção do bem – por exemplo, a proibição do aborto proscrito por uma determinada religião. Além disso, um conflito entre as normas de primeira ordem está muitas vezes enraizado em um conflito mais amplo entre as concepções do bem. Supondo-se que todas elas têm o mesmo grau de compatibilidade com as normas de segunda ordem do pluralismo, isso quer dizer que os conflitos entre as normas de primeira ordem deveriam ser resolvidos de modo que afetassem minimamente o igual direito à integridade que têm todas essas concepções do bem em questão. Assim, uma norma de primeira ordem que é considerada mais essencial para uma concepção do bem deve ser

priorizada em detrimento de outra de menor importância para a concepção do bem concorrente à qual está associada. Isso pode ser exemplificado pelo acórdão da Suprema Corte do Canadá, que declarou que a proibição da pesca sazonal, que tinha sido criada para regular atividades esportivas de lazer, deveria ceder diante da necessidade concorrente de uma tribo indígena de pescar de acordo com seus costumes e tradições religiosas (SUPREMA CORTE DO CANADÁ, 1996).

Um problema mais difícil surge quando normas de primeira ordem de mesmo grau (ou concepções do bem em seu conjunto) são conflitantes sem que haja a menor aparência de ajustamento plausível. Suponhamos, por exemplo, uma comunidade política que está dividida ao meio, em dois grupos religiosos internamente homogêneos e ferozmente engajados. A religião do primeiro grupo preceitua que a monarquia é a única forma de governo divinamente autorizada, ao passo que a religião do segundo grupo também insiste firmemente que só a democracia é coerente com os seus mandamentos divinos. Nesse contexto, a comunidade política em questão, que pode ser considerada um "eu" (em relação a todas as outras comunidades políticas), está dividida ao meio, sem qualquer esperança de superar o impasse internamente, ao mesmo tempo que preserva a igualdade entre os dois grupos religiosos envolvidos. A melhor solução, se viável, seria dividir a comunidade política em dois, fazendo que cada comunidade religiosa se tornasse soberana dentro de sua própria comunidade política recém-formada. De acordo com essa solução, os dois grupos religiosos podem substituir as tensões insustentáveis que sofreram como um "outro" interior em um "eu" mais amplo e altamente atormentado pelas relações menos intensas e mais limitadas dos "outros" externos, enfrentando-se como comunidades políticas independentes e soberanas.

Em termos gerais, o pluralismo abrangente oferece uma gama flexível de soluções alternativas para os conflitos entre as normas de primeira ordem de grau comparável. Em alguns casos, compromissos aceitáveis serão encontrados, sem a necessidade de transformar "outros" internos em "outros" externos. Nos outros casos, a plasticidade da dinâmica entre o eu e o outro é muito vantajosa. Além da dialética entre o outro interno e o outro externo, existem muitas possibilidades de acomodação em termos de interação entre o eu e o outro. Em um mundo voltado para a globalização, a multiplicidade das relações eu-outro que cada pessoa, grupo ou organização pode manter é particularmente interessante. Algumas dessas relações são extensivas no âmbito de aplicação – por exemplo, estamos agora conscientes de que a humanidade como um todo constitui um eu único em termos de prevenção da extinção da vida no planeta causada pela destruição do meio ambiente – e outras são intensivas – por exemplo, a solidariedade e a vontade comum de sobrevivência de uma minoria nacional sitiada. Essas diferenças criam vínculos de individualidade mais fracos e mais fortes, com geralmente (mas não exclusivamente) uma maior necessidade e tolerância para os vínculos mais fracos entre os "eu" separados por grandes distâncias, e para os vínculos mais fortes com os "eu" densamente agrupados e estreitamente ligados. Cada ator social, político e jurídico contemporâneo pertence a múltiplos "eu", alguns intensos, outros menos, alguns muito extensos

e outros menos. Além disso, todos esses atores são inevitavelmente confrontados a outros, tanto internos como externos. Nessas circunstâncias, a plasticidade e a multiplicidade de possíveis relações entre o eu e o outro parecem oferecer ao pluralismo abrangente grandes oportunidades para legitimar o pluralismo jurídico, sem cair na busca inútil de uma forte hierarquia e uma unidade ordenada.

3 O pluralismo como solução: unir e separar os "eus" de múltiplos aspectos com os quais o pluralismo jurídico depara

Que cada indivíduo possa pertencer a mais de uma comunidade ou coletividade, podendo ser considerado um "eu" com relação a algum "outro", ou a alguns "outros", não constitui novidade. O indivíduo de Rousseau, em sua dupla habilidade como burguês e cidadão, deveria ser simultaneamente um "eu" privado singular perante a todos os outros indivíduos no âmbito da comunidade política, e um cidadão que faça parte do eu político, que dê vida à comunidade política rumo ao governo (*self-government*) e à realização pessoal. Da mesma maneira, os cidadãos no âmbito de uma federação podem pertencer, ao mesmo tempo, à coletividade que criou a federação e a uma das entidades federadas.[21]

O que é novo, na era contemporânea do pluralismo jurídico, é o crescimento exponencial do número e da diversidade de tipos de "pertencimentos" disponíveis para um indivíduo, e o considerável desgaste das estruturas tradicionais concebidas para preservar a hierarquia e para manter a unidade. Nessas circunstâncias, o pluralismo abrangente pode servir como um guia útil, sobretudo pelo caráter contrafatual, sugerindo, ao mesmo tempo, os instrumentos processuais e as normas materiais que indicarão as formas de observar legitimamente a conformidade sem, indevida e desnecessariamente, ofender a pluralidade em geral e o pluralismo jurídico em particular. Além disso, ainda que o pluralismo abrangente forneça o critério final de legitimidade, em parte ele deve considerar as abordagens normativas que partilha, até certo ponto, com outras concepções do bem. O pluralismo abrangente permite também uma redistribuição das estruturas e dos instrumentos constitucionais existentes, em conformidade com os requisitos de suas normas de segunda ordem e com as exigências decorrentes da pluralidade de interesses, de valores, de ideologias e de normas de primeira ordem em jogo no cenário intersubjetivo especial em questão. Visto que as soluções em conformidade com o pluralismo abrangente são fortemente dependentes do contexto, uma crítica contrafatual coerente com os requisitos deste último deve ser realizada em cada caso particular. No entanto, uma orientação de conjunto útil, de acordo com os requisitos do

21 Constituição dos Estados Unidos, XIVª Emenda: "Toda pessoa nascida ou naturalizada nos Estados Unidos… é cidadão dos Estados Unidos e do Estado no qual reside".

pluralismo abrangente, pode ser elaborada, o que está de acordo com as observações a respeito da situação pluralista atualmente difícil, como descrita na seção anterior.

No âmbito de Estado-nação westfaliano, o pluralismo abrangente permite a manifestação de normas emanadas respectivamente pelo liberalismo, pelo comunitarismo e pelo republicanismo (ROSENFELD, 2001, p. 166-171). Os empregos pluralistas das normas em questão variam na dimensão e na extensão da sua utilização no âmbito do enquadramento da concepção da moral particular da qual essas normas são provenientes. Como mencionado na segunda seção, o pluralismo somente acolhe as normas liberais, comunitárias e republicanas que estejam em conformidade com as suas normas de segunda ordem.[22]

O *ethos* pluralista da comunidade política pós-westfaliana, obviamente, deu lugar às normas liberais, comunitaristas e republicanas. No entanto, a manifestação dessas normas, sua dimensão, assim como sua extensão, estão condenadas a divergir consideravelmente nesse contexto em comparação àquele do Estado-nação tradicional. Dois fatores têm um papel-chave nessa transformação: as mudanças profundas na dialética entre as relações "internas" e "externas" entre o eu e os outros, e um crescimento massivo da pluralidade de pontos de vista com a qual deve lidar, tanto no âmbito do Estado-Nação como no âmbito dos cenários transnacionais e mundiais nos quais a interação política foi recentemente intensificada de maneira significativa.

No sentido mais amplo, o que uma pessoa sente como fazendo parte do "eu" ou do "nós" é interno, enquanto o que ela sente como fazendo parte do "eles" ou "deles" deve ser considerado como externo. Consequentemente, o eu é sempre "interno", seja individual ou coletivo. Por outro lado, enquanto o outro é evidentemente considerado externo, ele não é, contudo, necessariamente assim. Um outro eu é claramente "externo" ao primeiro eu, mas pode existir um "outro" no âmbito de "si mesmo". Isso é claramente demonstrado pelos "eu" coletivos, cujos dissidentes dentro do grupo são, com frequência, considerados outros internos.

A distinção entre um outro "interno" e um outro "externo" é especialmente importante para a nossa explicação, por duas razões principais. Primeiro, os agentes jurídicos e políticos tornam-se parte de um número cada vez mais importante do eu, e as hipóteses nas quais esses agentes encontram outros "internos" estão destinadas a se multiplicar consideravelmente. Em segundo lugar, e isso é essencial, as relações com os outros "internos" são significativamente distintas das relações com os outros "externos", o que acarreta profundas consequências normativas e institucionais. De fato, a relação paradigmática com outro "externo" é a relação típica predominante entre os Estados-nações westfalianos. Sem uma consciência perceptível e

22 Observemos que aqui se trata de estar "conforme", e não simplesmente "compatível", com as normas de segunda ordem do pluralismo. A razão para tal é que a presente discussão se concentra no próprio quadro institucional do pluralismo. Consequentemente, enquanto partidários de normas de primeira ordem, no seio de uma comunidade política pluralista, os liberais, comunitaristas e republicanos devem satisfazer apenas um padrão de compatibilidade e não de conformidade com as normas de segunda ordem do pluralismo.

amplamente partilhada de pertencimento a um eu jurídico/político transnacional, todos os Estados-nação, exceto o seu próprio, figuram como outros "externos". Nesse sentido, a forma convencional para criar relações construtivas entre Estados-nação é o tratado bilateral relativo às questões de relações estrangeiras – por exemplo, o pacifismo, a eliminação de taxas alfandegárias sobre importações e exportações etc. Além disso, no âmbito desse paradigma, o que é "interno" a um Estado-nação não deveria criar direitos ou obrigações para além dessa nação. Consequentemente, a fome em um Estado A não impõe nenhuma obrigação ao Estado B de abrir suas fronteiras para a imigração, e os maus-tratos infligidos aos próprios cidadãos em um Estado C não dão ao Estado D nenhum direito de intervenção humanitária nos assuntos internos do Estado C.

Em um paradigma westfaliano, em conformidade com o *ethos* pluralista, os Estados não têm nenhuma obrigação um com o outro, exceto a do pacifismo. Em nítida oposição a isso observamos que, no momento que outro é "interno" mais do que simplesmente "externo", este "outro" – em conjunto com todos aqueles com os quais ele partilha as mesmas relações transnacionais – deve, de certa maneira e em certa medida, fazer parte do mesmo eu (coletivo). Como consequência, os outros "internos" partilham mutuamente dos direitos e obrigações definidos de acordo com as disposições das normas de segunda ordem do pluralismo abrangente. E isso requer estender a mão e acolher a concepção do bem e dos interesses do outro "interno" com o qual compartilhamos certo grau de individualidade comum. Se, por exemplo, a adesão aos direitos humanos é universalmente aceita, então a humanidade no seu conjunto está ligada enquanto um eu único – cujo objetivo é certamente restrito – que partilha um vínculo comum na medida em que ela sustenta uma comunidade mundial com o objetivo de promover, manter e colocar em prática os direitos humanos. No âmbito dessa comunidade mundial dos direitos humanos, o *ethos* pluralista requer considerar e acolher diversos pontos de vista, como a perspectiva de valores asiáticos mencionada anteriormente. Além disso, o "eu" da comunidade mundial dos direitos humanos compreende ao mesmo tempo uma maior convergência e uma maior divergência do que o típico Estado-nação, multiétnico e multicultural. Na medida em que todos os membros desse "eu" coletivo dos direitos humanos se entendem sobre o programa fundamental dos direitos humanos internacionais, eles estão ligados por vínculos de convergência que parecem mais amplos e mais fortes do que a maior parte dos vínculos análogos que unem um "eu" coletivo diversificado e cujo fundamento é o Estado-nação. Por outro lado, na medida em que a diversidade cultural e ideológica, em nível mundial, é destinada a ser mais importante do que o seu equivalente na esfera do Estado-nação típico contemporâneo, parece lógico que exista uma divergência de opiniões mais importante no campo da comunidade mundial dos direitos humanos do que no âmbito do típico Estado-nação.

Um "eu com um objeto limitado", como a comunidade dos direitos humanos, deveria, se estiver engajado com o *ethos* pluralista, concentrar seus esforços normativos sobre os aspectos que ele partilha, e desenvolver esforços no sentido de uma resolução ou de uma gestão das

suas diferenças com relação ao objetivo definido em torno do qual seus membros estão reunidos. No campo dos direitos humanos isso significa que a atenção deveria estar centrada nesse último aspecto. No entanto, quando são analisados com mais atenção, os conflitos em matéria de direitos humanos envolvem em grande parte aquilo que é essencial ao "eu" do conjunto individual ou coletivo de uma pessoa, tal qual a religião, a cultura e os compromissos éticos e políticos fundamentais. Todavia, nas negociações sobre uma empresa comum com objeto limitado, tal qual direitos humanos, esta última deveria tratar do conjunto em primeiro plano, enquanto os outros vínculos mais profundos deveriam, sempre que possível, permanecer em segundo plano. Isso pode ser facilitado pela disponibilidade de meios de segmentação e de compartimentação. Uma pessoa deveria assim se preocupar menos sobre o fato de suas aspirações religiosas serem ignoradas ou mesmo moderadamente contrariadas no cenário universal dos direitos humanos se essas aspirações puderem ser satisfeitas em outros cenários disponíveis. E, evidentemente, tal compromisso dependeria da aceitação da ideia de que o *ethos* pluralista seja aplicável às relações intercomunitárias em geral.

Em contrapartida, na hipótese de um "eu com objeto ilimitado" – quer seja a pessoa individual propriamente dita ou a comunidade no âmbito da qual ela se sente plenamente integrada, mesmo que ela não concorde integralmente com todas as suas práticas e com todos os seus compromissos normativos –, é necessário encontrar pontos em comum em todos os cenários nos quais essa pessoa está envolvida. Em outras palavras, todos os temas estão em jogo nos contextos intracomunitários, e o *ethos* pluralista requer que tais temas sejam tratados de acordo com os dois tempos lógicos detalhados anteriormente. Além disso, em tais circunstâncias, as diferenças que emergem são provavelmente mais importantes do que aquelas que poderiam ocorrer em uma comunidade de objeto limitado. Contudo, porque o eu com objeto ilimitado se agrega normalmente em torno de vínculos de identidade muito mais fortes e tem um senso de individualidade muito mais intenso e definido, ele pode se apoiar sobre esses vínculos para lidar com as suas numerosas, e às vezes discutíveis, diferenças.[23]

O que se classifica como eu de objeto limitado ou como eu com objeto ilimitado é determinado em termos relacionais e depende, em última análise, do contexto. Tradicionalmente, a comunidade local de um indivíduo, seu grupo, seu grupo étnico ou religioso, sua região e até mesmo o seu país, eram os lugares mais prováveis para a manifestação do eu com objeto ilimitado de um indivíduo. Todavia, com o aumento do número de níveis e de segmentos que o mundo conhece – enquanto ele evolui para uma globalização cada vez mais importante – as possibilidades se multiplicam igualmente, e o eu com objeto ilimitado não deve mais ser confinado no âmbito das suas fronteiras tradicionais. Um indivíduo pode assim

23 Por exemplo, em um país religiosa e linguisticamente diversificado como a Suíça, as diferenças religiosas e linguísticas seriam muito mais suscetíveis de serem geradas com sucesso se o povo em seu conjunto compartilhasse fortes vínculos nacionalistas.

dedicar sua vida à proteção dos direitos humanos, em nível mundial tornar-se membro de uma ONG consagrada aos direitos humanos e subordinar todos os seus outros interesses e compromissos a esse objetivo único. Nesse caso, o indivíduo em questão se identificará perfeitamente com o programa de direitos humanos e analisará todas as questões normativas do ponto de vista do *ethos* dos direitos humanos. Em resumo, enquanto os cenários de interação política se expandem e se multiplicam, a rede de vínculos entre os "eu" com objeto limitado e os "eu" com objeto ilimitado, bem como aquela entre as relações intracomunitárias e intercomunitárias, tornam-se cada vez mais dinâmicas e complexas. Do ponto de vista do pluralismo abrangente, isso significa que a aplicação do *ethos* pluralista não pode estar limitada a um contexto global como o Estado-nação. É necessário, principalmente, que tal *ethos* seja aplicado, em particular, no âmbito de cada um dos níveis e de cada um dos segmentos de interação, assim como entre eles. Além disso, essas aplicações específicas deverão prestar uma especial atenção à perspectiva e à ordem de prioridade do *ethos* dos direitos humanos no âmbito do cenário internacional dos direitos humanos.

Antes de passar às implicações dessas observações para a ordem constitucional, resta um aspecto suplementar e essencial que deve ser sucintamente abordado: o das consequências da proliferação dos níveis sobrepostos e o das segmentações para a integridade de um eu único e distinto. Essa questão se coloca tanto para os "eu" individuais como coletivos, embora os problemas que ela coloca sejam, talvez, mais facilmente apreendidos do ponto de vista do eu individual. Um indivíduo típico contemporâneo forma uma identidade complexa constituída por uma agregação de vínculos com numerosos "eu" coletivos com os quais ele mantém relações de intensidade variada. Esses vínculos podem incluir ligações étnicas, religiosas, linguísticas, culturais, nacionais, profissionais, transnacionais (por exemplo, a União Europeia), mundiais (por exemplo, o aquecimento global) e ideológicas. Essas ligações produzirão, inevitavelmente, conflitos internos no âmbito do indivíduo, com os mencionados anteriormente, em que as convicções feministas de uma pessoa estavam em conflito com as exigências impostas pela sua religião (WALKER, 2000, p. 45-47; RICOEUR, 1990, p. 11-15).

Parecem existir duas formas principais de lidar com tais conflitos quando um indivíduo não pode nem resolvê-los nem evitá-los: seja relativizando-os, seja aprendendo a viver com um certo grau de dissonância, que permanece, no entanto, tolerável. Para ilustrar a relativização, um cidadão francês pode se sentir distante da União Europeia no que se refere a um conflito entre esta e a França e, no entanto, ao mesmo tempo, identificar-se com a União Europeia em se tratando da concorrência econômica entre esta e os Estados Unidos. Nesse exemplo a contradição será evitada permitindo a cada uma as identificações especificamente implicadas no seu contexto. Em outras circunstâncias, todavia, não é possível evitar a contradição relativizando uma identificação e devolvendo-a ao seu contexto. Assim, se as convicções feministas de uma pessoa estão em conflito com a sua religião, e se esses dois aspectos são uma parte importante da identidade dessa pessoa, é pouco provável que a relativização possa ser

eficaz. Nessa situação, a pessoa em questão deverá viver com as contradições com as quais ela é confrontada (incluindo a questão de forma intracomunitária a fim de minimizá-la) ou renunciar ao seu pertencimento a uma das duas comunidades em conflito. Se o conflito englobar tudo – por exemplo, se a religião em questão considera que o feminismo é um pecado mortal –, então a pessoa pareceria forçada a escolher um dos pertencimentos em detrimento do outro. Entretanto, se existe sobreposição suficiente entre as duas comunidades em conflito – presumamos, por exemplo, que a religião pregue o amor e a igualdade entre todos os seres humanos, mas proíba igualmente que as mulheres se tornem sacerdotes –, então o melhor caminho poderia ser aceitar a dissonância resultante das contradições parciais e permanecer um membro ativo e engajado nas duas comunidades.

É relevante que a relativização baseada no contexto e o fato de aprender a viver com um grau aceitável de dissonância pareçam ser respectivos análogos existenciais das duas principais disposições normativas do pluralismo abrangente. A primeira delas é adaptar as aplicações específicas das normas da segunda ordem à pluralidade de pontos de vista adversários no âmbito de determinado contexto, tornando assim aplicáveis as reivindicações normativas relativas ao seu contexto. A segunda prescrição é tolerar a busca de conceitos do bem que não estão em conformidade, sem ser incompatíveis, com as normas da segunda ordem, permitindo assim um certo grau de dissonância normativa.

A diferença principal entre esses análogos reside no nível de suas respectivas justificações. No nível existencial, a justificação é pragmática; no nível normativo, ela decorre da ideia do bem fomentada pelo pluralismo abrangente. Além disso, o fato que tanto as perspectivas pragmáticas quanto normativas exigem que uma atenção especial seja dada ao contexto, assim como a aceitação de certo grau de dissonância, reforça o argumento para um ordenamento constitucional e uma estrutura institucional pluralistas. Por outro lado isso indica o caminho para delinear tal ordenamento de modo a permitir o melhor tratamento possível aos desafios suscitados pelas atuais dificuldades jurídicas e ideológicas pluralistas.

Tratando-se agora da questão do ordenamento constitucional para o universo contemporâneo pluralista e pluralista de fato, o pluralismo abrangente requer uma divisão de base em três categorias distintas.[24] Além disso, essas três categorias são as mesmas, tanto na consideração do ordenamento constitucional no âmbito do Estado-nação ou no âmbito do cenário contemporâneo mais vasto que vai muito além do Estado-nação. As três categorias envolvidas são, em primeiro lugar, a execução da conformidade com as normas da segunda ordem do pluralismo; em segundo lugar, a definição de prioridades no âmbito das normas de primeira ordem concorrentes, considerando que o mais importante na perspectiva de um outro conjunto de normas de primeira ordem deveria ter a prioridade atribuída sobre o que é menos

• • •

24 Para uma discussão mais detalhada dessa divisão tripartite, ver Rosenfeld (2001, p. 131-132).

importante na perspectiva de um outro conjunto de normas; e, em terceiro lugar, a identificação dos conflitos relativos aos interesses e valores de categoria equivalente em se tratando dos seus respectivos conjuntos de normas de primeira ordem, ou, em outros termos, de importância equivalente com relação à ideia do bem particular à qual eles são vinculados.

As questões que incidem no campo da primeira categoria requerem uma constitucionalização. Esta consistiria, parcialmente, em impor normas materiais e, em parte, em fornecer mecanismos processuais com o objetivo de facilitar a resolução de conflitos entre normas de primeira ordem, em conformidade com as disposições impostas pelas normas da segunda ordem. Por exemplo, uma certa forma de tolerância constitucionalmente imposta – por meio da liberdade de expressão ou os direitos à vida privada – seria necessária a fim de conceder uma força jurídica às normas de segunda ordem concebidas para maximizar o espaço disponível para uma coexistência, nas condições de igualdade, da maior pluralidade possível de pontos de vista. Por outro lado, algumas garantias estruturais ou processuais – como o federalismo ou a existência, dentro de certos limites, de um grau de autonomia para os grupos – poderiam igualmente ser constitucionalizadas, a fim de atualizar e de consolidar a prioridade das normas de segunda ordem.

Tratando-se da segunda categoria, apenas os procedimentos que permitam uma comparação justa e adequada da importância relativa de reivindicações antagônicas relativas às respectivas normas de primeira ordem de onde emanam deveriam ser constitucionalizados. Um exemplo ilustrativo de um procedimento constitucional pertinente nesse contexto é o recurso à análise de proporcionalidade no litígio constitucional.[25] O que é fundamental em se tratando dessa segunda categoria é que, na ausência de procedimentos constitucionalmente aplicáveis, as comparações requeridas poderiam ser vítimas do desejo das maiorias ou de outros interesses poderosos.

É mais adequado, por outro lado, deixar as questões compreendidas na terceira categoria à resolução infraconstitucional, de preferência segundo um ideal republicano. De fato, na medida em que as normas de segunda ordem do pluralismo são satisfeitas na mesma proporção por cada uma das possíveis resoluções de conflitos entre normas de primeira ordem, então a busca de consenso ou de compromisso pela pretensão republicana do bem comum – ou pela submissão à vontade da maioria, na ausência de uma solução mutuamente acordada – parece estar mais em conformidade, nessas circunstâncias, com os ideais pluralistas. Efetivamente, se dois objetivos de primeira ordem são de igual importância, então, favorecer aquele que satisfaria um número maior de pessoas pareceria em plena conformidade com o igual respeito concedido aos respectivos pontos de vista no segundo plano das reivindicações antagônicas em questão.

• • •

25 Para uma discussão mais detalhada do princípio de proporcionalidade, ver Kelsen (1997) e Meese (1986-1987).

É evidente que essa divisão em três categorias se reflete no ordenamento constitucional típico no âmbito do Estado-nação. A maior parte das Constituições dos Estados-nações contemporâneos contém disposições materiais e processuais que são intocáveis pela política democrática ordinária, enquanto traçam um cenário jurídico e político atribuído à vontade das maiorias. Tais Constituições podem igualmente ser declinadas nessas três categorias sem comprometer a hierarquia ou a unidade que impõem. Por outro lado, enquanto as Constituições típicas do Estado-nação podem ser tudo exceto estar em conformidade com o *ethos* pluralista, torná-las assim conformes não afetaria a divisão do conjunto do trabalho entre as três categorias identificadas anteriormente. No máximo, transformar uma Constituição não conforme, do modelo Estado-nação, em uma Constituição em conformidade com as disposições do pluralismo abrangente implicaria substituir certas disposições materiais por outras, mais adequadas à promoção do pluralismo. Tais alterações incluiriam, por exemplo, um ajuste ou uma reorganização das garantias processuais e uma redefinição da fronteira entre o que deveria ser regulamentado em nível constitucional e o que deveria ser legado à esfera política. Além disso, porque as instituições pluralistas devem ser ajustadas com precisão para conciliar e acomodar ao máximo a diversidade de pontos de vista, de valores e de interesses com os quais elas deparam, o misto de normas e de questões constitucionais pluralistas, tanto materiais como processuais, que a constituição remete para o cenário político variariam em função da diversidade de fato de cada comunidade política.

No mundo pós-westfaliano, tanto a separação entre essas três categorias quanto a natureza contextual do ordenamento constitucional pluralista permanecem as mesmas. O que muda drasticamente, por outro lado, é a necessidade de uma vasta multiplicação de ordenamentos e a necessidade, ao menos em certa medida, de estabelecer relações constitucionais entre os ordenamentos distintos. Em outras palavras, enquanto o ordenamento constitucional moldado para o Estado-nação refere-se essencialmente a uma esfera única, o ordenamento constitucional pós-westfaliano deve estender-se sobre diversas esferas distintas, delimitadas pelo processo de sobreposição e de segmentação, e ele deve fornecer as formas de criar um certo grau de harmonização entre as esferas, a fim de evitar a hipótese de incompatibilidades intransponíveis e de contradições paralisantes.

O desafio principal com o qual depara o ordenamento constitucional pós-westfaliano é que cada esfera é constituída por suas próprias pluralidades distintas, e que as esferas envolvidas devem responder a necessidades constitucionais diferentes, conforme compreendam os "eu" com objeto ilimitado ou com objeto limitado. No segundo caso, o ordenamento constitucional seria mais amplo, mas relativamente superficial, na medida em que um eu integrante dessa esfera para um objetivo bem delimitado poderia potencialmente se voltar para outras esferas a fim de envolver mais plenamente sua pretensão de realização pessoal e de evolução. Do mesmo modo, o grau de dissonância que seria tolerável no âmbito de uma esfera assim como entre esferas variaria em função de diversos fatores contextuais.

Como são dinâmicas e contextuais, é inútil procurar estabelecer uma lista definitiva de questões e garantias constitucionais materiais – devendo ser remetidas para o cenário político

– que seriam mais adequadas para difundir o *ethos* pluralista em todo o mundo pós-westfaliano. O que é evidente, por outro lado, é que um ordenamento constitucional pluralista para o mundo pós-westfaliano não produziria nenhuma hierarquia ou unidade, mas conduziria, mais provavelmente, a uma agregação variada em que a congruência seria frágil. Por outro lado, tal congruência parece tanto poder surgir de uma dissociação dos segmentos contíguos como do entrelaçamento dos fios de identidade ou de convergência entre as esferas.

Embora não exista uma recomendação única para um ordenamento constitucional pluralista das esferas pós-westfalianas de interação jurídica e política, é possível sugerir certas direções gerais pelas quais tal ordenamento poderia evoluir. De fato, isso poderia ser realizado concentrando-se sobre o realinhamento das convergências e divergências (discutidas anteriormente) que normalmente acompanha a tendência para a globalização[26] e se questionando a respeito da maneira de tratá-las de acordo com o *ethos* pluralista. Poderíamos, particularmente, examinar como determinados processos e instrumentos tradicionais e emergentes do ordenamento constitucional seriam adaptados para criar a ordem constitucional pós-westfaliana necessária.

Todo o ordenamento constitucional, seja estrutural ou material, que exista no âmbito do Estado-nação ou no âmbito de uma maior comunidade política, demanda uma mediação entre o eu e o outro, ou, mais precisamente, entre numerosos "eu" e outros diversamente constituídos e engajados em uma variedade de interações jurídicas e políticas. Além disso, certos meios de ordenamento constitucional podem tanto unir o eu e o outro como dissociá-los. Consequentemente, as disposições constitucionais relativas à cidadania podem unir uma população que seria de outro modo multifacetada, enquanto uma federação pode dividir uma sociedade em várias subentidades distintas. Na realidade, em função do contexto específico no qual ele opera, o federalismo pode contribuir tanto para unir como para dividir. Nos Estados Unidos a federalização de Estados, no passado confederados, criou um impulso unificador, ligando mais estreitamente as entidades preexistentes. Na Bélgica, por outro lado, um processo de federalização foi utilizado para proceder a maior separação das comunidades Flamenga e Valona (DORSEN, 2003, p. 380-384).

Vários dos instrumentos de ordenamento constitucional utilizados com sucesso no âmbito do Estado-nação poderiam igualmente ser muito úteis no cenário constitucional abrangente pós-westfaliano, na condição de ajustes apropriados. De fato, enquanto os "eu" e os outros na cena pós-westfaliana diferem de seus equivalentes anteriores, como mencionado anteriormente, eles permanecem à espera de ligações e dissociações constitucionais a fim de poder atuar dentro dos limites do Estado de direito. Como consequência, os instrumentos tradicionais de ordenamento constitucional, combinados aos instrumentos mais recentemente

26 Cf. primeira seção.

criados, como o padrão da margem de avaliação empregado no espaço transnacional concebido pela Corte Europeia dos Direitos Humanos, poderiam favoravelmente se transformar e se unir, a fim de contribuir para criar uma ordem constitucional pós-westfaliana de acordo com o *ethos* pluralista.

O novo ordenamento constitucional deveria girar em torno de dois objetivos primordiais. O primeiro é o de permitir uma maior diferença e uma mais importante pluralidade no âmbito dos ambientes intracomunitários constitucionalmente pertinentes. O segundo é o de um número suficiente de laços de identidade ou de convergência entre esferas distintas de interação para assegurar que as relações intercomunitárias – tal como são consideradas de um ponto de vista constitucional – não levem a incompatibilidades insuperáveis.

Um certo número de instrumentos constitucionais existentes, sozinhos ou combinados com outros, parece se adequar particularmente bem a uma adaptação, de modo a servir melhor a dois objetivos. O principal deles é o federalismo, compreendido na sua acepção funcional mais ampla, enquanto instrumento de dissociação e unificação. Mais especificamente, no melhor dos casos, o processo de federalização poderia, simultaneamente, criar outros caminhos rumo à unificação e rumo à dissociação de tudo o que se situa no âmbito do mesmo cenário constitucional. Tal federalismo segmentaria, ou subdividiria, e uniria simultaneamente, como o faz o federalismo quando funciona no âmbito do Estado-nação, com exceção de uma diferença fundamental: enquanto no regime do Estado-nação o federalismo deve sempre impor uma hierarquia ou uma unidade,[27] no âmbito transnacional o seu sucesso dependeria da preservação da pluralidade e de manter distância de toda iniciativa de hierarquização. Consideremos, por exemplo, a estrutura atual da União Europeia, que não é, a rigor, nem federação nem confederada, mas sim uma configuração *sui generis* extraindo características tanto do federalismo quanto da confederação.[28] Além disso, as tensões entre as jurisdições da União Europeia e aquelas dos seus Estados-membros, mencionadas anteriormente (ROSENFELD, 2006a) são reveladoras da ausência de uma unidade ou de uma hierarquia constitucional real. Da perspectiva do Estado-nação, isso pareceria ser um defeito, enquanto a perspectiva de federalização pós-westfaliana a considera mais como uma virtude. Dando espaço a certo grau de supremacia

27 A maneira como são estruturadas essa hierarquia e essa unidade pode variar de um contexto a outro. Nos Estados Unidos, isso ocorre por meio da supremacia federal (Constituição dos Estados Unidos, art. IV); na Alemanha, por um princípio de cortesia que exige conciliar os interesses das entidades federadas, as da entidade federal e as da nação em seu conjunto (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1961). Tanto a supremacia quanto a cortesia colocam uma ordem de prioridade e um quadro de unidade.

28 O "efeito direto" da regulamentação comunitária é típico da estrutura federal (cf. CJCE, 1963). Ao contrário, o Conselho Europeu, que congrega os representantes dos governos dos Estados-membros para forjar os grandes eixos da política da União, com frequência segundo uma regra de unanimidade, parece operar principalmente como um órgão confederado (cf. PATRONO, 2004, p. 329-334).

estrutural entre os Estados-membros, a ordem constitucional que orienta a União Europeia permite a preservação da integridade de uma esfera importante da nova construção constitucional em múltiplos níveis. Enquanto essa prioridade dos Estados-membros é atenuada por relações compensatórias de unidade, como aquelas que são encorajadas e mantidas pelo diálogo entre a CJCE e as jurisdições nacionais dos Estados-membros, esse acordo constitucional, que desafia a hierarquia e a unidade tradicionais do Estado-nação, parece preferível. Ele está mais bem adaptado à necessidade de conciliar o eu e o outro em um cenário transnacional, sem suscitar sérias dificuldades ou até mesmo criar impasses que levem a incompatibilidades insuperáveis.

Um outro instrumento constitucional que, combinado à federalização e ajustado à esfera transnacional, poderia desempenhar um papel oportuno nos cenários pós-westfalianos é o princípio de subsidiariedade. Esse princípio implica que a regulamentação de uma área deveria ser atribuída ao nível de governo mais local onde ela poderia ser efetivamente regulamentada.[29] Esse princípio desempenhou um papel fundamental na promoção da política segundo a qual a União Europeia deveria se abster de regulamentar as áreas que poderiam ser tratadas de maneira idêntica ou até mesmo mais eficaz pelos Estados-membros (BERMANN, 1994, p. 332). Mais genericamente, a subsidiariedade – se ela é compreendida não somente em termos de eficácia, mas também em termos de oportunidade que representa para tratar justamente de todos os interesses envolvidos, e quando ela é conjugada com um sistema de federalização bem moldado – poderia otimizar a combinação de unificação e dissociação que corresponde às demandas do *ethos* pluralista. A eficácia pode nem sempre estar em correlação direta com a equidade, na medida em que a regulamentação local poderia naturalmente ser mais eficaz em certos casos nos quais os interesses mais distantes têm, contudo, uma certa legitimidade.[30] Todavia, se a eficácia e a equidade caminham juntas, então a pluralidade pertinente dos pontos de vista e dos interesses pode ser identificada e recebida sem os desvios que as considerações supérfluas representam.

Para completar o federalismo e a sobreposição dos níveis no universo pós-westfaliano, outros instrumentos para a distribuição do poder poderiam ser constitucionalizados. Estes incluem a transferência do poder político (*devolution*), recorrer ao sistema do "*millet*" que encontra sua origem no Império Otomano (KUCUKCAN, 2003, p. 480-485), e a constitucionalização

• • •

29 O princípio de subsidiariedade tem suas origens no pensamento social católico, que "afirma que nada que seja feito por uma organização mais ampla não poderia ser feito de forma tão boa por uma organização inferior ou menor" (DWYER, 1994, p. 927).

30 A regulamentação da pesca local, por exemplo, poderia ser mais eficazmente gerida pelo governo municipal do que pelo governo nacional e, no entanto, os membros da comunidade política localizada bem além da municipalidade em questão podem ter interesses enquanto consumidores ou partidários da preservação do meio ambiente, o que é preciso levar em conta em sua justa medida.

de um direito de secessão. Esses instrumentos fornecem os meios de gerir os conflitos e tensões que conduzem as ações judiciais intracomunitárias a uma rota de colisão com as ações judiciais intercomunitárias. Além disso, os três têm um forte potencial para o ordenamento constitucional, em especial onde aparecem de outras formas as incompatibilidades mútuas insolúveis entre conjuntos antagônicos de normas de primeira ordem que são igualmente legítimas perante as normas de segunda ordem. E, enfim, pelo menos nos casos de transferência do poder político e da secessão, esses meios de dissociação são, literalmente falando, muito mais autênticos enquanto instrumentos de ordenamento constitucional no contexto transnacional do que naquele tradicional do Estado-nação. Com efeito, uma ruptura convencionada como na antiga Checoslováquia seja, talvez, a mais bem qualificada de "divórcio constitucional" ou, em outros termos, como um processo constitucionalmente ordenado conduzindo à eliminação de ligações constitucionais entre as duas comunidades políticas recentemente criadas.[31] Em contraposição, decompor uma entidade federada em dois Estados no âmbito de uma república federal, ou criar um Estado-membro no âmbito de uma comunidade política transnacional constitucionalizada mais ampla, tal qual a União Europeia, não conduz somente à quebra dos laços constitucionais, mas, pelo contrário, à criação de um novo e diferente ordenamento constitucional entre as entidades daí resultantes.

De um ponto de vista pluralista, o inconveniente principal da transferência de poder político, do sistema do *millet* e da secessão é que todos eles têm a tendência de resolver um problema criando outro, igualmente incômodo. Todos os três transformam-se em instrumentos constitucionais atraentes para os pluralistas sempre que um conflito entre partidários de diferentes conceitos do bem tornam difícil a sua coexistência no âmbito do mesmo espaço político. Nessas circunstâncias, o pluralismo parece trabalhar melhor dividindo o espaço político em dois e permitindo a cada conjunto de normas de primeira ordem de prevalecer na esfera do seu próprio campo político. A transferência do poder político e a secessão podem ser adequados quando as comunidades em conflito são geograficamente separadas, tornando assim uma separação territorial viável. A transferência do poder político, tal qual ocorreu na Escócia (DORSEN, 2003, p. 392-394), não conduz à dissolução da comunidade política da qual o poder é transferido – o Reino Unido no exemplo escocês –, mas a um realinhamento de relações que funcionam de maneira intracomunitária, em oposição àquelas que se desenvolvem de maneira intercomunitária. Tais realinhamentos também podem ser suficientes para permitir uma maior satisfação de um maior número de conjuntos de normas de primeira ordem igualmente merecedoras.[32]

• • •

31 Para uma análise detalhada da secessão em direito internacional e em direito constitucional, ver Mancini (2003, p. 261-298).

32 Em certos casos, o conflito que pode ser resolvido pela transferência do poder político pode ser reduzido a uma questão de identidade. Por exemplo, uma entidade infranacional pode compartilhar a visão econômica

A secessão pareceria justificada de um ponto de vista pluralista em situações mais graves nas quais não existe espaço político comum viável que permita a duas comunidades heterogêneas fazer avançar suas visões e interesses respectivos sem interferir seriamente sobre os da outra. A secessão, enquanto divórcio constitucional final no mundo dos Estados-nações, atua nas frestas do direito internacional e do direito constitucional.[33] Por outro lado, em um contexto constitucional transnacional, as relações constitucionais entre entidades recentemente separadas perdurarão. Por exemplo, se a Catalunha se separasse da Espanha, as duas continuariam, contudo, ligadas no âmbito do campo constitucional mais amplo da União Europeia.

O sistema do *millet*, concebido com o objetivo de atribuir às comunidades religiosas uma autonomia em matéria de espiritualidade e de comunidade, pode servir de modelo nas situações nas quais os membros de uma comunidade específica não estão geograficamente agrupados. Nesse sistema, as comunidades religiosas continuam a fazer parte da comunidade política mais ampla e só usufruem de uma autonomia parcial. Essa autonomia, que abrange as questões religiosas e as relações comunitárias pessoais estreitamente ligadas às práticas religiosas – como o casamento e o divórcio – é, contudo, fundamental de um ponto de vista pluralista. Ela permite a cada comunidade religiosa levar adiante as normas de primeira ordem que ela considere da mais alta importância e que permaneceria, caso contrário, constantemente em conflito com aquelas de outras religiões ou da comunidade política no seu conjunto. Por outro lado – e isso parece extremamente compatível com o *ethos* pluralista – esse sistema admite que certas normas de primeira ordem, que são de menor importância para a religião em questão, sejam subordinadas a normas consideradas prioritárias nas esferas normativas da comunidade política no seu conjunto. Além disso, as normas de primeira ordem de uma religião que não são exclusivas passariam a competir, no sistema do *millet*, com todas as outras normas em grau de igualdade, mas procedentes de outras religiões. Em resumo, oferecendo a uma religião as maiores oportunidades de ser praticamente ilimitada em se tratando dos seus princípios fundamentais, exigindo sacrifícios menores para o bem da comunidade política no seu

• • •

e social da entidade nacional da qual ela procura se separar, mas não aderir a certas decisões tomadas em nível nacional no que elas iriam de encontro à sua integridade enquanto comunidade normativa distinta e autoconstituída.

33 Ver Mancini (2003) para um estudo pertinente desse fenômeno. De um ponto de vista processual, a secessão é um fenômeno constitucional se for efetuada segundo os padrões constitucionalmente prescritos (cf. SUPREMA CORTE DO CANADÁ, 1998). Após a secessão, entretanto, as relações das entidades resultantes entrarão na esfera do direito internacional. De um ponto de vista material, ao contrário, a secessão realizada com o propósito de justificar o direito de um povo à autodeterminação é uma questão de direito internacional, enquanto a secessão realizada com o intuito de preservar os direitos de uma minoria, quando outros meios são ineficazes, é uma questão de direito constitucional.

conjunto, o sistema do *millet* parece particularmente bem adaptado à promoção de um *ethos* pluralista no âmbito de comunidades políticas religiosas diversificadas.

Apesar de todas as suas virtudes potenciais, a transferência de poder político, o sistema de *millet* e a secessão têm em comum o mesmo defeito, um defeito capaz de anular todos os benefícios de seu desenvolvimento. Esse defeito é o seguinte: ao invés de resolver, ou pelo menos mitigar significativamente os litígios decorrentes de profundos conflitos nas relações intracomunitárias e intercomunitárias, eles pura e simplesmente os deslocam e os replicam para outros níveis, ou entre outros "eu" e para outros "outros". Por exemplo, se o Quebec se tornasse independente, sua minoria anglófona e sua população indígena – ambas com boas razões para contar com a proteção do governo federal canadense com relação à garantia de seus interesses intracomunitários[34] – estariam em uma situação muito semelhante à da maioria do Quebec dentro da federação canadense.

No contexto do sistema de *millet*, no entanto, a resolução de problemas entre as religiões e entre estes últimos e a comunidade política como um todo parece destinada a criar novas dificuldades com o mesmo grau de seriedade. Essas novas dificuldades são suscetíveis de envolver indivíduos ou grupos dissidentes que aderem às opiniões minoritárias de uma determinada religião, aqueles que não pertencem a nenhuma das religiões abrangidas e aqueles que procuram envolver-se em certas atividades inter-religiosas. Por exemplo, se as religiões conseguem obter um monopólio sobre a questão do casamento dentro de sua própria comunidade, e se cada uma delas proíbe o casamento inter-religioso, por consequência, o direito fundamental ao casamento sem entrave religioso, que deveria se estender a cada indivíduo dentro de uma democracia constitucional contemporânea, seria severamente reduzido.

Esses problemas, que podem ser graves dentro do Estado-nação, podem ser largamente atenuados no universo pós-westfaliano em vários níveis e segmentos. Como já indicado, em um contexto constitucional transnacional a secessão não leva a uma ruptura das relações constitucionais entre as entidades novamente separadas. Além disso, em um contexto transnacional, a transferência do poder político pode ser menos sensível na medida em que a distribuição do poder entre os três níveis – subnacional, nacional e transnacional – pode desativar conflitos potencialmente explosivos entre uma entidade subnacional e o Estado-nação em que ela está enraizada. Ainda nesse contexto, novas alianças podem ser forjadas, tanto dentro do mesmo nível como entre diferentes níveis, permitindo o estabelecimento de relações entrelaçadas construtivas entre os vários "eu" e os outros. Por exemplo, as tensões diretas entre o Reino Unido e a Escócia, e entre a Espanha e a Catalunha, poderiam ser efetivamente neutralizadas pela institucionalização de certas relações entre as entidades infranacionais dentro

34 Mais precisamente, os anglófonos quebequenses fazem parte da maioria linguística do Canadá e a secessão os transformaria em minoria linguística.

da União Europeia (KUCUKCAN, 2003, p. 475, 480-485). Isso oferece a possibilidade de superar um impasse decorrente em dois níveis, abrindo caminhos para novos horizontes para um terceiro nível e permitindo um ordenamento constitucional em três níveis que não seria nem nitidamente hierarquizado nem suscetível de ser bloqueado no quadro tradicional da unidade.

Os problemas decorrentes do sistema de *millet* poderiam igualmente ser mais bem tratados pelos meios mais poderosos e variados disponíveis no espaço constitucional estendido, sobreposto e segmentado pós-westfaliano. De uma perspectiva pluralista, um comunitarismo religioso fundado no sistema de *millet* deveria ser harmonizado, tanto quanto possível, com os – e, se necessário, limitado pelos – direitos individuais (liberais) relacionados com a liberdade de religião (tanto no sentido da liberdade de adesão como da não adesão). Enquanto isso poderia ser conseguido por meio de uma declaração de direitos tradicionais do Estado-nação, a existência de um regime internacional dos direitos humanos e uma busca concentrada, segmentada e concertada desses direitos aumentaria sensivelmente as chances de se aproximar mais do equilíbrio pluralista ideal. No mínimo o recurso a normas e instituições transnacionais deveria fornecer as melhores ferramentas para combater as tendências locais, fortemente enraizadas, em favor de determinadas religiões ou de outras concepções do bem. Para nomeá-las, essas ferramentas são o padrão para o critério de avaliação e análise da proporcionalidade, que inclui a ponderação judicial.[35]

O padrão da margem de avaliação utilizado pelo Tribunal Europeu dos direitos humanos consegue atingir um equilíbrio ideal entre a convergência e a divergência dentro de um contexto transnacional ou internacional. A CEDH cria entre os seus membros uma comunidade transnacional que pode ser vista como um eu com objeto limitado. A fim de preservar a coesão e evitar divergências suscetíveis de conduzir a diferenças irreconciliáveis que poderiam gerar uma ruptura interior dentro dessa comunidade recém-formada, é necessário se reunir em torno de objetivos comuns, mas sem sacrifícios excessivos que afetariam o coração da identidade de um indivíduo com objetivos múltiplos. O uso judicial do padrão da margem de avaliação fornece os meios para alcançá-lo e fazê-lo dentro dos limites da compreensão do pluralismo abrangente. Isto significa, em termos práticos, que a convergência é mantida no nível transnacional – todos os Estados-partes da CESDH concordam em ficarem igualmente vinculados por suas disposições –, enquanto cada Estado-nação envolvido mantenha, ao mesmo tempo, o direito de divergir de seus vizinhos, dentro do seu território, considerando que essa diferença não ultrapasse a margem de avaliação.

35 Tais ferramentas podem também servir ao legislador. Entretanto, em termos do ideal pluralista, os juízes são os mais capazes para hierarquizar e comparar as reivindicações concorrentes que nascem frequentemente de perspectivas concorrentes.

Por exemplo, no caso Handyside (CEDH, 1976), o livro que caía sob a proteção da liberdade de expressão na Escandinávia era considerado como uma expressão indecente e desprotegida no Reino Unido. A CEDH constatou que essa divergência estava contemplada no contexto da margem de avaliação. Na visão pluralista, a decisão do Tribunal poderia ser interpretada como uma autorização concedida aos Estados-nação para pressupostos de descumprimento, quando eles não forem incompatíveis com as disposições consagradas na CESDH.[36] Elevadas ao contexto transnacional, no qual as normas constitucionais estavam conforme os requisitos do pluralismo abrangente, as normas constitucionais partilhadas derivariam de normas de segunda ordem do pluralismo abrangente. Nesse contexto, a margem de avaliação requer uma análise dupla: em primeiro lugar, seria determinar se o desvio do Estado-nação é compatível com as normas de segunda ordem constitucionalmente consagradas. Em segundo lugar, é necessário saber se, considerando todas as diferenças culturais relevantes (aquelas compatíveis com as normas de segunda ordem do pluralismo), o direito em questão, conforme definido pelo Estado-nação "desviante", é o equivalente do seu homólogo nos outros Estados-nação "não desviantes". Portanto, no que diz respeito ao caso Handyside, se tanto o Reino Unido como os outros países sujeitos à CESDH concordassem com o valor da liberdade de expressão e traçassem a fronteira de expressão indecente, mas não se entendessem – com base em critérios culturais essencialmente compartilhados na escala de um país – sobre a localização específica de onde colocar o limite da indecência, então teria sido plenamente justificado conceder ao Reino Unido o benefício da margem de avaliação. Além disso, nesse contexto, uma ferramenta de ordenamento constitucional que acomodaria um grau significativo de dissonância e de não conformidades entre as partes constituintes de uma ordem constitucional transnacional sobreposta não seria somente aceitável: seria preferível, na realidade, tanto por razões pluralistas como por razões pragmáticas.

A análise da proporcionalidade e a ponderação judicial, que são amplamente utilizadas em níveis tanto nacional como transnacional (CJCE, 1979; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1958, SUPREMA CORTE DO CANADÁ, 1986), também são ferramentas constitucionais interpretativas que parecem adaptadas ao objetivo de harmonização no contexto de um universo jurídico e político com múltiplos níveis e altamente segmentado. A proporcionalidade e a ponderação judicial parecem fazer a triagem dos interesses concorrentes com base nos seus "pesos" relativos e na busca de objetivos legítimos, prejudicando, o mínimo possível, a busca de outros objetivos. Portanto, a proporcionalidade e a ponderação judicial

36 A utilização pelo Tribunal da margem de apreciação foi severamente criticada por alguns no que ela teria de ineficaz e puramente político (cf. MAHONEY, 1998, p. 1). Mesmo que tais críticas sejam justificadas, a disponibilidade de tal ferramenta judiciária e seu potencial, se adequadamente empregada, apontam para um meio pluralista plausível para acomodar identidade e diferenças de maneira não hierárquica, em um contexto constitucional transnacional.

parecem particularmente bem adaptadas para avançar na implementação constitucional do *ethos* pluralista. A análise da proporcionalidade e o teste da ponderação judicial, que variam um pouco em sua formulação de um contexto constitucional a outro,[37] são reduzidos a dois requisitos fundamentais: que haja uma adequação dos recursos utilizados com o fim desejado, e que existe uma "ponderação" de interesses concorrentes em questão (ROSENFELD, 2006b, p. 2079-2150).

A proporcionalidade e a ponderação, enquanto ferramentas, podem contribuir para a harmonização e para a adaptação de convergências e de divergências (que são inerentes a um universo jurídico e político com diversos níveis e muito segmentado), principalmente de duas maneiras. Primeiro, recorrer ao mesmo teste em diferentes níveis e segmentos é susceptível de criar paralelos e uma mais robusta congruência. Em consequência, se as condições e as considerações práticas ligadas a um determinado assunto – ocorrido em um número considerável de entidades constitucionais – são essencialmente similares, submeter essa questão ao teste de proporcionalidade deveria conduzir a uma congruência geral dos resultados por meio de muitos sistemas constitucionais abrangidos. Por exemplo, se um grande número de juízes constitucionais determinasse que a atual "guerra contra o terrorismo" não justifica o recurso a poderes excepcionais ou de emergência (ou seus equivalentes funcionais) então outros juízes provavelmente seriam levados à mesma conclusão, na medida em que a norma constitucional se tornaria gradualmente a mesma dentro da maioria dos tribunais constitucionais (CÂMARA DOS LORDES DO PARLAMENTO INGLÊS, 2005, p. 99-101).[38]

A segunda principal maneira em que a proporcionalidade e a ponderação podem contribuir para isso é por meio da sua capacidade de serem utilizadas em todos os níveis e segmentos. Esse tipo de ponderação é muitas vezes realizado em repúblicas federais, como os Estados Unidos, onde os interesses federados são regularmente ponderados contra os interesses concorrentes do Estado.[39]

Proporcionalidade e ponderação podem, portanto, consolidar as congruências tanto horizontais como verticais, sem depender de uma hierarquia ou qualquer conciliação imposta por meio de entidades constitucionais. Além disso, pelo menos de um ponto de vista, o objetivo final de qualquer jurisdição constitucional deve ser o de submeter quaisquer controvérsias constitucionais à resolução, de acordo com as exigências do princípio da proporcionalidade (BEATTY, 2004, p. 159-188). Mesmo sem aderir a essa visão radical, a onipresença do

• • •

37 Comparemos, por exemplo, as diferenças de formulação (SUPREMA CORTE DO CANADÁ, 1986; SUPREMA CORTE DE ISRAEL, 2004).

38 Observando que o Reino Unido era o único país entre os então quarenta e seis Estados partes da CESDH a ter faltado com as obrigações que lhe incumbiam a tal respeito.

39 Cf. Suprema Corte dos EUA (1970) (balanço de um interesse legítimo de não discriminação de um dos Estados federados com relação ao encargo do livre curso do comércio nacional).

princípio da proporcionalidade garante a circulação de uma "moeda" processual comum a uma vasta maioria dos sistemas constitucionais contemporâneos. Finalmente, o resultado final da submissão de uma lei contestada a um procedimento de avaliação de sua adequação ao fim pretendido, e da ponderação, está destinado a depender de algumas variáveis externas ao padrão de proporcionalidade em si. Estes incluem, entre outros, os valores constitucionais, diferenças culturais, a prioridade dos interesses e compromissos ideológicos. Por exemplo, submetendo uma questão como o aborto a uma norma constitucional de proporcionalidade, o resultado final certamente mudaria se a pessoa morasse em um país como a Irlanda, onde existem objeções religiosas profundas contra o aborto, enraizadas na consciência nacional, ou em um país como o Japão, onde a atenção normativa dada à questão parece ser menor (BEATTY, 2004, p. 159-188). Submetendo essas variáveis materiais ao mesmo teste constitucional, o padrão de proporcionalidade evidencia tanto as semelhanças e as diferenças como a importância relativa às diferenças individuais dentro e através de sistemas constitucionais. Como já observado, isso não somente facilita a implementação de uma ordem constitucional adaptada ao *ethos* pluralista como também permite uma análise profunda e abrangente das identidades e das diferenças dentro e entre as esferas de regulamentação jurídica e constitucional.

Observações conclusivas: uma convergência não hierárquica entre o pluralismo jurídico e o pluralismo ideológico?

O estudo apresentado, apoiado tanto na hipótese da atração de um *nomos* pluralista como na exposição das vantagens pragmáticas de uma correspondência entre o pluralismo jurídico e político e seu equivalente ideológico, revelou que um ordenamento constitucional pluralista, para a comunidade política pós-westfaliana, não é apenas desejável, como também, a princípio, plausível. Tal ordenamento constitucional enfrenta complexidades assustadoras, que resultam de fenômenos de superposição e de segmentação em uma escala até então sem precedentes no âmbito do Estado-nação. Devemos também ter em mente que o pluralismo abrangente foi visto na discussão anterior como um ideal contrafatual expressivo. Como tal, o pluralismo abrangente sugere os tipos de mudanças necessários antes que um ordenamento constitucional apropriado possa ser colocado em prática. Essas mudanças exigidas podem realmente se materializar no futuro próximo? Ou a plausibilidade de princípio é, no final das contas, somente um lembrete contrafatual do caráter constitucionalmente intratável e incontrolável do impasse pós-westfaliano?

Tendo em mente que a plena realização do *ethos* pluralista deve permanecer um ideal, o que devemos almejar é uma aproximação razoável, que necessitaria de ainda mais tolerância para as dissonâncias e as não conformidades, do que foi argumentado acima. No entanto, mesmo com essas expectativas mais baixas, realizar o projeto de criar e manter um alinhamento aceitável entre o pluralismo jurídico e o pluralismo filosófico vai se revelar, no final das

contas, ser uma questão de sorte. Tal como foi salientado ao longo de todo este estudo, os requisitos de pluralismo sempre dependem do contexto. Além disso, embora a grande proliferação de sobreposições e segmentações crie múltiplas e novas áreas e arenas de ajuste mútuo, podem-se imaginar muitos cenários possíveis em que o empreendimento estaria condenado ao fracasso. Isso ocorreria se o alinhamento entre as variáveis fatuais conduzisse inevitavelmente a uma maximização das divergências, impedindo, desse modo, a existência de um mínimo de convergência necessário para projetos aceitáveis de ordenamento constitucional adequado. Ou, ainda, o fracasso seria provável se os compromissos normativos das várias partes contempladas permanecessem tão longe do *ethos* pluralista que lhes faltariam meios para fazer de um projeto de ordenamento constitucional aceitável de outra forma, o projeto deles.

Um desses cenários de fracasso seria a polarização da arena política mundial em uma luta intransigente entre jihadistas fanáticos e defensores de um mercado global livre, implementado de maneira agressiva. Isso impediria os liberais radicais contra os crentes de uma teocracia política generalizada, sem qualquer espaço para o ajuste ou a pluralidade. É claro que esse cenário é extremo. Entretanto, mesmo em cenários menos extremos, as ideologias e os interesses que qualquer ordenamento constitucional legítimo deveria levar em conta poderiam não produzir o nível mínimo de congruência requerido.

O segundo obstáculo possível – de natureza normativa – é diferente. Nesse caso a questão fundamental é a seguinte: o que pode manter a união dos projetos constitucionais transnacionais se rejeitarmos a viabilidade do patriotismo constitucional habermasiano? O que forneci, até aqui, é uma descrição pluralista de um sistema de ordenamento constitucional normativamente atraente, institucionalmente plausível, com múltiplas facetas e não hierárquico, projetado para uma comunidade política transnacional ou mundial. Contudo, quais benefícios incentivariam os indivíduos a se comprometer com tal sistema ou a dedicar sua energia para construí-lo e preservá-lo?

A última questão incomoda porque, exceto no caso de um pluralista militante, é difícil ver por qual motivo alguém estaria disposto a investir na arquitetura constitucional pluralista. Essa questão é colocada na proporção em que o pluralismo é concebido para permitir aos adeptos de outras concepções do bem persegui-las na medida do possível, encontrando o mínimo de obstáculos possível. Por consequência, de acordo com a preferência normativa do próprio pluralismo, cada ator jurídico e político abrangido, deveria se concentrar na busca dos níveis e dos segmentos mais adaptados para a continuidade da sua própria concepção do bem, independentemente de como o sistema como um todo se mantém e é mantido.

Para superar esse problema, é necessário que os que apoiam as várias concepções do bem, além do pluralismo, estejam convencidos de que a busca dos seus próprios objetivos será mais bem encorajada e apoiada dentro de um ordenamento constitucional pluralista. Enquanto não existir nenhum obstáculo fatual a isso – e quanto mais as sobreposições e segmentações forem importantes, e quanto menos o risco de tal obstáculo se tornar realmente um impedimento insuperável pareça provável – pode-se argumentar de modo convincente que um

modelo constitucional pluralista forneceria os melhores meios institucionais para alcançar os objetivos de primeira ordem de uma grande maioria dos atores da comunidade política.[40] Convencer os não pluralistas disso será uma questão de educação – não muito diferente, no fim das contas, da necessidade de educar o povo a respeito dos conceitos e valores do Iluminismo, a fim de criar o suporte necessário para constituições liberais concebidas para o Estado-nação westfaliano.

Se as pessoas pudessem ser assim educadas, a arena constitucional transnacional não teria necessidade de patriotismo constitucional habermasiano. A única exigência seria a de um compromisso intelectual, com base no interesse para com a arquitetura constitucional pluralista, junto com os mais intensos laços emocionais com alguns dos novos 'eu' e esferas criadas pela disposição constitucional de conjunto. Isso significa supostamente que haveria uma dissociação de um suporte normativo de atores jurídicos para a ordem constitucional pós-westfaliana: um suporte mais diluído, mais amplo, intelectual e fundado no interesse pelo modelo constitucional como um todo, associado a um compromisso mais profundo, mais intenso e sustentado com relação a determinadas áreas dentro do novo cenário constitucional. Nem todos os indivíduos em questão se engajariam ativamente em todas as áreas, mas o apoio cumulativo de todos os interessados se estenderia a todas as áreas. Então, não é surpreendente observar que isso refletiria o caráter não hierárquico e não unificado de uma ordem constitucional pluralista legítima.

Mesmo colocando a sorte do nosso lado, pode haver outros obstáculos para o sucesso de um modelo constitucional pós-westfaliano pluralista. O constitucionalismo não pode ter êxito sem a democracia e, como vimos, o pluralismo implica remeter certas decisões que afetam a comunidade política à deliberação republicana e às maiorias democráticas. Há pouca dúvida de que, no universo pós-westfaliano bastante expandido, a democracia deva ser repensada, novamente parametrizada e reimplantada. Tudo isso traz riscos e perigos que permanecem além do escopo deste estudo. Basta dizer, por enquanto, que a busca de uma ordem constitucional pluralista não hierárquica, unificada apenas intermitentemente, para o nosso universo jurídico e político pluralista de fato ampliado envolve muitos perigos e riscos. As probabilidades de sucesso podem ser um pouco incertas, mas não parece haver outra opção viável dado o impasse constitucional atual.

40 Isso é verdadeiro apoiando-se na suposição de que todo modelo constitucional contemporâneo autêntico concederia um mínimo de direitos fundamentais a cada ator jurídico no seio da comunidade política, de modo a, assim, impedir os indivíduos de simplesmente pisotear os outros que se opusessem à sua própria plenitude.

REFERÊNCIAS

BAUER, J. R.; BELL, D. A. (Eds.). *The East Asian challenge for Human Rights.* Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BEATTY, V. D. *The ultimate rule of law.* New York: Oxford University Press, 2004.

BERMANN, G. A. Taking subsidiarity seriously: federalism in the European community and the United States. *Colum. L. Rev.*, v. 94, n. 2, p. 331-456, 1994.

BOGDANDY, V. A. Von. Pluralisme, effet direct et une ultime remarque sur les relations entre droit international et droit constitutionnel interne. In: FABRI, H. Ruiz; ROSENFELD, M. (Eds.). *Repenser le constitutionnalisme à l'ère de la mondialisation et de la privatisation*. Paris: Société de législation compare, 2011. p. 75-92.

CÂMARA DOS LORDES DO PARLAMENTO INGLÊS. Secretaria de Estado do Ministério do Interior v. AF (2004) UKHL 56 [2005] 2 A.C.68, p. 99-101.

CEDH, V. Handyside c. Royaume Uni, Req. n. 5493/72, 7 de dezembro de 1976 (série A).

CJCE, Van Gend en Laos c. Administration fiscale néerlandaise, aff. 26/62, 1963, ECR. 1.

_____. Liselolle Hauer c. Land Rheinland-Pfalz, aff. C-44-79, 13 de dezembro de 1979, E.C.R. 3727.

CORTE CONSTITUCIONAL DA ITÁLIA. Frontini v. Ministero delle Finanze, Cortecost., 1974, CMLR. 372, § 2i (it.).

DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

DORSEN, V. N. et al. *Comparative constitutionalism*: cases and materials. Saint Paul: West, 2003.

DWYER, J. A. *The new dictionary of catholic social thought*. Collegeville: Liturgical Press, 1994.

FARBER, V. D.; SHERRY, S. *A history of the American Constitution.* 3. ed. New York: Thomson West, 2005.

FASSBENDER, V. B. The United Nations charter as constitution of the international community. *Colum. J. Transnat'l L.*, v. 36, n. 3, p. 529-620, 1998.

GARLICKI, V. L. La coopération entre les cours: le rôle des juridictions supranationales en Europe. *Int'l J. Const. L.*, v. 4, p. 205-228, 2006.

HABERMAS, V. J. Citoyenneté et identité nationale. Réflexions sur l'avenir de l'Europe. In: LENOBLE, J.; DEWANDRE, N. (Dir.). *L'Europe au soir du siècle*. Identité et démocratie, Paris, Esprit, 1992 (Après l'Ètat-nation. Une nouvelle constellation politique. Paris: Fayard, 2000. p. 17-38).

HAMANN, V. A.; FABRI, H. Ruiz. Réseaux transnationaux et constitutionalisme. In: FABRI, H. Ruiz; ROSENFELD, M. (Eds.). *Repenser le constitutionnalisme à l'ère de la mondialisation et de la privatisation*. Paris: Société de législation comparée, 2011. p. 173-204.

HART, V. H. L. A. *Le concept de droit*. Trad. KERCHOYE, M. van de. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

HUNTINGTON, S. P. The clash of civilisation and the remaking of world order. Simon & Schuster: 1996.

JANIS, M.; KAY, R.; BRADLEY, A. *European Human Rights Law*: text and materials, Oxford: Oxford University Press, 1995.

JOHNSTON, R. J. The conflict over qualified majority voting in the European Union Council of Ministers: An analysis of the UK negotiating stance using power indices. *Brit. J. Pol. Sci.*, v. 25, n. 2, p. 245-254, 1995.

KELSEN, V. H. *Théorie générale du droit et de l'État*. Trad. FAURE, V. Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris: 1997.

KOMMERS, D. R. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1997.

KUCUKCAN, V. T. State, Islam, and religious liberty in modem Turkey: reconfiguration of religion in the public sphere. *Brigham Young Univ. L. Rev.*, v. 2003, n. 2, p. 475-506, 2003.

MAHONEY, P. Marvelous richness of diversity or invidious cultural relativism? *Hum. Ris. L. J.*, v. 19, n. 1, p. 1-6, 1998.

MANCINI, S. Repenser les frontières de la sécession démocratique: libéralisme, nationalisme et droit des minorités à l'autodétermination. In: DORSEN, V. N. et al. *Comparative constitutionalism*: cases and materials. Saint Paul: West, 2003. p. 261-298.

MANCINI, V. G. F. *Democracy and constitutionalism in the European Union*: collected essays. Oxford: Hart Publishing, 2000.

MEESE, E. Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 979-990, 1986-1987.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). Acordo de Marrakech que institui a Organização Mundial de Comércio, 15 de abril de 1994(a), 1867 RTNU 154, 33 I.L.M., p. 1144. Disponível em: <http://www.wto.org/french/docs_f/iegal_f/04-wto_f.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Ata final retomando os resultados das Negociações comerciais multilaterais do Ciclo do Uruguai, 15 de abril de 1994(b), art. 3.2, 1867 RTNU 3, 33 I.L.M. 1125, p. 1199-1200. Disponível em: <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/03-fa_f.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração universal dos direitos do homem, GA Rés. 217(111), UN GAOR, 3ª Sessão, Supp. n. 3, Doc. A/810, 10 de dezembro de 1948.

_____. Alto Comissariado das Nações Unidas dos direitos humanos. Reservas e ratificações. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>. Acesso em: 20 out. 2018.

PATRONO, V. M. The political unity of Europe: a dream, or a reality in the making? *Victoria Univ. Wellington. L. Rev.*, v. 35, p. 329-334, 2004.

POPPER, V. K. *La société ouverte et ses ennemis*. Trad. BERNARD, J. Ph. MONOT. Paris: Éditions du Seuil, 1979. t. 2, n. 4.

RICOEUR, V. P. *Soi-même comme un autre*. Paris: Éditions du Seuil, 1990.

ROSENFELD, V. M. *Les interprétations justes*. Bruxelles: Bruylant/Paris: LGDJ, 2001.

_____. Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U. S. Supreme Court. *Int'l J. Const. L.*, v. 4 n. 4, p. 618-651, 2006a.

_____. The European treat-constitution and constitutional identity: a view from America. *Int'l J. Const. L.*, v. 3, n. 2-3, p. 316-331, 2005.

_____. Judicial balancing in times of stress: comparing the American, British and Israeli approaches to the War on Terror. *Cardozo L. Rev.*, v. 27, n. 5, p. 2079-2150, 2006b.

ROUSSEAU, J. J. *Du contrat social* (1762). Paris: Flammarion, 2001.

SLAUGHTER, V. A. M. A typology of transjudicial communication. *U. Rich. L. Rev.*, v. 29, n. 1, p. 99--138, 1994.

SUPREMA CORTE DO CANADÁ. Corte Suprema canadense, Regina v. Oakes, 1986, 1 SCR 103.

_____. Regina v. Adams, 1996, 3 SCR 101.

_____. Reference re Secession of Quebec, 1998, 2 SCR 217.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Brown v. Secretaria de Educação, 547 U. S. 483 (1954).

_____. Caso Pike v. Bruce Church, Inc, 1970, 397 U. S. 137.

SUPREMA CORTE DE ISRAEL. Caso Conselho da Aldeia de Beit Sourik v. Governo de Israel, HCJ 2056/04, 2004, IsrSC 58(5) 807.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. Bundesverfassungsgericht, *Solange I*, 29 de maio de 1974, 37 BVerfGE27.

_____.Bundesverfassungsgericht, *Solange I*, 29 de maio de 1974, 37 BVerfGE 271, § 24 (F.R.U.).

_____. Bundesverfassungsgericht, *Solange II*, 22 de outubro de 1986, 73 BVerfGE 339, p. 35-36.

_____. Bundesverfassungsgericht, Crucifixo na escola, 16 de maio de 1995, 93 BVerfSE 1.

_____. Bundesverfassungsgericht, Farmácias, 11 de junho de 1958, 7 BVerJGE 377.

_____. Caso Televisão I do Bundesverfassungsgericht, 28 de fevereiro de 1961, 12 BVerfGE 205.

_____. Caso Tratado de Maastricht do Bundesverfassungsgericht, 12 de outubro de 1993, 89 BVerfGE 155.

WALKER, V. N. Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales: cartographie du désordre global des ordres normatifs. In: LENOBLE, J.; DEWANDRE, N. (Dir.). *L'Europe au soir du siècle*. Identité et démocratie. Paris: Esprit, 1992 (Après l'Ètat-nation. Une nouvelle constellation politique, Fayard, Paris: 2000. p. 45-73).

WALTERS, V. R. S. Contrary-to-fact conditional. In: EDWARDS, P. et al. (Eds.) *The encyclopedia of philosophy*. Macmillan, 1967. v. 2.

WILHOIT, F. *The politics of massive résistance*. New York: George Braziller, 1973.

Michel Rosenfeld

Professor de Direito e de Democracia Comparativa, Professor Ministro Sidney L. Robins de Direitos Humanos e Diretor do Programa sobre Teoria Constitucional Comparativa e Global na Escola de Direito Benjamin N. Cardozo da Universidade Yeshiva, Nova Iorque.

mrosnfld@yu.edu

Tradutor: *Marcelo Figueiredo*

Professor Associado de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), onde também foi Diretor do Curso de Direito. Advogado.

mfigueiredo@mfaa.com.br

V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

31

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

ISSN 2317-6172
9 772317 617004