



Universidade
de Itaúna

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW



REVISTA CONFRONTOS
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Itaúna – Minas Gerais – Brasil
Publicação semestral

Ano II, Número 2 – jan. a jul.
2020 ISSN 2675-260X



Universidade
de Itaúna

Itaúna

2020

REVISTA CONFRONTOS
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW
Itaúna – Minas Gerais – Brasil
Publicação semestral
Ano II, Número 2 – jan-jul. 2020
ISSN 2675-260X

EDITORES

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, UIT,
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira
Pedrosa Morais, UIT, Itaúna, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Alejandro González-Varas
Ibáñez, Universidad de Zaragoza,
Espanha.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de
Tomaz, UNIT, Aracaju, Brasil.

Profª Dra. Cleide Calgaro, USC, Caxias
do Sul, Brasil

Prof. Dr. Erivaldo Moreira Barbosa,
UFCG, Campina Grande, Brasil.

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva
Filho, UEA/UFAM, Manaus, Brasil

Profª Dra. Flávia Piva Almeida Leite,
UNESP, São Paulo, Brasil.

Prof. Dr. Gonçalo S. de Melo Bandeira,
IPCA, Barcelos, Portugal.

Profª Dra. Giulia Parola, UFF, Rio de
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira
da Gama, UERJ/Estácio de Sá, Rio de
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Gustavo Oliveira Vieira,
UNILA, Foz do Iguaçu, Brasil.

Prof. Dr. Heron José de Santana
Gordilho, UFBA, Bahia, Brasil.

Prof. Dr. Jahyr-Philippe Bichara,
UFRN, Natal, Brasil.

Profª Dra. Jamile Bergamaschine Mata
Diz, UIT/UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Jean-Marc Sorel,
UniversitéPanthéon-Sorbonne,
Paris, França.

Prof. Dr. José Luis Bolzan de Morais,
UIT/ESDHC, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Ribas Vieira,
UFRJ/PUC-Rio, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Juarez Freitas,
UFRGS/PUC/RS, Porto Alegre, Brasil.

Prof. Dr. Lucas Carlos Lima, UFMG,
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de
Araújo, UNICAP, Recife, Brasil.

Profª Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi,
UFPEL, Pelotas, Brasil.

Profª Dra. Maria Cláudia da Silva
Antunes de Souza, UNIVALI, Itajaí,
Brasil.

Profª Dra. Marta Carolina Gimenez
Pereira, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Velten, UFES, Vitória,
Brasil.

Prof. Dr. Pedro Curvello Saavedra
Avzaradel, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Rafael Costa Freiria,
UNICAMP, Campinas, Brasil.

Prof. Dr. Rubens Beçak, USP, São Paulo,
Brasil.

Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves,
USC, Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Dr. Tagore Trajano de Almeida
Silva, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli,
UIT/UFMT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti, UEA/
UFAM, Manaus, Brasil.

Profª Dra. Vasilka Sancin, Universidade
de Liubliana, Eslovênia.

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo,
UNIMAR, Marília, Brasil.

QUADRO DE PARECERISTAS

Prof. Dr. André Cordeiro Leal, FUMEC,
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Arnaldo de Souza Ribeiro,
UIT, Itaúna, Brasil

Profª Dra. Carla Ribeiro Volpini, UIT,
Itaúna, Brasil.

Profª Dra. Cintia Garabini Lages, UIT,
Itaúna, Brasil.

Profª Dra. Edilene Lobo, UIT, Itaúna,
Brasil.

Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende,
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa, UIT,
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Emilio Medauar Ommati,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Magno Federici Gomes,
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago,
IDP, Brasília, Brasil.

Profª Dra. Miracy Barbosa de Sousa
Gustin, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de
Almeida, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagundes,
UFSC, Florianópolis, Brasil.

Profª Dra. Renata Mantovani de Lima,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona
Freitas, FUMEC, Belo Horizonte, Brasil.

Profª Dra. Wânia Guimarães Rabêllo de
Almeida, PUC-Minas,
Belo Horizonte, Brasil.

Diagramação: Lucila Pangrácio Azevedo

Capa: Waneska Diniz

Foto Capa: Vitória de Samotrácia
(Museu do Louvre, Paris)

Edição: Conhecimento Editora

Contatos

31.98309-7688 (whatsapp)

31.98847-8910 (whatsapp)

conhecimentojuridica@gmail.com

marcos@conhecimentolivrraria.com.br

www.conhecimentolivrraria.com.br

EDITORIAL

Com fluxo contínuo e periodicidade semestral, a Revista Confrontos – Confrontos Journal of Law, vol. 2, jan.-jul., 2020 é um projeto do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, sob a nova gestão do Professor Doutor Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes que tem como objetivo promover o diálogo multidisciplinar entre as linhas de pesquisa Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais e Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais com as demais áreas das Ciências Sociais Aplicadas, seja por intermédio de artigos, ensaios, entrevistas ou resenhas com impactos no âmbito regional, nacional e internacional.

Publicamos nesta edição 04 (quatro) artigos, sendo o primeiro intitulado **O déficit democrático das políticas públicas de combate à biopirataria no Brasil** da lavra do Professor Doutor Rubens Beçak do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e Eleitoral da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto e do mestre Guilherme de Siqueira Castro; o segundo artigo com o título **A sociedade de consumo e a moda: a disciplina do sujeito na modernidade** de autoria dos Professores Doutores Cleide Calgaro e Agostinho Oli Koppe Pereira do PPGD – Mestrado e Doutorado da Universidade de Caxias do Sul-UCS; o terceiro artigo aborda a questão da **La dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico en las patentes farmacéuticas: la experiencia mexicana y argentina en un repensar pandémico** como resultado do trabalho de pesquisa da Professora Doutora Marta Carolina Giménez Pereira do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia-UFBA e da mestre Mirtha Lorena Giménez Pereira. Por último, o quarto artigo com o verbete **A eficácia socioambiental do modelo de concessão pública na prestação do serviço de abastecimento de água no município de Manaus à luz da teoria de Elinor Ostrom: reabilitando os ‘commons’** da

Professora Doutora Gláucia Maria de Araújo Ribeiro do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade Estadual do Amazonas-UEA e do mestrando Pedro Cintra Machado.

Agradecemos mais uma vez aos nossos autores e avaliadores pela colaboração e confiança e pelo excelente trabalho realizado. Sem o empenho e dedicação de vocês, esta edição não seria possível.

Lembramos que as submissões para a **Revista Confrontos – Confrontos Journal of Law** são permanentes e devem ser encaminhadas para o e-mail: deiltonribeiro@uit.br

Aos leitores, uma boa leitura!

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

Editores

FOCO E ESCOPO

A *Revista Confrontos* é uma publicação semestral apoiada pelo PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG que tem por finalidade divulgar artigos científicos, artigos de reflexão e resenhas cujo conteúdo afine-se com as seguintes linhas de pesquisas:

Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais

Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais

Os artigos ou trabalhos inéditos serão publicados em português, inglês, italiano, francês ou espanhol. Todos os trabalhos submetidos à *Revista Confrontos* são avaliados, em primeiro lugar, pelos editores, que examinam a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, cada texto foi enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade de autor e avaliadores, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer a ser disponibilizado ao autor do trabalho.

FORMATO E NORMAS EDITORIAIS

Extensão: O texto deverá ter extensão máxima de 20 a 22 páginas, com espaçamento de 1,5, incluídas referências bibliográficas e notas. **O título (no idioma original e em Inglês) devem conter no máximo 240 caracteres incluindo espaços.**

Imagens: se o artigo contiver imagens fotográficas e/ou desenhos gráficos, esses deverão ser encaminhados em formato original (.jpeg, .png, .tiff) e em arquivos separados (não inseridos no interior do próprio texto), **com resolução mínima de 300 dpi.** No arquivo referente ao texto, deverá ser indicado através da inserção das **legendas (no idioma do artigo e também em Inglês)**, o local aproximado onde devem ser inseridas as figuras, gráficos, tabelas e/ou quadros.

Citações: as citações no interior do texto devem obedecer às seguintes normas:

- a. Um autor: (Leipnitz, 1987);
- b. Dois autores: (Turner e Verhoogen, 1960);
- c. Três ou mais autores: (Amaral et al., 1966);
- d. Trabalhos com o(s) mesmo autor(es) e mesma data devem ser distinguidos por **letras minúsculas logo após a data.** Ex: (Amaral, 2008a) (Amaral, 2008b);

Apresentação das citações:

Citações com **menos de três linhas** deverão ser **incorporadas ao texto entre aspas;**

Citações com **mais de três linhas** deveram ser apresentadas **em parágrafo isolado, com espaçamento simples entre as linhas, corpo de 11 pt e recuo de 4 cm** da margem esquerda do texto.

Notas de rodapé: As notas de rodapé devem ser usadas de forma **parcimoniosa.** Somente são permitidas notas de rodapé

explicativas e **não são permitidas notas que contenham apenas referências. Estas deverão estar listadas, ao final do texto, no item ‘Referências’.**

Não utilize as expressões *op. cit;* *ibid;* *ibidem;* *id;* *idem;*

Não utilize a expressão *apud*, dê preferência pelo emprego da expressão *in*.

A matéria dos originais deverá conter, na seguinte ordem:

Título do texto: Título no idioma do artigo e em Inglês. Se o artigo for **redigido em Inglês deve apresentar também o título em Português. Com no máximo 240 caracteres com espaço.**

Resumos: no idioma do artigo e em inglês, em um único parágrafo, com até 20 linhas, acompanhado de três palavras-chave. Nos casos em que o **artigo é escrito em inglês, solicita-se também a apresentação de resumo e palavras-chave em português.**

Texto completo do artigo: formatado em Times New Roman, 12 pt, espaçamento 1,5.

Referências: as referências bibliográficas e de outra natureza devem ser listadas ao final do texto, em ordem alfabética, em 12 pt, espaçamento simples, como nos modelos abaixo:

Artigos em periódico:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *Título do periódico*, **volume** (número/fascículo): pág inicial-pág final.

Ex.: JULIO-CAMPUZANO, A. 2009. Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 1(2):8-20.

Artigos relativos a eventos:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do trabalho. *In:* Nome do Congresso (Encontro, Simpósio, etc.), nº, cidade, ano. *Anais...* Cidade, Sigla. **volume:**pág inicial-pág final.

Ex.: SALDANHA, J.M.L.; ESPINDOLA, A.A.S.; BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2008. A superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais ‘estruturais’ e ‘metodológicas’: uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In:* XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília, 2008. *Anais...* Brasília, Fundação Boiteux. 4310-4333.

Artigos em coletânea:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (org.), *Título da coletânea*. Cidade, Editora, p. pag inicial-pág final.

Ex.: GRANDO, A. 2003. Os reality shows. *In:* V. HOEWELL (org.), *Coletânea GT Produção de sentido nas mídias*. Pernambuco, UNICAD, p. 75-81.

Livros:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título do livro*. ed., Cidade, Editora, total de páginas p.

Ex.: FERRAJOLI, L. 2003. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 116 p.

Capítulos de livros:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do capítulo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (ed.), *Título do livro*. Cidade, Editora, p. pag inicial-pág final.

Ex.: CANÇADO TRINDADE, A. A. 2000. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, L. F. PIOVESAN, F. (Coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, p. 103-152.

GADAMER, H.G. 1991. Problemas de la razón práctica. In: H.G. GADAMER (ed.), *Verdad y metodo II*. Salamanca, Sígueme, p. 293-308.

Dissertações e Teses:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título da tese*. Cidade, Sigla do Estado. Tipo de tese (mestrado, doutorado). Universidade, número total de páginas p.

Ex.: LUCAS, D.C. 2008. *Direitos Humanos e Interculturalidade: um Diálogo entre a Igualdade e a Diferença*. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 266 p.

Citações de Sites e textos eletrônicos:

Caso seja possível identificar os autores de textos eletrônicos, a referência deve ser feita do seguinte modo:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: LENKER, A.; RHODES, N. 2007. Foreign Language Immersion Programs: Features and Trends Over 35 Years. Disponível em: <http://www.cal.org/resources/digest/flimmersion.html>. Acesso em: 28/04/2007.

* Neste caso, no corpo do texto, a referência é identificada por (Lenker e Rhodes, 2007).

Se não for possível identificar os autores de textos eletrônicos, deve-se fazer a referência do seguinte modo:

FONTE/SITE. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: GLOBO ONLINE, O. 2006. Brasil será o país com mais sedes do Instituto Cervantes. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2006/10/25/286393283.asp>. Acesso em: 05/04/2008.

* No corpo do texto a citação será (O Globo Online, 2006).

Jornais e revistas, órgãos e instituições:

Todos os textos de jornais e revistas devem constar nas referências bibliográficas. Caso haja autor explícito, a referência é feita pelo seu sobrenome:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Sessão (Coluna, etc.). Cidade, dia mês (abreviado).

Ex.: MICELLI, S. 1987. Um intelectual do sentido. Folha de S. Paulo. Caderno Mais! São Paulo, 7 fev.

* No corpo do texto, indica-se (Micelli, 1987).

Caso não haja um autor e o texto seja de responsabilidade do órgão, faz-se a referência assim:

Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Ano de publicação. Título do texto. Cidade, dia mês (abreviado), p. número da página.

Ex.: CORREIO DO POVO. 1945. Os métodos objetivos de verificação que empregamos no RS. Porto Alegre, 5 out., p. 14.

* No corpo do texto, indica-se (Correio do Povo, 1945).

ESCREVEM NESTE NÚMERO

AGOSTINHO OLI KOPPE PEREIRA

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2002). Pós-doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1986). Especialista em Metodologia do Ensino e da Pesquisa Jurídica pela Universidade de Caxias do Sul (1984). Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (1978). Atualmente é professor colaborador na Universidade de Passo Fundo – UPF, atuando no Curso de Mestrado em Direito. Professor da UNIFTEC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Consumidor, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito, Direito do Consumidor, Teoria Geral do Direito, Direito Ambiental e Novos Direitos. É participante do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2939-7534>. CV: <http://lattes.cnpq.br/5863337218571012>. E-mail: agostinho.koppe@gmail.com

CLEIDE CALGARO

Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, na condição de taxista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul-UCS e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade

Federal da Paraíba-UFPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara. É membro do Comitê Assessor de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS: Membro Titular (2019-2021). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

GLÁUCIA MARIA DE ARAÚJO RIBEIRO

Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Ambiental (UEA). Advogada e Professora da Universidade do Estado do Amazonas e PPGDA, na área de Direito Administrativo e Administrativo Ambiental.

GUILHERME DE SIQUEIRA CASTRO

Mestre em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP / USP. Contato: guicastro@usp.br

MARTA CAROLINA GIMÉNEZ PEREIRA

Doctora en Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. Pos-Doctora en Derecho, PNPD CAPES PPGD IMED, Brasil. Profesora Investigadora Visitante en Universidad Federal da Bahía integrante del Cuadro Permanente del Programa de Posgrado en Derecho (PPGD UFBA), Brasil. Email: magipe@hotmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6905306640861147>>

MIRTHA LORENA GIMÉNEZ PEREIRA

Master en Ciencias Veterinarias con énfasis en Salud Pública Veterinaria y Epidemiología, Massey University, Nueva Zelandia. Email: superoddie@hotmail.com

PEDRO CINTRA MACHADO

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Amazonas (UEA)

RUBENS BEÇAK

Professor de Graduação e Pós-graduação da FDRP-USP. Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo USP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Pós-graduação). Foi Secretário Geral da Universidade de São Paulo. Professor visitante da Universidad de Salamanca no curso Masteren Estudios Brasileños.

Contato: prof.becak@usp.br.

SUMÁRIO

1 O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À BIOPIRATARIA NO BRASIL

THE DEMOCRACY DEFICIT OF PUBLIC POLICIES FOR COMBATTING BIOPIRACY IN BRAZIL

Rubens Beçak

Guilherme de Siqueira Castro 1

2 A SOCIEDADE DE CONSUMO E A MODA: A DISCIPLINA DO SUJEITO NA MODERNIDADE

THE CONSUMER SOCIETY AND FASHION: THE DISCIPLINE OF THE SUBJECT IN MODERNITY

Cleide Calgato

Agostinho Oli Koppe Pereira 29

3 LA DINÁMICA INCLUSIVA DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO EN LAS PATENTES FARMACÉUTICAS LA EXPERIENCIA MEXICANA Y ARGENTINA EN UN REPENSAR PANDÉMICO

THE INCLUSIVE DYNAMICS OF TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT IN PHARMACEUTICAL PATENTS THE MEXICAN AND ARGENTINE EXPERIENCE IN A PANDEMIC RETHINKING

Marta Carolina Giménez Pereira

Mirtha Lorena Giménez Pereira 57

4 A EFICÁCIA SOCIOAMBIENTAL DO MODELO DE CONCESSÃO PÚBLICA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA NO MUNICÍPIO DE MANAUS À LUZ DA TEORIA DE ELINOR OSTROM: REABILITANDO OS “COMMONS”

THE SOCIO ENVIRONMENTAL EFFECTIVENESS OF THE PUBLIC CONCESSION MODEL IN THE DELIVERY OF WATER SUPPLY SERVICE IN THE CITY OF MANAUS ACCORDING TO THE ELINOR OSTROM THEORY: REHABILITATING THE COMMONS

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro

Pedro Cintra Machado..... 89

1

O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À BIOPIRATARIA NO BRASIL¹

THE DEMOCRACY DEFICIT OF PUBLIC POLICIES FOR COMBATTING BIOPIRACY IN BRAZIL

Rubens Beçak

Professor de Graduação e Pós-graduação da FDRP-USP. Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo USP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Pós-graduação). Foi Secretário Geral da Universidade de São Paulo. Professor visitante da Universidad de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños.

Contato: prof.becak@usp.br.

Guilherme de Siqueira Castro

Mestre em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP / USP.

Contato: guicastro@usp.br.

¹ Este trabalho teve versão preliminar apresentada para publicação em obra coletiva da Faculdade de Direito da Universidade de Castilha La Mancha (Toledo-Espanha), atualmente no prelo. A presente versão encontra-se revista, atualizada e ampliada.

RESUMO

O objetivo do presente artigo é avaliar a participação democrática no desenho e execução de políticas públicas de combate à biopirataria no Brasil, especialmente no que tange ao uso, sem o devido consentimento, dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético dos povos indígenas, quilombolas e agricultores tradicionais. A hipótese dos autores é que a inobservância de procedimentos deliberativos na construção do marco regulatório de acesso ao patrimônio genético no Brasil permite a declaração judicial de nulidade da Lei n.º 13.123/2015, com base no artigo 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Palavras-Chave: Deliberatividade; Povos tradicionais; Patrimônio genético; Biodiversidade

ABSTRACT

The purpose of this article is to evaluate democratic participation in the design and implementation of public policies to combat biopiracy in Brazil, especially with regard to the use, with out proper consent, of tradition alknowledge associated with the genetic heritage of indigenous peoples, quilombolas and traditional farmers. The hypotheis of the authors is that the e non-observance of deliberative procedures in the construction of the regulatory frame work for access to genetic heritage in Brazil allows the judicial declaration of nullity of Law n. 13.123/2015, based on Article 6 of Convention 169 of the International Labour Organization - ILO.

Keywords: Deliberativeness; Traditional peoples; Genetic heritage; Biodiversity.

Sumário

Introdução. 2. Marco teórico. 3. Conceitos básicos. 4. A necessidade de uma mudança de paradigma na tutela do patrimônio genético. 5. O déficit democrático das políticas públicas de uso e acesso da biodiversidade brasileira. 6. Da sub-representação das organizações indígenas e de agricultores tradicionais no plenário do CGen. Considerações finais. Referências.

Recebido em: 10.02.2020

Aceito em: 15.05.2020

INTRODUÇÃO

A proteção do meio ambiente é um tema de relevância constitucional que abarca a proteção da fauna, flora, ecossistema e processos ecológicos. Para a manutenção do meio ambiente equilibrado, a Constituição Federal do Brasil impõe, ainda, a proteção da diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, conforme artigo 225, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, algumas estimativas afirmam que o país concentra 13% do biota mundial (BRANDON et al, 2005, p. 07). A biodiversidade brasileira está espalhada por diferentes biomas, tais como mata atlântica, caatinga, cerrado, pampas, pantanal e floresta amazônica, o que implica em uma rica variedade taxonômica: por volta de 400 (quatrocentos) vírus, 900 (novecentos) bactérias, 14.000 (quatorze mil) fungos, 49.000 (quarenta e nove mil) plantas e 136 (cento e trinta e seis mil) espécies animais (LEWINSOHN e Prado, 2005, p. 39).

Tamãha diversidade biológica tem potencial industrial e tecnológico na área de fármacos, alimentação e cosmética.

A falta de arranjos produtivos / científicos locais associada com o descaso do Poder Público na preservação e fiscalização do meio ambiente colocam em risco o patrimônio genético nacional. Infelizmente, durante anos, o Brasil sofreu com uma série de atos de biopirataria. A casuística é grande, envolve a venda de sementes, frutos e animais brasileiros no exterior. Inclui, ainda, o patenteamento de recursos genéticos,² sem autorização do governo brasileiro.

Nesta toada, o caso emblemático é o do patenteamento da pilocarpina pela Merck, multinacional alemã do ramo farmacêutico, em 1991. A pilocarpina é encontrada no arbusto conhecido como jaborandi (*pilo carpus microphyllus*). A pilocarpina é um alcalóide usado na oftalmologia para contração da pupila, importante em certos procedimentos cirúrgicos, também é usada no tratamento de certos tipos de glaucoma e, em 1994, foi aprovada pela *Food and Drug Administration (FDA)* norte-americana para o tratamento de xerostomia de pós-irradiação (boca seca) em pacientes com câncer de cabeça e de pescoço.

Ocorre que o uso do jaborandi para aumentar a produção de suor e salivagem não decorreu de pesquisas da multinacional alemã, mas do uso não autorizado do conhecimento tradicional dos índios tupi-guarani sobre a folha do jaborandi, denominada desde tempos imemoriais como planta que faz babar ((PINHEIRO, 2002, 142).

Por outro lado, o uso do recurso biológico não foi autorizado pelo governo brasileiro e os benefícios resultantes da pesquisa e comercialização da pilocarpina não são compartilhados com o

² Segundo o artigo 2º, inciso I, da lei n.º 13.123/2016, patrimônio genético é a informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos.

sistema público de saúde, que paga pelo uso da droga, tampouco o uso do conhecimento dos índios tupi-guarani se reverteu em alguma remuneração em proveito das comunidades.

Em linhas gerais, o desenvolvimento de novos remédios, sementes e técnicas de cultivo por empresas multinacionais, a partir do acesso sem autorização ao conhecimento dos povos indígenas e agricultores tradicionais sobre as propriedades de plantas e microrganismos localizados em países periféricos como o Brasil, reforça uma divisão desigual da riqueza e coloca em risco o uso da biodiversidade para futuras gerações.

A prática da biopirataria fortalece uma especialização produtiva injusta entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Os países em desenvolvimento ficam submetidos ao papel de fornecedores de matéria prima e eternos compradores de tecnologia dos países desenvolvidos. A mais valia deste arranjo econômico impede o avanço econômico-social dos países periféricos.

Em segundo lugar, o uso do conhecimento tradicional de índios, quilombolas e agricultores tradicionais, sem o devido reconhecimento e consentimento, incentiva a exploração predatória da biodiversidade e a invasão de terras indígenas e quilombos para acesso a matéria prima. No Brasil, o saldo é o incremento de conflitos fundiários, como bem ilustra o litígio constitucional envolvendo a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (BRASIL, 2009), e a elaboração de teses racialistas que reforçam estereótipos de vagabundagem e incompetência de índios e quilombolas.

Ocorre que não é possível o desenvolvimento sustentável que se fizer sem ou contra os índios e quilombolas, onde eles se encontrem instalados por modo tradicional. O desenvolvimento deve ser ecologicamente equilibrado, humanizado e

culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena, quilombola e de outras comunidades tradicionais brasileiras.

Neste cenário, é possível inferir que a biopirataria é um problema socialmente relevante no Brasil, que demanda uma ação planejada e coordenada entre governo e todos os segmentos da sociedade diretamente afetados. Dito de outro modo, um arranjo regulatório de exploração sustentável do patrimônio genético da biodiversidade brasileira implica em participação democrática, especialmente das comunidades indígenas e quilombolas detentoras dos conhecimentos tradicionais associados ao uso do patrimônio genético, nos termos da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais (BRASIL, 2004).

2 MARCO TEÓRICO

Para efeitos deste trabalho, adotamos o conceito de políticas públicas como programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados visando coordenar os meios à disposição dos Estados e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006, p. 39).

Do referido conceito de políticas públicas extrai-se a conclusão que a política pública normalmente se expressa por meio de processos / procedimentos. Aqui se utiliza o vocábulo processo em sentido amplo e polissêmico, não se confundindo com o processo judicial. A processualidade das políticas públicas decorre da visão sociológica de que a sociedade pós-moderna é inerentemente conflitiva e o Estado é o *locus* onde a grande maioria desses conflitos serão dirimidos. A ideia de processo em políticas

públicas liga-se à noção de história institucional da decisão (BUCCI, 2011, p. 129). A processualidade é uma espécie de racionalização da ação governamental desde a detecção do problema, desenvolvimento e implementação de ações, até o aprendizado institucional e replicação das ações em outros setores.

Na tradição dos estudos sobre democracia, o processo (em sentido amplo) é uma condição básica para que qualquer disputa social possa ser levada a termo sem recorrer a um modelo de coação, valendo-se de um modelo procedimental que engaja as diversas partes do conflito na solução mediante a oferta de certeza de que será tomada uma decisão, com a participação de todos interessados, cujo resultado inicial é incerto ou imprevisto as partes (v. g. processo eleitoral). Deste modo, o processo democrático engaja os diversos atores envolvidos a contribuir na formação da decisão, resultado legítimo do procedimento participativo.

Neste sentido, a deliberatividade é um elemento fulcral para a tomada de decisões no processo democrático (BEÇAK, 2014, p.84). Não existe um modelo teórico unificado da deliberação, mas é possível destacar alguns requisitos comuns de experiências existentes no Brasil e no exterior: os agentes envolvidos estão cometidos nos valores da racionalidade e da imparcialidade, os afetados pela decisão podem tomar parte no processo de deliberação diretamente ou por meio de seus representantes e, finalmente, uma mentalidade dialógica, ou seja, disposição de rever ou alterar crenças, pensamentos e preferências (BEÇAK, 2014, p. 77/78).

3 CONCEITOS BÁSICOS

Antes de adentrar na questão da participação democrática, imperativo se faz uma breve introdução aos conceitos básicos

sobre biopirataria, patrimônio genético, repartição de benefícios e comunidades tradicionais.

A definição mais comum de biosfera é dada como o conjunto de todos os ecossistemas do planeta Terra. Entretanto, a biosfera é mais do que um coletivo de ecossistemas. Cuida-se de uma plataforma de informação que disciplina a vida no planeta, baseada em um código específico: o código DNA – ácido desoxirribonucleico (GLEICK, 2011, p. 295).

A possibilidade de manipulação das informações genéticas implica em dilemas científicos e regulatórios da tecnologia aplicada a vida. O ser humano interfere nessas interações informacionais desde o neolítico, período de desenvolvimento da agricultura, com a domesticação de animais, cruzamento de espécies vegetais, seleção de grãos e técnicas de cultivo do solo. Todavia, a biotecnologia do século XXI e suas técnicas de engenharia genômica representam uma verdadeira revolução com implicações éticas, ecológicas e socioeconômicas.

Nesse sentido, explica-se o motivo do legislador brasileiro definir patrimônio genético como “informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos”, conforme artigo 2º, inciso I, da Lei n.º 13.123/2015.

A Lei n.º 13.123/2015 foi instituída para disciplinar o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios decorrentes desses bens ambientais. A edição da referida lei regulamenta o artigo 225, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que incumbe ao Estado brasileiro o dever de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e

fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

Em tese, a referida lei estabelece uma política pública de controle da biotecnologia no Brasil, ao regular o uso e acesso da informação genética presente na flora e na fauna brasileira, bem como protege os conhecimentos tradicionais sobre as mesmas, construídos coletivamente e transmitidos de geração a geração pelas comunidades indígenas, quilombolas, ribeirinhas e de agricultores tradicionais. Ao regular o uso da sua diversidade ecológica, o Estado brasileiro pretendeu oferecer uma resposta adequada ao fenômeno da biopirataria.

Ocorre que não há uma definição clara do conceito de biopirataria no ordenamento jurídico brasileiro. Muitas vezes, este termo é utilizado de sinônimo para tráfico de animais ou espécies da flora. Fala-se, ainda, em biopirataria do patrimônio genético humano, o que inclui tráfico de tecidos e órgãos humanos ou pesquisas médicas com seres humanos em desacordo com os princípios da bioética. Esses são casos que a doutrina brasileira denomina de biopirataria *lato sensu* e não serão objeto de nossa análise (PANCHERI, 2013, p. 444).

A biopirataria *strictu sensu* pode ser definida como a atividade que envolve o acesso clandestino aos recursos genéticos de determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos, sem a repartição dos eventuais benefícios entre países e comunidades tradicionais. O acesso clandestino é aquele sem cadastro, autorização ou licença do país detentor do recurso genético, ou sem consentimento prévio informado, da população tradicional detentora do conhecimento associado ao uso deste.

O conhecimento tradicional associado é a informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor

tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético. Imperativo consignar que a repartição dos benefícios decorrentes do ato de biopirataria não convalida a extração ilegal da informação genética ou uso desautorizado do conhecimento tradicional associado. Afinal, pode haver pirataria de bens ambientais sem a concretização dos benefícios econômicos esperados.

4 A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA TUTELA DO PATRIMÔNIO GENÉTICO

A questão da biopirataria envolve uma polêmica norte-sul e poder ser inserida no âmbito dos estudos pós-coloniais ou decoloniais. Na literatura baseada no paradigma colonial há uma postura negacionista acerca da questão. Grosso modo, as políticas regulatórias de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado são tratadas como barreiras à inovação.

Para se contrapor ao termo biopirataria ou grilagem, esses críticos utilizam o termo bioprospecção, definida como uma espécie de exploração de recurso bioquímicos e genéticos comercialmente valiosos. Trata-se de uma metáfora emprestada da indústria de prospecção de minérios, tais como ouro e o petróleo (SHIVA, 2016, p. 72).

Subjacente ao uso desse tipo de eufemismos, existem ideologias justificadoras que devem ser repudiadas. A teoria jurídica canônica da *terra nullius*, que definia as terras dos povos não europeus como vazias e permitia a colonização, deu lugar ao direito de propriedade intelectual da *bio nullius*: a natureza é definida como uma matéria vazia e os povos tradicionais como bárbaros que não criam, tampouco inovam, em matéria de biotecnologia,

o que justificaria o patenteamento das formas de vida (SHIVA, 2016, p. 08).

No fundo, entender as demandas dos países megadiversos e suas populações tradicionais no tema da biopirataria exige uma mudança do paradigma eurocêntrico de modernidade e desenvolvimento econômico-social.

Em primeiro lugar, é preciso superar o eurocentrismo exacerbado promovido pela globalização. Deve-se reconhecer que esse modelo de interação social que conecta diversas sociedades ao redor do globo está baseado na imposição de um modelo civilizacional sobre as demais culturas e populações. O universalismo preconizado pelos partidários da globalização é um movimento de sentido único que não se sustenta, eis que os povos colonizados não são povos “sem história”. Portanto, um modelo pós-colonial precisa urgentemente reinterpretar a globalização e suas instituições.

Por outro lado, é preciso reconhecer que o método científico não é a única forma de explicação da realidade. A sabedoria tradicional das comunidades indígenas, ribeirinhas, pastoris e quilombolas formam um sistema de conhecimento diverso do sistema científico tradicional, mas de uma criatividade ecológica surpreendente (SHIVA, 2016, p. 08). A noção de autor da invenção, conceito relacionado com a tradição individual liberal, deve ser flexibilizada para incluir, além das empresas de biotecnologia com suas patentes e os pesquisadores em universidades, a criatividade e inovação das comunidades tradicionais.

Vale pontuar, ainda, que os defensores do patenteamento da diversidade ecológica entendem que a informação genética é um bem não exclusivo e não rival, ou seja, um bem público, nos

termos da teoria econômica.³ Assim, para os críticos não existe uma razão economicamente justificável para proteger o conhecimento etnobiológico ancestral como propriedade, pois o uso da informação genética não extingue o bem e permite que terceiros continuem usando a mesma informação da maneira que bem entenderem (CHEN, 2006, p. 22).

Todavia, ocorre justamente o contrário do preconizado. A ciência já comprovou que as formas de vida não são meras máquinas, possuem auto-organização e podem se reorganizar (MATURANA, 2014). A comoditização de sementes, frutos e animais eleva os riscos de contaminação e extinção de variantes naturais, colocando em risco a biodiversidade. Em outras palavras, a manipulação genética e sua privatização via patente pode extinguir espécies vegetais endêmicas, o que afeta todo ecossistema.

5 O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE USO E ACESSO DA BIODIVERSIDADE BRASILEIRA

É certo que ao introduzir o rico debate sobre biopirataria no plano interno, o Estado brasileiro muitas vezes reproduz o que combate na arena diplomática. O fato é que tanto no processo legislativo que resultou na edição da lei de uso e acesso ao patrimônio genético (BRASIL, 2015), quanto no desenho do

³ Os bens públicos são o exemplo extremo de externalidade positiva na economia. Os bens públicos são mercadorias em que o custo de estender a prestação a uma pessoa adicional é zero e que o uso não pode ser subtraído a ninguém. Os benefícios dos bens públicos são difusos, o que desestimula os agentes privados a prestar esses serviços. Cf. SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, Willian. *Macroeconomia*. 16ª edição. Madrid: McGraw-Hill / Interamericana de España, 2005, p. 36.

decreto regulamentar expedido pelo Chefe do Poder Executivo (BRASIL, 2016), as comunidades tradicionais do Brasil foram ignoradas, tratadas na perspectiva colonial de bárbaros que não tem nada a acrescentar ao marco regulatório do uso do patrimônio genético.

Em linhas gerais, o projeto de lei que resultou na Lei n.º 13.123/2015 teve início na Câmara dos Deputados, foi revisto em parte no Senado Federal, para depois retornar para a Câmara dos Deputados. Neste trâmite, houve apenas 01 (uma) audiência pública com representantes das comunidades indígenas realizada em Brasília (TÁVORA, 2015, p. 23).

A Câmara Alta do parlamento brasileiro deliberou sobre o projeto sem consultar o grupo social diretamente interessado na decisão. Não se trata de mero desrespeito à forma do processo legislativo, supostamente convalidado pela ocorrência de 01 (uma) audiência pública na Câmara dos Deputados. Pelo contrário, trata-se de uma oportunidade perdida. A deliberatividade do processo legislativo implica em forma e conteúdo.

A forma inclui um processo de consulta da população indígena e quilombola potencialmente afetada pelo advento da lei, com audiências públicas no Congresso Nacional para dialogar com os diversos representantes desta comunidade. O aspecto substancial implica no compromisso com a racionalidade e imparcialidade a que referimos anteriormente, disponibilidade de dialogar e mudar de opinião, algo diametralmente oposto à mentalidade personalista do presidencialismo latino-americano (BEÇAK, 2008, p. 61).

Uma das marcas deste modelo é a valorização da figura do governante e suas políticas em detrimento das instituições e do debate plural, o que torna muitas vezes inviável a deliberatividade

da decisão política, já que imparcialidade e personalismo são mutuamente excludentes. Neste contexto personalista, a participação da comunidade indígena e quilombola é interpretada como um entrave burocrático e foi manipulada para tornar-se meramente homologatória da decisão do governo. Não se trabalha com a possibilidade de aperfeiçoamento decisório por meio da participação de todos os atores sociais envolvidos.

Há quem vislumbre que a solicitação de regime de urgência para o trâmite do projeto de lei foi um empecilho que dificultou a participação das comunidades indígenas e quilombolas (TÁVORA, 2015, p. 23). Todavia, a proposta que deu origem ao projeto foi basicamente elaborada pelos Ministérios de Meio Ambiente e de Ciência e Tecnologia, em trezentas reuniões com o setor empresarial, representado por um grupo de lobistas autodenominado Coalizão Empresarial pela Biodiversidade, conforme denunciado pelos movimentos sociais (SILVA, DALLAGNOL, 2017, p. 117).

Carlos Santiago Nino define a democracia como um processo de discussão moral sujeito a um limite de tempo (NINO, 1997, p. 167), mas não se trata no caso de falta de tempo e sim de disponibilidade para o diálogo. Deste modo, a discussão da regulação do patrimônio genético à revelia das comunidades indígenas contaminou todo o processo, inclusive na fase embrionária do projeto, antecedente a formalização de projeto de lei.

No processo de elaboração do decreto regulamentar, o Ministério do Meio Ambiente tentou, de início, estabelecer um processo de consulta regionalizado, por meio da realização de 06 (seis) oficinas regionais com representantes dos povos tradicionais, em Rio Branco (AC), Belém (PA), Montes Claros (MG), Porto Alegre (RS), Campo Grande (MS) e Salvador (BA). Curiosamente, as oficinas foram realizadas sem a divulgação da minuta

do decreto, o que prejudicou a interlocução com a sociedade e gerou um movimento de boicote a audiência pública nacional, realizada em Brasília (MACHADO, GODINHO e VILANI, 2017 p. 329).

A doutrina aponta ao menos três insatisfações dos povos indígenas com o marco regulatório do patrimônio genético: um aspecto conceitual referente ao termo “população indígena”, o consentimento prévio informado e a repartição dos benefícios (RIBEIRO, BRITO, 2017, p. 310).

O aspecto conceitual é o uso do termo “população indígena” ao invés de “povos indígenas” utilizado na lei e no decreto regulamentar. Para o movimento indígena, o conceito de “população” é discrepante do termo “povo”, conota o prolongamento da assimilação forçada das nações indígenas pelo colonizador europeu. Subjacente a crítica, está a ideia de proteger o legado das diversas nações indígenas que existiam antes da colonização europeia e o plurinacionalismo dos Estados latino-americanos.⁴

Em relação ao consentimento prévio informado para o uso ou acesso do conhecimento tradicional associado a biodiversidade, as críticas são direcionadas a flexibilização das hipóteses de consentimento, pois a lei brasileira diferencia conhecimento tradicional associado de origem identificável daquela de origem não identificável (conhecimento em que não há possibilidade

⁴ O chamado novo constitucionalismo latino-americano advoga a construção democrática de regras de reconhecimento recíproco entre identidades e culturas distintas, para que os povos originários possam viver de acordo com suas regras e costumes, uma espécie de autogoverno sem separatismo, tal como a Constituição boliviana de 2009. Cf. RODEGHERI, Leticia Bodanese. Um novo olhar sobre o constitucionalismo moderno: a possibilidade do plurinacionalíssimo no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 04 dez. 2017.

de vincular a sua origem a um grupo ou população indígena ou quilombola).

No caso do conhecimento tradicional associado a biodiversidade de origem identificável, a lei brasileira oferece segurança jurídica ao grupo provedor do conhecimento, exigindo consentimento prévio informado, o direito de negar acesso a terceiros e a liberdade de pactuar termos e condições. Ocorre que esses direitos não existem no caso do conhecimento tradicional associado de origem não identificável, o que à primeira vista parece proporcional. Todavia, a transmissão do conhecimento nas culturas indígenas e quilombolas é feita de maneira oral, sem registros históricos detalhados, muitas vezes não se sabe a origem destes conhecimentos que são utilizados há séculos pela comunidade.

A dificuldade de catalogar a origem do conhecimento tradicional associado permite, na prática, flexibilizar a necessidade do consentimento prévio. A insegurança sobre a titularidade abre excessiva margem para a discricionariedade administrativa e judicial, enfraquecendo a finalidade da lei de assegurar a participação dos povos indígenas e quilombolas neste processo. Ante esta dificuldade, razoável seria vincular a exigência do prévio consentimento aos povos identificados como simples usuários deste conhecimento, independentemente de aos mesmos atribuir-se a qualidade de descobridores ou criadores desta sabedoria ancestral.

Em relação a repartição justa e equitativa dos benefícios as críticas são direcionadas a isenção da cadeia produtiva, posto que somente o fabricante do produto acabado ou o produtor do material reprodutivo estará sujeito a repartição, dispensando-se desenvolvedores e fabricantes de produtos intermediários, conforme artigo 17 da Lei n.º 13.123/2015. Outro ponto de descontentamento foi o estabelecimento de um teto para a repartição de benefícios ao invés de um piso mínimo. Será devida uma parcela

de 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica, ressalvada a hipótese de redução para até 0,1 (um décimo) pela União, a pedido do interessado para garantir a competitividade setorial da indústria brasileira.

Não é o caso de entrar no mérito de todas as críticas do movimento indígena neste texto. Entretanto, é imperativo reconhecer que a expectativa dos povos indígenas de participar do debate público não foi atendida. Os povos indígenas não puderam deliberar sobre o destino dos conhecimentos relativos à biodiversidade de que são detentores há gerações, com oportunidade de expor suas razões e influenciar no resultado decisório.

A consulta aos povos indígenas foi protocolar, uma tentativa de legitimar uma decisão previamente tomada sobre a regulação do uso do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado, o que viola a norma insculpida no artigo 6º da Convenção n.º 169 da OIT. Cuida-se de norma jurídica devidamente incorporada ao ordenamento brasileiro que garante as comunidades indígenas e quilombolas o direito à consulta prévia e de se manifestar tempestivamente sobre quaisquer leis ou regulamentos que possam afetar seus direitos.

O mecanismo de consulta prévia está previsto no artigo 6º da Convenção 169 da OIT, quando consagra que os governos deverão consultar os povos indígenas e tradicionais, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

Considerando que a referida convenção trata de questões de direitos humanos, tem força supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF (BRASIL, 2009). Noutros termos: a Convenção

169 da OIT, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da Constituição, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a elaboração de medidas legislativas que impactam modo de vida, cultura ou economia dos povos indígenas sem prévia consulta democrática aos atores sociais impactados.

Não é norma constitucional, ante a falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite o acesso ou uso dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas quando editada sem participação substancial de representantes dos povos originários, quilombolas ou agricultores tradicionais. A força supralegal do dispositivo jurídico em questão permite o controle judicial de convencionalidade da Lei 13.123/2015, com a possibilidade de declaração de nulidade da lei.

Ao problema de validade jurídica da Lei 13.123/2015 no ordenamento brasileiro soma-se a inoperância administrativa dos órgãos de participação criados pela Lei 13.123/2015 para garantir a gestão democrática do patrimônio genético brasileiro: o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen e o Conselho Gestor do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios – FNRB.

O primeiro está previsto no artigo 6º da lei. Cuida-se de um órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios, formado por representação de órgãos e entidades da administração pública federal e representação da sociedade civil, oriundos do setor empresarial, do setor acadêmico e das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

O segundo, previsto no artigo 30 da Lei 13.123/2015, cuida do gerenciamento do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios – FNRB. O referido fundo, criado pela mesma lei, é um instrumento jurídico de natureza financeira, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, criado com o objetivo de valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover o seu uso de forma sustentável.

Parte da doutrina aventou a possibilidade que o déficit democrático do processo legislativo poderia ser sanado com a participação das comunidades tradicionais nos conselhos criados pela Lei 13.123/2015 (RIBEIRO, BRITO, 2017, p. 325). Todavia, os órgãos de participação democrática previstos na legislação jamais foram instalados. O decreto que regulamenta o funcionamento destes órgãos é de 2015, mas os conselhos mal funcionam e no FNRB jamais foi depositado qualquer centavo (BRASIL, 2017b).

Em 2016 houve o impeachment da presidente Dilma Rousseff, cujo governo tratou a questão da participação democrática na gestão da política pública de combate à biopirataria de maneira paradoxal. Por um lado, elaborou a Lei 13.123/2015 à revelia da sociedade civil e regulamentou a lei com rapidez de modo a evitar a participação dos povos indígenas, a despeito do disposto no artigo 6º da Convenção 169 da OIT. Por outro lado, o governo garantiu no texto da lei a participação das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais na gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado ao uso deste patrimônio.

O governo sucessor, de Michel Temer, tampouco realizou alguma medida concreta para instalação destes órgãos de participação democrática, apesar dos contribuintes brasileiros terem

gastado, no ano fiscal de 2017, o valor de R\$ 69.576,00 para custear passagens e diárias para as reuniões CGen e do Conselho Gestor do FNRP.

O atual governo, do presidente Jair Bolsonaro, optou por extinguir todos os conselhos, comissões e colegiados da Administração Pública Federal, sob o argumento de desburocratizar o Estado, o que atingiu CGen e o Conselho Gestor do FNRP (BRASIL, 2019a).

A decisão governamental foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal – STF, que considerou, de maneira cautelar, que a competência presidencial de organização e funcionamento da administração federal outorgada pela Constituição não permite a extinção de conselhos, comissões e colegiados criados por lei, sob pena de transgressão do princípio da separação dos poderes (BRASIL, 2019b).

6 DA SUB-REPRESENTAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS E DE AGRICULTORES TRADICIONAIS NO PLENÁRIO DO CGEN

Em razão da liminar da Corte Suprema, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen conseguiu realizar sua 22^a (vigésima segunda) Reunião Ordinária em 17 de fevereiro de 2020. Há, ainda, uma Câmara Setorial Das Populações Indígenas, Comunidades Tradicionais e Agricultores Tradicionais, dentro da estrutura do CGen. Importante consignar, também, que o plenário do CGen é integrado por 20 (vinte) conselheiros, 11 (onze) representantes da Administração Pública Federal, 09 (nove) da sociedade civil, conforme regimento interno (BRASIL, 2017a).

Todavia, todo esse arranjo institucional não implica em participação efetiva das organizações indígenas e de agricultores tradicionais nas decisões do CGen. Isto porque falta paridade na representação entre o setor público e a sociedade civil no plenário do conselho, o que permite ao governo controle absoluto das deliberações. Das 09 (nove) vagas da sociedade civil, há paridade de vagas para o setor empresarial, setor científico e para as organizações indígenas e de agricultores tradicionais, portanto, 03 (três) vagas para cada setor.

No Brasil, há certa tradição publicística, adotada inclusive em alguns precedentes do STF, que rechaça como inconstitucionais conselhos deliberativos de composição paritária ou majoritariamente composto por administrados (PEREZ, p. 146-147). A justificativa é permitir o controle de legalidade dos atos administrativos e garantir a continuidade do serviço público que poderia ser afetado por decisões teratológicas de conselheiros.

Salvo melhor juízo, há dois problemas na argumentação. O primeiro é tomar o conselho deliberativo como órgão soberano, independente dos demais poderes do Estado. Evidentemente, o chefe do Poder Executivo pode controlar a legalidade dos atos expedidos por esses conselhos, seja em nível homologatório ou recursal. O segundo problema reside na legitimidade de conselhos deliberativos desenhados nos moldes do CGen. Toma-se a participação social como um procedimento heterodoxo que compromete a racionalidade pública, confundindo-se razão pública e razão tecno-burocrática.

Outro problema do modelo de participação implantado no CGen é o próprio conceito de sociedade civil adotado no regimento interno. O dispositivo infralegal opera no dualismo que

diferencia Estado e sociedade. Dito de outra forma, setor empresarial, comunidade científica e organizações indígenas e de agricultores tradicionais não podem ser tratados como um todo homogêneo que representa a sociedade civil. O mercado, como detentor e articulador do capital, tem interesses discrepantes dos outros atores sociais, bem como poder de barganha frente à Administração Pública que cientistas, indígenas e quilombolas jamais terão.

Ademais, o pluralismo de interesse e a variabilidade de processos de engajamento político torna duvidoso reduzir a sociedade civil a um pequeno grupo de associações representativas do setor científico ou das organizações indígenas. Certamente, há interesses interdependentes entre essas associações e seus representados, mas a falta de instrumentos de participação direta no CGen cala vozes de atores sociais vulneráveis.

Em suma, uma análise teleológica da norma insculpida no artigo 6º da Convenção n.º 169 da OIT demonstra que tal modelo ora exposto é insuficiente. A convenção trata da consulta por meio de órgãos representativos dos povos indígenas e comunidades tradicionais, mas não se limita a este tipo de expediente. A alínea ‘b’ do referido artigo dispõe que os povos indígenas e comunidades tradicionais interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões que lhes sejam concernentes, inclusive em órgãos administrativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decorre de todo este cenário a necessidade de revisão das políticas públicas de combate à biopirataria, tanto do ponto de vista legislativo, como na atuação do Poder Executivo. Neste

sentido, a deliberatividade do processo decisório deve ser vista como uma forma de aperfeiçoamento democrático, não um entrave burocrático.

A positivação da participação democrática apenas para atender critérios de constitucionalidade formal, destituído de um grau mínimo de performance social, só deslegitima a democracia e suas instituições. Não basta realizar uma audiência pública ou deliberar sobre a regulamentação de um decreto sem um texto base a disposição de todos os interessados, tal como feito pelo governo brasileiro no presente caso.

As necessidades dos povos indígenas devem ser discutidas quando da edição ao marco regulatório de acesso ao patrimônio genético, mediante um processo de participação democrática de nítidas características deliberativas, assegurando-se a efetiva participação dessas comunidades. Infelizmente, os conselhos previstos na legislação para o debate não foram instalados, o que retroalimenta o déficit democrático das políticas públicas de combate à biopirataria.

Na prática, não foi efetivamente construído um ambiente público propício para o debate equilibrado entre setor público, o setor privado e os povos indígenas. Quando a razão deliberativa falha, a judicialização do conflito é o remédio que resta. No presente caso, há espaço para intervenção judicial no impasse político com a declaração de nulidade da lei, com base no artigo 6º da Convenção 169 da OIT.

REFERÊNCIAS

BEÇAK, Rubens. **Democracia** – hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEÇAK, Rubens. **A hipertrofia do executivo brasileiro**: o impacto da Constituição de 1988. Campinas: Millennium, 2008.

BRANDON, Katrina. et al. Conservação brasileira: desafios e oportunidades. **Megadiversidade**, São Paulo, Volume 1, nº 1, jul. 2005, p. 07/13.

BRASIL (2019b). Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6121, Medida Cautelar. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, acórdão publicado em 28-11-2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751490560>. Acesso em 10 de março de 2020.

BRASIL (2019a). Decreto n.º 9.759, de 11 de abril de 2019. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Acesso em 13 de junho de 2019.

BRASIL (2017b). Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão. Protocolo n.º 02680002094201721. Requerente: Guilherme de Siqueira Castro. Requerido: Ministério do Meio Ambiente – MMA. Resumo da solicitação: funcionamento e instalação do Fundo Nacional para Repartição de Benefícios – FNRB e Programa Nacional de Repartição de Benefícios – PNRB, previstos na Lei 13.123/2015. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/DetalhePedido.aspx?id=5GBkR8tkqCQ=>. Acesso em 04 dez. 2019.

BRASIL (2017a). Portaria do Ministério do Meio Ambiente nº 381, de 03 de outubro de 2017. Dispõe sobre o regimento interno do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – Cgen. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/images/arquivo/80043/regimento-interno/Site%20-%20REGIMENTO%20INTERNO%20ALTERADO%20pelo%20Plenario%20do%20Cgen.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL (2016). Decreto n.º 8.772, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm. Acesso em 30.09.2019.

BRASIL (2015). Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL (2009). Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 94.013. Paciente: Ivete Daoud Maia. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, acórdão publicado em 13/03/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580955>. Acesso em 04 dez. 2019.

BRASIL (2004). Decreto. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm. Acesso em 30 nov. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O Governo como Instituição Jurídica** – fundamentos para um método de análise jurídica de políticas públicas. Tese de livre docência. São Paulo: FADUSP, 2011, p. 129.

CHEN, Jim. There's No Such Thing as Biopiracy... and It's a Good Thing Too. Publicado originalmente em **McGeorge Law Review**, volume 37, 2006, p. 22. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=781824. Acesso em 30.09.2017.

GLEICK, James. **The information: a history, a theory, a flood**. Pantheon Books, New York, 2011.

LEWINSOHN, Thomas; PRADO, Paulo Inácio. Quantas espécies há no Brasil? **Megadiversidade**, São Paulo, Volume 1, nº 1, jul. 2005, p. 36/42.

MACHADO, Carlos José Saldanha. GODINHO, Rosemay Sampaio. VILANI, Rodrigo Machado. Decreto 8.772/2016: riscos e retrocessos na proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. **Revista de Direito Ambiental**, Volume 86/2017 p. 327-344.

MATURANA, Humberto. **A Ontologia da Realidade**. Tradução e organização de Cristina Magro, Miriam Graciano e Nelson Vaz. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

PANCHERI, Ivanira. **Biopirataria** – reflexões sobre um tipo penal. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 108. Páginas 443-487, jan./dez. 2013.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PINHEIRO, Claudio Urbano B.. Extrativismo, cultivo e privatização do jaborandi (*Pilocarpusmicrophyllus* Stapf ex Holm.; Rutaceae) no Maranhão, Brasil. **Acta Bot. Bras.**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 141-150, Apr. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-33062002000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 maio de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-33062002000200002>.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. BRITO, Nathalia Bastos do Vale. Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a teoria discursiva do direito em Habermas. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 87 / 2017, p. 301-326, jul-set de 2017.

RODEGHERI, Letícia Bodanese. Um novo olhar sobre o constitucionalismo moderno: a possibilidade do plurinacionalismo no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 04 dez. 2019.

SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, Willian. **Macroeconomía**. 16ª edição. Madrid: McGraw-Hill / Interamericana de España, 2005.

SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da lei: vício congênito, p. 117. In: Moreira, Eliane Cristina Pinto (Org.). **A “nova” lei n.º 13.123/2015**

no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017.

SHIVA, Vandana. **Biopiracy:** The Plunder of Nature and Knowledge. Berkley, California: North Atlantic Books, 2016, p. 72.

TÁVORA, F.L. et al. Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015, (Texto para Discussão nº 184), p. 23. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 30 set. 2017.

2

A SOCIEDADE DE CONSUMO E A MODA: A DISCIPLINA DO SUJEITO NA MODERNIDADE¹

THE CONSUMER SOCIETY AND FASHION: THE DISCIPLINE OF THE SUBJECT IN MODERNITY

Cleide Calgaro

Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, na condição de taxista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul-UCS e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara. É membro do Comitê Assessor de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS: Membro Titular (2019-2021). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

¹ O trabalho foi publicado In: KEBER, Gilberto; JESUS, José Lauri Bueno de; BOFF, Salete Oro. (Org.). Educação para o consumo sustentável e preservação do superendividamento. 01ed.Campinas: Millennium, 2015, v. 01, p. 189-208. O artigo foi revisado e ampliado.

Agostinho Oli Koppe Pereira

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2002).

Pós-doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1986). Especialista em Metodologia do Ensino e da Pesquisa Jurídica pela Universidade de Caxias do Sul (1984). Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (1978). Atualmente é professor colaborador na Universidade de Passo Fundo - UPF, atuando no Curso de Mestrado em Direito. Professor da UNIFTEC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Consumidor, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito, Direito do Consumidor, Teoria Geral do Direito, Direito Ambiental e Novos Direitos.

É participante do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2939-7534>.

CV: <http://lattes.cnpq.br/5863337218571012>.

E-mail: agostinho.koppe@gmail.com

RESUMO

No presente trabalho almeja-se analisar o consumo a partir da moda e, com isso, também a ideia de disciplina do sujeito na modernidade. O mito da felicidade pautado no consumo pela sociedade moderna capitalista faz com que o sujeito seja “adestrado” e colocado num mundo programado e imposto, onde o ter é o foco e a exclusão é a consequência para os que não podem ter. Nesse contexto pretende-se analisar as relações sociais que envolvem esse sujeito moderno dentro do conjunto de ações que são empreendidas pelo mercado e que criam uma heteronomia alienante. Seguindo por essa seara tem-se, do mesmo modo, a intenção de verificar o condicionamento do sujeito pelo mercado da moda, que faz com que o sujeito busque, neste nicho econômico, sua manutenção e/ou inserção social.

Palavras-Chave: Consumo; Moda; Sujeito moderno.

ABSTRACT

In this study we aim to analyze the consumption from the fashion and, thereby also the idea of citizen discipline in modernity.

The Happiness Myth ruled consumption by the capitalist modern society makes the subject is “trained” and placed in a programmed and tax world, where have is the focus and the exclusion is the consequence for those who cannot have. In this context we intend to analyze social relations involving this modern subject within the set of actions that are made by the market and create an alienating heteronomy. Following this context has, likewise, the purpose of verifying the conditioning of the subject by the fashion industry, which makes the subject look for niches in this economic maintenance and/or social inclusion.

Keywords: consumption; fashion; modern subject.

Sumário

Introdução. 2. A sociedade de consumo na modernidade. 3. A disciplina da sociedade em Foucault. 4. A moda, o consumo e a disciplina do sujeito na modernidade. Considerações finais. Referências.

Recebido em: 10.04.2020

Aceito em: 15.06.2020

INTRODUÇÃO

No presente trabalho pretende-se mostrar a relação existente entre a sociedade de consumo e a moda no que se refere a disciplina imposta ao sujeito dentro do mercado e consequentemente dentro da modernidade hiperconsumista. O sujeito que deve ser capaz de optar, de querer, tem, nesse cenário traçado pela sociedade de consumo, a indução para o ato de adquirir sem a possibilidade de análises mais profundas sobre as necessidades reais dessa ação. Por esses mesmos caminhos, verifica-se que

o comportamento diferente do indicado pode levar a exclusão desse sujeito dentro da sociedade de consumo moderna.

Inicialmente se analisa a sociedade de consumo na modernidade, seus principais aspectos e suas principais facetas. A seguir se estuda a disciplina do sujeito e os principais aspectos segundo o autor Michel Foucault, demonstrando como o sujeito é disciplinado na sociedade e quais as técnicas utilizadas para tal.

Por fim, se explana sobre a moda, o consumo e a disciplina do sujeito na sociedade moderna de consumo, verificando as principais implicações decorrentes da questão, e como o sujeito lida com esses aspectos fundamentais.

O método utilizado é o analítico dedutivo. Os autores de base para o trabalho são: Michel Foucault, Gilles Lipovetsky e Georg Simmel, entre outros autores de suma importância para a questão exposta.

2 A SOCIEDADE DE CONSUMO NA MODERNIDADE

A sociedade de consumo, na atualidade, se caracteriza pelo avançado consumo de bens e serviços ligados a uma economia de mercado pautada no marketing e na publicidade. A moda é a parte do consumo que insere a disciplina dos sujeitos na sociedade, ditando comportamentos e modelos sociais a serem seguidos. O sujeito acaba “endeusando” as compras, fazendo com que seus desejos se pautem no consumo. Ou seja, o consumo traz um novo resinificado à modernidade. Segundo Pereira *et ali*,

a modernidade veio, com a possibilidade, por meio de conceitos concretos e desenvolvidos sob a ótica das certezas tecnológicas e científicas, além, certamente, da utilização da razão como forma de dominação da natureza, estabelecer uma sociedade capaz de

proporcionar felicidade e satisfação a todos os cidadãos. [...]. Com a modernidade, surgem aspectos como o dinamismo tecnológico, a forte vinculação com a razão; a idéia de ciência, como elemento de exatidão e certeza; a liberdade vinculada à razão; o otimismo exagerado de benesses a todos, dentro da idéia de globalização, entre outros.²

A modernidade acaba estando atrelada a sociedade capitalista criando novas perspectivas e reinventando os termos civilizatórios. Na ótica de Bauman a modernidade

[...] é o que é – uma obsessiva marcha adiante – não porque nunca consegue o bastante; não porque se torne mais ambiciosa e aventureira, mas porque suas aventuras são mais amargas e suas ambições mais frustradas. A marca deve seguir adiante porque qualquer porto de chegada não passa de uma estação temporária.³

Portanto, a modernidade emerge com a ideia no individualismo, sendo uma nova ordem. Na visão de Lyon a modernidade é uma ordem social. Segundo ele:

O termo modernidade se aplica à ordem social que emergiu depois do Iluminismo. Embora suas raízes se estendam até épocas bem anteriores ao Iluminismo, o mundo do moderno está marcado seu dinamismo sem precedentes, por sua rejeição da tradição, ou sua marginalização, e por suas consequências globais.⁴

Na visão de Giddens, “a modernidade refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a

² PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A modernidade e a questão da vida. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. *Direito Ambiental e Biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008, p. 230.

³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 18.

⁴ LYON, David. *Pós-modernidade*. São Paulo: Paulus, 1998, p.35.

partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”.⁵

Segundo Lipovetsky o momento moderno é muito mais do que uma moda, mas

revela o processo da indiferença pura no qual todos os gostos e todos os comportamentos podem coabitar sem se excluírem, tudo pode ser escolhido à vontade, tanto o mais operacional quanto o mais esotérico, tanto o novo quanto velho, tanto a vida simples-e-cologista quanto a vida hipersofisticada, em tempo desvitalizado sem referência estável e sem maior coordenação.⁶

Percebe-se que na modernidade, o marketing e os meios de comunicação tem a capacidade de criar a necessidade ao sujeito, disciplinando-o na escolha de produtos e serviços, ou seja, disciplinado os seus desejos. Para Lipovetsky não há dúvida que a febre de compras seja uma compensação ao sujeito, ou seja, uma atitude de consolar-se das desventuras e do vácuo da existência. E, segue dizendo que essa nova relação com o tempo pode explicar as paixões pelo consumo:

Nova relação com o tempo que é igualmente exemplificada pelas paixões consumistas. Ninguém duvida de que, em muitos casos, a febre de compras seja uma compensação, uma maneira de cão, uma maneira de consolar-se das desventuras da existência, de preencher a vacuidade do presente e do futuro. A compulsão presentista do consumo mais o retraimento do horizonte temporal de nossas sociedades até constituem um sistema. Mas será que essa febre não é apenas escapista, diversão pascaliana, fuga em face de futuro desprovido de futuro imaginável e transformado em algo caótico e incerto? Na verdade, o que nutre a escala consumista

⁵ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991, p. 11.

⁶ LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri-São Paulo: Manole, 2005, p.23.

é indubitavelmente tanto a angústia existencial quanto o prazer associada às mudanças, o desejo de intensificar e reintensificar o cotidiano.⁷

Na ótica de Lipovetsky a sociedade está em tempo de guerra com o tempo:

O estado de guerra contra o tempo implica que os indivíduos estão cada vez menos encerrados só no presente, com a dinâmica de individualização e os meios de informação funcionando como instrumentos de distanciamento, de introspecção, de retorno ao eu.⁸

O sujeito se volta cada vez mais ao individualismo e às compras como uma forma de sanar as mazelas que se sobressaem na vida do mesmo. O mercado de consumo busca a valorização do modelo econômico, usando de estratégias que visam uma compulsão pelo consumo de produtos e serviços. Essa compulsão pelo consumo gera a angustia, o vazio, mas também, o desejo de comprar mais.

O sujeito procura a satisfação em produtos e serviços criando a cultura consumista pautada no desejo desenfreado, no esnobismo, no luxo, etc. Para Lipovetsky:

[...] Desde os anos de 1980, as novas elites do mundo econômico alardeiam sem complexos seus gostos pelos produtos de luxo e pelos símbolos de posição social. [...] O esnobismo, o desejo de parecer rico, o gosto de brilhar, a busca da distinção social pelos signos demonstrativos, tudo isso está longe de ter sido enterrado pelos últimos desenvolvimentos da cultura democrática e mercantil.⁹

⁷ LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004, p.79.

⁸ *Ibidem*, p.76.

⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 51.

Lipovetsky explica, ainda que, o mundo do consumo acaba se imiscuindo na vida e nas relações das pessoas.

Todos os dias parecem que o mundo do consumo se imiscui em nossas vidas e modifica nossas relações com os objetos e com os seres, sem que, apesar disso e das críticas que se formulam a respeito dele, consiga-se propor um contramodelo crível. E, para além da postura crítica, seriam raros aqueles que desejariam mesmo abolí-lo em definitivo. É forçoso constatar que seu império não pára de avançar: o princípio de *self-service*, a busca de emoções e prazeres, o cálculo utilitarista, a superficialidade dos vínculos parece ter contaminado o conjunto do corpo social, sem que nem mesmo a espiritualidade escape disso.¹⁰

Como afirma Campbell, “eu compro a fim de descobrir quem sou”¹¹, hoje o sujeito é disciplinado para comprar e, não por haver a necessidade, mas sim como forma de satisfação pessoal. Neste contexto, as compras não são realizadas para suprir a falta do produto e, sim, pela significação do produto ao sujeito que efetua o ato de comprar. Destarte, Canclini, salienta que a forma concreta que envolve a racionalidade econômica vigente no mundo consumista e que embala os sonhos de uma autodeterminação de consumir do sujeito está ligada a produção e reprodução social. Portanto, afirma que,

estudos de diversas correntes consideram consumo como um momento do ciclo de produção e reprodução social: é o lugar em que se completa o processo iniciado com a geração de produtos, onde se realiza a expansão do capital e se reproduz a força de trabalho. Sob este enfoque, não são as necessidades ou os gostos individuais que determinam o que, como e quem consome. O modo como se

¹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004, p.33.

¹¹ CAMPBELL, Colin; BARBOSA, Livia (org). *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 53.

planifica a distribuição dos bens depende das grandes estruturas de administração do capital. Ao se organizar para prover alimento, habitação, transporte e diversão aos membros de uma sociedade, o sistema econômico “pensa” como reproduzir a força de trabalho e aumentar a lucratividade dos produtos. Pode-se não estar de acordo com a estratégia, com a seleção de quem consumirá mais ou menos, mas é inegável que as ofertas e bens e a indução publicitária de sua compra não são atos arbitrários.¹²

Lipovetsky acentua que o luxo e o consumo são uma forma de ostentação, onde o sujeito pode mostrar algo que não é, ou demonstrar que está de acordo com os modelos que a sociedade naquele momento impõe. Segundo o autor:

Por muito tempo o luxo confundiu-se com a demonstração, o cenário, o espetáculo ostentatório da riqueza: o artifício, o adorno, os signos visíveis destinados ao olhar do outro constituíam as manifestações predominantes. Isso não desaparece, mas surgiram novas orientações que testemunham o recuo dos símbolos honoríficos em favor de expectativas centradas na experiência vivida imediata, na saúde, no corpo, no maior bem-estar subjetivo. [...].¹³

Na atualidade se vive numa era consumista, onde as relações dos sujeitos estão ligadas por mercadorias e objetos. Os valores funcionais dos objetos fazem com que o sujeito se sinta pertencente a sociedade de consumo. A moda é a dinâmica desse sistema, onde impõe ao sujeito, a disciplina da alimentação, da cultura, da vestimenta, entre outros. Assim, a moda caracteriza-se pelo ciclo mercadorias que é efêmero, onde o sujeito precisa consumir para se sentir pertencente a sociedade moderna.

¹² CANCLINI, Nestor García. *Consumidores e cidadãos – Conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996, p. 54.

¹³ LIPOVETSKY, Gilles. *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 55.

Para Lipovetsky o consumismo possui uma estrutura dinâmica e aberta. Segundo suas palavras:

O consumismo é uma estrutura aberta e dinâmica: ele solta o indivíduo dos laços de dependência social e acelera os movimentos de assimilação e de rejeição, produz indivíduos flutuantes e cinéticos, universaliza os modos de vida, permitindo um máximo de singularização dos homens. É o modernismo do consumismo regido pelo processo de personalização, neste aspecto paralelo à vanguarda artística ou à psicanálise, e opondo-se na totalidade ao modernismo que prevalece em outras esferas.¹⁴

A sociedade de consumo moderna busca expandir a cultura consumista do ‘ter’, onde o modo de produção e circulação de mercadorias é feito para disciplinar o sujeito a comprar, mesmo o que ele não necessite. O sujeito vive num mundo de adestramento, onde a sociedade lhe impõe um “faz de conta”. A transitoriedade e a efemeridade são partes de um modelo econômico, onde o sujeito está disciplinado pela cultura do consumo, vendo-se obrigado a segui-la para não ser excluído e “deixado para trás”.

Hoje os objetos são descartáveis e a cultura da sociedade moderna faz com que o sujeito não tenha mais presente a capacidade de se organizar, ou seja, de organizar seu presente e seu futuro, onde a vida deixa de ser um projeto ousado e passa ser somente uma fragmentação de fatos, de situações desconectadas, isoladas e que não se articulam numa sequência que seja coerente, tendo sua imersão no imediatismo, no descartável e no novo. O indivíduo é descartável nessa sociedade de consumo. Nessa Sociedade só há lugar para quem consume. Não consumir tem por “penalidade” a exclusão social.

¹⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri-São Paulo: Manole, 2005, p.89.

Assim, a sociedade de consumo moderna, mostra os reflexos dos desejos de um sujeito adestrado por ela. Onde o rompimento dos laços de solidariedade e a desorganização da coletividade deixam os sujeitos separados e imiscuídos numa fragilidade de uma sociedade atomizada.

No momento seguinte para entender melhor a questão da disciplina dentro dessa sociedade se analisa as ideias de Foucault.

3 A DISCIPLINA DA SOCIEDADE EM FOUCAULT

O pensamento de Foucault parte da descoberta do corpo do sujeito como “objeto e alvo de poder”.¹⁵ De acordo com Foucault “[...] o corpo é objeto de investimentos tão preciosos e urgentes; em qualquer sociedade, o corpo está preso no interior de poderes apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações”.¹⁶ O autor explica que existem micropoderes que vão perpassar o corpo social e que, de certa forma, irão acarretar transformações e mesmo modificações na conduta do sujeito. Esse corpo, ao longo dos séculos, vai se tornar algo fabricado e influenciado por uma coação que é calculada com finalidade de automatização.

O sujeito vai ser o principal objeto desse poder, que tem como objetivo incorporar aos corpos a característica de docilidade, pois um “corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado”¹⁷ é fundamental para a sociedade. Ou seja, isso são formas de modelagens que vão ser inseridas pelo adestramento dos corpos, utilizando-se o controle

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p.132.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

que vai agir como uma ferramenta disciplinadora. Essa disciplina se caracteriza por corrigir e hierarquizar o indivíduo, fazendo com que o mesmo seja adestrado e docilizado de acordo com o processo de modelagem feito pela sociedade.

Foucault assevera que muitas são as técnicas de controle, sendo elas: a “escala”, pois não se trata de cuidar do corpo, mas sim de trabalhá-lo e de exercer sobre o mesmo uma coerção e dominação, exercendo “sobre ele uma coerção sem folga”¹⁸; o “objeto”, onde a coação “se faz mais sobre as forças do que sobre os sinais, a única cerimônia que realmente importa é a do exercício”.¹⁹ E, por fim, a “modalidade”, que é uma coerção que não para, ou seja, um controle de movimento, de tempo e de espaço, onde a “coerção ininterrupta, constante, que vela sobre os processos da atividade mais que sobre seu resultado e se exerce de acordo com uma codificação que esquadrinha ao máximo o tempo, espaço, os movimentos”.²⁰ Esses métodos permitem o controle do corpo através da disciplina, impondo a sujeição a docilidade e a utilidade. Como assegura Foucault seriam “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade”.²¹

A disciplina “fabrica corpos submissos e exercitados, corpos dóceis”²², ou seja, o corpo do sujeito “entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe”.²³ Isso faz com que haja uma “autonomia política”, que é também igualmente uma

¹⁸ Idem.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p.133.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Idem.

‘mecânica de poder’, esta nascendo, ela define como se pode ter o domínio do corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina”.²⁴ Por conseguinte, a disciplina vai dissociar “o poder do corpo; faz dele por um lado uma “aptidão”, uma “capacidade” que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita”.²⁵

Posteriormente, a disciplina vai produzir, para modelar os corpos, ferramentas que vão ser a fonte norteadora dos processos de construção de poder e de normatização de condutas desses corpos. De tal modo, vai ser adotada a construção de quadros, manobras, a imposição de exercícios, ou seja, uma forma de realizar a combinação de forças para domesticar. Essa disciplina “visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente”.²⁶ Destarte, é ela que vai fornecer aspectos para o aprimoramento de técnicas que vão levar a docilidade.

Conforme alerta Foucault²⁷ para atingir a disciplina podem ser usadas várias técnicas, como: exige-se a *cerca* (um lugar heterogêneo a todos os demais e fechado em si mesmo, um exemplo seria os colégios e os quartéis). Outra questão seria a *clausura*, não sendo constante e nem suficiente no aparelho disciplinar.

²⁴ Idem.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p.134.

²⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p.133.

²⁷ Ibidem. p.137-138.

Aqui se tem o princípio da localização imediata ou quadriculamento, que é um meio de se conhecer, vigiar e mesmo controlar o indivíduo, ou seja, de “articular essa distribuição sobre um aparelho de produção que tem suas exigências próprias”.²⁸ Além disso, o poder disciplinar vai criar espaços analíticos para “vigiar o comportamento de cada um, apreciá-lo, sancioná-lo, medir as qualidades ou os méritos”.²⁹

Tem-se também a regra das *localizações funcionais*, que seria a codificação do espaço que a arquitetura deixa livre para vários usos. Ou seja, “lugares determinados se definem para satisfazer não só à necessidade de vigiar, de romper as comunicações perigosas, mas também de criar um espaço militar e marítimo”.³⁰

Como Foucault alega, na disciplina “os elementos são intercambiáveis, pois cada um se define pelo lugar que ocupa na série, e pela distância que o separa dos outros”.³¹ Essa disciplina “individualiza os corpos por uma localização que não os implanta, mas os distribui e os faz circular numa rede de relações”.³²

A ferramenta utilizada pelo poder disciplinar para aumentar a sua dominação é o exercício, que é a “técnica pela qual se impõe aos corpos tarefas ao mesmo tempo repetitivas e diferentes, mas sempre graduadas”.³³ Ou seja, o exercício dentre outras características serve “para economizar o tempo da vida, para acumulá-lo de uma maneira útil, e para exercer o poder sobre os homens por meio do tempo assim arrumado”.³⁴

²⁸ Ibidem. p.138.

²⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p.138.

³⁰ Ibidem. p.139.

³¹ Ibidem. p.140.

³² Ibidem. p.141.

³³ Ibidem. p.155.

³⁴ Ibidem. p.156.

Outro aspecto relevante que a disciplina tem que atender seria a composição de forças que é uma iniciativa a constituir um meio produtivo que vai “compor forças para obter um aparelho eficiente”.³⁵ Surge a ideia do sujeito como uma “máquina multissegmentar”,³⁶ que tem como finalidade a ação conjunta para que busque um melhor rendimento. E, como afiança Foucault, essa combinação de forças exige um sistema muito preciso de comando, onde “toda a atividade do indivíduo disciplinar deve ser repartida e sustentada por injunção cuja eficiência repousa na brevidade e na clareza; a ordem não tem que ser explicada, nem mesmo formulada: é necessário e suficiente que provoque o comportamento desejado”.³⁷

Os recursos para um bom adestramento, segundo Foucault seriam: a vigilância, cujas técnicas se explicam como “o domínio sobre o corpo se efetuam segundo as leis da ótica e da mecânica, segundo jogos de espaços, de linhas, de telas, de feixes, de graus, e sem recurso, pelo menos em princípio, ao excesso, à força, à violência”.³⁸ Outra forma de adestrar seria a sanção normatizadora, que funciona como “um pequeno mecanismo penal”.³⁹ E, por fim, se tem o exame que vai combinar as técnicas da vigilância e da sanção.

Como afiança Foucault: “o indivíduo é sem dúvida o átomo fictício de uma representação “ideológica” da sociedade; mas é também uma realidade fabricada por essa tecnologia específica de poder que se chama a “disciplina””.⁴⁰

³⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p.158.

³⁶ Idem.

³⁷ Ibidem. p.159.

³⁸ Ibidem. p.171.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ibidem. p.185.

De tal modo, a disciplina produz corpos controlados, onde a manipulação de condutas, com o controle do tempo, espaço e das funções do corpo, servem para moldar esses corpos com a finalidade de transformar o sujeito em uma máquina, que desempenhe suas funções com qualidade e eficiência, mas que seja dócil e disciplinado.

Essa forma de modelar os corpos vai atribuir ao sujeito a docilidade, tornado o corpo útil e produtivo ao aumentar a obediência e a submissão do mesmo. Dessa forma, seria uma política de coerção onde há uma ideologia calculada com o objetivo de controle de atitudes, gestos e mesmo de comportamentos, fazendo com que haja o adestramento do sujeito de acordo com a vontade de quem domina. O corpo e a vontade são objetos de poder numa sociedade capitalista, onde o sujeito nada mais é do que uma força produtiva de trabalho e uma “máquina de consumo”.

Essas ideias podem ser analisadas em conexão com a sociedade de consumo que se vive. Nesse aspecto, o sujeito está constantemente adestrado a usar o corpo da forma como as sociedades de consumo impõem. A moda é elemento que transfigura e dociliza o sujeito, submetendo-o aos seus ditames num processo de alienação social.

A sociedade de consumo capitalista possui técnicas de domesticação do sujeito, onde a moda é uma delas. Essa técnica permite que haja o controle das operações da mente e do corpo do sujeito, impondo-lhe uma docilidade-utilidade, ou seja, como afirmou Foucault⁴¹, impondo-lhe a disciplina e o adestramento. Essa relação do corpo do sujeito, tanto útil como obediente, leva a uma manipulação de elementos, de comportamentos, de atitudes, de

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

ideologias e de gestos, que se operam por técnicas e por uma política de coerção que trabalha sobre os corpos, transformando o sujeito em sua singularidade.

A disciplina age sobre os corpos no dia a dia do sujeito, na forma de se vestir, nas dietas alimentares, nos produtos de beleza, nas cirurgias estéticas, fazendo com que a máquina capitalista seja movimentada e o consumo aumente progressivamente. Esse poder capitalista é uma aparente forma de disciplina, onde há uma vigilância disciplinar sobre os sujeitos para mantê-los sob o adestramento e a obediência do consumo.

Nessa modelagem de corpos e almas, as técnicas de disciplina criam corpos padronizados, dóceis, mas também adestrados e controlados, seja pela aparência física, seja pela forma de agir. A ideia de beleza e sofisticação do sujeito tornou-se crucial na atualidade: corpos belos, magros, são exigidos numa sociedade de consumo onde a informação serve como poder disciplinador e controlador da sociedade moderna.

Assim, o poder do corpo representa o controle do sujeito e de suas necessidades, sendo o mesmo induzido à um adestramento que o faz submisso e dócil ao sistema que impõe as formas para que esses sujeitos contribuam para o equilíbrio e a ordem social da sociedade moderna de consumo. Esses dispositivos de disciplina sempre estarão presentes na sociedade moderna de consumo, seja de forma sutil e implícita, seja de forma explícita, tendo a função de garantir a ordem e a manutenção do funcionamento dessa sociedade.

4 A MODA, O CONSUMO E A DISCIPLINA DO SUJEITO NA MODERNIDADE

A moda é o melhor exemplo da sujeição do indivíduo à disciplina da sociedade e do mercado de consumo. A moda está em

todos os lugares, nas casas, no trabalho, no lazer, onde todos estão sujeitos à soberania da moda na sociedade de consumo moderna.

Desde crianças as pessoas vivem sob o domínio da moda, a possibilidade de não ter o brinquedo da marca desejada que está na moda leva a exclusão das brincadeiras e a dessubjetivação do sujeito.

O superendividamento, na maioria das vezes, advém da sujeição do sujeito à moda vigente naquele tempo e espaço. Além do que o sujeito é valorizado pela roupa que veste, pelo caro que dirige, pelos lugares que frequenta. Sua aceitação ou exclusão social está mais vinculada com o que o sujeito tem do que com o que ele é.

A moda seduz e essa sedução é “[...] uma lógica que segue seu caminho, que não poupa mais nada e que, assim fazendo, cria uma socialização suave e tolerante, dedicada a personalizar-psicologizar o indivíduo”.⁴²

Hoje se vive numa era de espetáculo, como afirma Debord “o espetáculo é o momento em que a mercadoria ocupou totalmente a vida social”.⁴³ Para Harvey “a mobilização da moda em mercados de massa (em oposição a mercados de elite) forneceu um meio de acelerar o ritmo do consumo não somente em termos de roupas, ornamentos e decoração, mas também numa ampla gama de estilos de vida e atividade de recreação [...]. Uma Segunda tendência foi à passagem do consumo de bens para o consumo de serviços [...]”.⁴⁴

⁴² LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri-São Paulo: Manole, 2005, p.05.

⁴³ DEBORD, Guy. *A sociedade espetáculo*. Trad. Estela dos santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p.30.

⁴⁴ HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stella Gonçalves. 11.ed. São Paulo: Loyola, 2002, p.58

Como afirma Simmel “a antropologia em que a moda assenta, da qual vive, porque expressa e encarna a natureza dualista e tensiva do ser humano que, mergulhado no todo social, dele procura libertar-se, isolar-se, sobressair, sem nunca, todavia o poder abandonar”.⁴⁵

Desta forma, a moda é “uma forma particular entre muitas formas de vida, graças à qual a tendência para a igualização social se une à tendência para a diferença e a diversidade individuais num agir unitário”.⁴⁶

Portanto a moda denota

a anexação do igualitariamente posto, a unidade de um círculo por ela caracterizado, e assim o fechamento deste grupo perante os que se encontram mais abaixo, a caracterização destes como não pertencendo àquele. Unir e diferenciar são as duas funções básicas que aqui se unem de modo inseparável, das quais uma, embora constitua ou porque constitui a oposição lógica à outra, é a condição da sua realização.⁴⁷

Simmel expõe que para a moda existir, seriam necessárias duas situações: a primeira seria a necessidade de distinção, pois a moda é um produto da divisão de classes e, a segunda, a necessidade de pertencimento, pois a moda é imitação de um modelo dado e proporciona a satisfação da necessidade de apoio social, faz a fusão do indivíduo na coletividade. Consequentemente, o autor coloca que:

[...] o significado da moda: como formas de vida, como marca de distinção de classe, como jogo da incessante imitação de uma

⁴⁵ SIMMEL, Georg. *A Filosofia da Moda e outros escritos*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008, p.09.

⁴⁶ SIMMEL, Georg. *A Filosofia da Moda e outros escritos*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008, p.24.

⁴⁷ *Ibidem*. p.25.

classe por outra, como meio da inserção dos indivíduos num grupo ou numa corrente, traduz justamente essa efervescência sem rumo, porque é indiferente aos conteúdos, inclusive da beleza ou do conveniente; é simples variação, mero arreio, desprovida de motivação, entregue apenas à vertigem do movimento e do momento, da novidade injustificada, porque vive do capricho e da extravagância. (...).⁴⁸

Simmel vai além, demonstrando que a Moda serve para manter uma coesão dos grupos/sujeitos interessados em permanecerem a um determinado círculo e separados dos demais. A forma de andar, o tempo e ritmo dos gestos, são essencialmente determinados pelas suas vestimentas.⁴⁹ Logo a Moda é,

[...] a imitação de um modelo dado e satisfaz assim a necessidade de apoio social, conduz o indivíduo ao trilho que todos percorrem, fornece um universal, que faz do comportamento de cada indivíduo um simples exemplo. E satisfaz igualmente a necessidade de distinção, a tendência para a diferenciação, para mudar e se separar. E este último aspecto consegue-o, por um lado, pela mudança dos conteúdos, que marca individualmente a moda de hoje em face da de ontem e da de amanhã, consegue-o ainda de modo mais enérgico, já que as modas são sempre modas de classe, porque as modas de classe superior se distinguem das de inferior e são abandonadas no instante em que esta última delas se começa a apropriar. Por isso, a moda nada mais é do que uma forma particular entre muitas formas de vida, graças à qual a tendência para a igualização social se une à tendência para a diferença e a diversidade individuais num agir unitário. [...].⁵⁰

Por conseguinte, um vestuário luxuoso por si só já possui significações, ou seja, já é um signo, e por isso possibilita a “circulação” em determinadas esferas sociais distintas o que desvela

⁴⁸ Ibidem. pp.31-32.

⁴⁹ Ibidem. p. 24.

⁵⁰ Idem.

a criação de estratificações no meio social. Bauman denota que “a modernidade produziu o nivelamento das diferenças – pelo menos na sua aparência exterior, de cujo estofô mesmo são feitos as distâncias simbólicas entre grupos segregados.”⁵¹

Segundo Lipovetsky, a moda corresponde à sedução, onde a publicidade faz com que o sujeito compre um objeto, mesmo quando ele não tem necessidade de tal elemento. Além disso, a moda cria a reprodução de desigualdades. Segundo ele,

a crítica apocalíptica estabeleceu uma equação com vários problemas: moda = sedução + publicidade. Tudo isso com o fim de reproduzir a desigualdade em sociedades neoliberais pós-modernas. O pilar dessa conspiração seria a mídia. Separação mecânica, inspirada num sentimento cristão de austeridade jamais praticado, deixa de lado todos os elementos de abertura e democratização gerados pela moda e pela publicidade. Nem sempre a razão está do lado dos que reivindicam o monopólio da indignação e do compromisso social. O pensamento único reside também na conformidade com um padrão crítico incapaz de reformular-se.⁵²

Na ótica de Schneider “[...] por trás de cada produto que o mercado oferece encontramos a diferenciação da classe social a que o mesmo se destina. Cada produto na sociedade de consumo simboliza alguma coisa”.⁵³

Para Simmel a moda acaba expressando uma realidade essencial na sociedade, onde o autor afirma que:

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 80.

⁵² LIPOVETSKY, Gilles. *Sedução, publicidade e pós-modernidade*. In: Revista FAMECOS. Porto Alegre. n° 12. junho 2000, p.08.

⁵³ SCHNEIDER, Peter. “O fetichismo do consumo”. In: PIETROCOLA, L.G. (Org.) *O Que Todo Cidadão Precisa Saber Sobre Sociedade de Consumo*. São Paulo: Global. Caderno de Educação Política, Série: Sociedade e Estado (18), 1986, p. 35.

A moda expressa, da forma mais visível e concreta, a realidade essencialmente dialéctica e dinâmica da sociedade, feita de interconexões e liames, mas também de inevitáveis conflitos entre os indivíduos, entre as múltiplas e diferentes formações sociais, entre os indivíduos e os grupos ou as classes.⁵⁴

A moda acaba sendo sinônimo de bem-estar, satisfação, pertencimento do sujeito a uma sociedade, sendo disciplinado por ela. Esse sujeito está disposto a pagar mais caro para pertencer a sociedade de consumo. Pois, caso contrário, será excluído e dessubjetivado dessa sociedade, não pertencendo a grupos dominantes.

Como denota Simmel a vida

é, pois, a oscilação entre estes dois pólos, entre a unidade do todo e o ser-para-si de cada elemento do mundo, entre hereditariedade e variabilidade, entre a ordem social e o destino individual. Aqui entronca naturalmente a moda, concretização da tendência para a imitação, mas – de modo paradoxal – daquilo que quase sempre é impessoal e quase nunca nasce da criatividade individual, antes não passa de uma reacção reflexa perante a angústia de permanecer sozinho no seu agir e a dor da responsabilidade.⁵⁵

Essa imitação faz com que o sujeito acabe sendo disciplinado e tenha seu comportamento modelados conforme a sociedade de consumo. Assim, a sua satisfação se dará com a compra e a obtenção de produtos e serviços que muitas vezes nem tem necessidade de possuir.

A vida do sujeito está pautada em um preço às vezes alto demais para se pagar, onde a entrada no mundo de consumo faz

⁵⁴ SIMMEL, Georg. *A Filosofia da Moda e outros escritos*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008, p. 09.

⁵⁵ SIMMEL, Georg. *A Filosofia da Moda e outros escritos*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008, p.13.

com esse sujeito tenha a perda de sua identidade. Muitas vezes se é o que não se queria ser, mas, por conveniência, acaba-se aceitando ser o que não se é para ser aceito pelo grupo que se pretende pertencer. Como afirma Simmel, tudo tem um preço, pois

o indivíduo vê-se confrontado com uma multiplicidade de objectos culturais, desde a religião à moralidade, dos costumes à ciência, da arte aos sistemas económicos, e no seio de um mundo cada vez mais marcado pelo pluralismo, pela diferença, pelo contraste entre estilos de vida. Interioriza, sem dúvida, tais objectos, mas estes surgem cada vez mais aos seus olhos como “alteridades”, como poderes extrínsecos que também o ameaçam e podem alienar; não consegue subvertê-los, porque a sua riqueza humana singular se conquista justamente através da absorção dos valores culturais exteriores. Além disso, o homem moderno sente-se rodeado por um mundo de objectos que constroem, acirram e controlam as suas necessidades e os seus desejos. Efeito de semelhante situação será, então, transformar-se ele próprio em peregrino e vagabundo, em *flanêur*; sempre *in itinere*, a caminho ou em debandada, sem fins ou objectivos seguros.⁵⁶

Isso demonstra que o homem moderno é rodeado de produtos e serviços que aguçam o seu desejo, fazendo com que se torne escravo do consumo e deixe de lado valores essenciais para a vida. Verifica-se que, uma das formas de disciplina do sujeito, na sociedade de consumo moderna, é a projecção da insegurança. Através da criação da insegurança, do medo de não pertencer cria-se, também, a necessidade de comprar para se tornar aceito na sociedade.

Destarte, na sociedade de consumo, uma de suas faces é o lucro e, isso se dá através da mudança de tendências, onde cada ano a moda muda, fazendo com que o sujeito, para ser aceito,

⁵⁶ SIMMEL, Georg. *A Filosofia da Moda e outros escritos*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008, p.15-16.

acabe descartando produtos em boa qualidade para comprar outros, que são novidades. Portanto, para Simmel a moda com seus fetiches e

com o seu jogo entre a tendência para uma expansão universal e a aniquilação do seu próprio sentido que comporta justamente essa expansão, possui o atractivo singular do limite, o atractivo simultâneo do começo e do fim, da novidade e, ao mesmo tempo, da caducidade”. Porque movimento autónomo, com poder objectivo, alimenta-se das suas próprias forças e, por isso, altera-se, metamorfoseia-se e recorre a novos disfarces fora da intervenção dos indivíduos, sobre os quais plana numa sobreindividualidade indiferente, que constitui precisamente a sua essência. Surge assim como um eterno retorno, sócia da aventura, ávida de experiências e de sensações, mas fora do contexto da vida, a ela estranha e dela distraída.⁵⁷

A moda vai proporcionar ao sujeito uma forma de não ficar na individualidade, permitindo que se insira num meio que o mesmo nem sabe se gostaria de estar. Segundo Simmel a moda traz

o sossego de não permanecer sozinho no seu agir, mas apoia-se nos exercícios habituais da mesma actividade como num firme alicerce, que alivia o acto presente da dificuldade de se sustentar a si próprio. Onde imitamos, deslocamos não só a exigência da energia produtiva de nós para o outro, mas também ao mesmo tempo a responsabilidade por este agir: ela liberta assim o indivíduo da dor da escolha e deixa-o, sem mais, aparecer como um produto do grupo, como um receptáculo de conteúdos sociais. O impulso imitativo enquanto princípio caracteriza um estágio evolutivo, no qual está vivo o desejo de actividade pessoal conveniente, mas falta ainda a capacidade de a esta fornecer conteúdos individuais.⁵⁸

⁵⁷ SIMMEL, Georg. *A Filosofia da Moda e outros escritos*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008, p.17.

⁵⁸ Ibidem. p.23.

A máquina capitalista gira em torno do consumo que disciplina esse sujeito fazendo com que o mesmo tenha a perda da essência, sendo o que não é, somente para satisfazer a sociedade.

A moda se enraizou na sociedade de consumo como uma estrutura normativa disciplinar, onde o sujeito é a marca que compra. O sujeito que não se submete a esse padrão estabelecido pelo sistema disciplinar e normativo da moda é excluído dos grupos sociais que são regidos por lógicas identitárias de igualdade de padrões.

Assim, o sujeito que aceita a moda, se submete a disciplina que se propaga na sociedade. Lipovetsky⁵⁹ afirma a moda, seria o primeiro dispositivo a produzir social e regularmente a personalidade aparente, estetizou e individualizou a vaidade humana, conseguiu fazer do superficial um instrumento de salvação, uma finalidade da existência.

A cultura do mundo hoje é “uma cultura de marcas”⁶⁰, sendo também uma “cultura de celebridades.”⁶¹ Como afirma Lipovetsky e Juvín: “Não consumimos mais apenas produtos, filmes, viagens, música, esporte. Como meio de singularizar e personalizar a impossibilidade do mundo dos negócios consumimos também celebridades”.⁶²

Os muros da sociedade moderna de consumo fazem com que haja estratégias para isolar o sujeito do meio social, se não for um consumista adestrado. O mesmo é aprisionado numa sociedade de consumo capitalista onde cada vez é obrigado a trabalhar mais

⁵⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do Efêmero*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2008, p. 39.

⁶⁰ In: LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. *A globalização Ocidental: controvérsia sobre a cultura planetária*. Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 23.

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

para consumir mais. Já não se sabe mais onde começa a necessidade de consumo e onde começa o supérfluo, do desnecessário.

O consumo, a moda e as várias formas de consumir se tornaram deuses para o sujeito, onde a vontade de interagir com outros sujeitos é substituída por uma relação com o mundo dos objetos, dos desejos, do nada. A alma do consumo está no supérfluo, no frívolo, onde a compulsão se torna essencial a muitos sujeitos.

Assim, o consumo dá a falsa sensação de liberdade, onde o sujeito está atrelado a um desejo, deixando que sua alma se corrompa pelas coisas do mundo, onde a compra é a magia da alma, do corpo e da mente. Assim, comprar faz com que o sujeito se sinta feliz, realizado, enfim, pura ilusão de uma sociedade onde o “ser” deixou lugar para o “ter”, onde a alma está corrompida por um jogo de consumo, que destrói sonhos e leva para uma realidade apocalíptica.

O mundo de consumo moderno é motivado, impulsionado a consumir, seja pela cultura da moda, seja pela cultura do consumismo. Esse sujeito aspira desejos, que se resumem a desejos de coisas, de objetos, de acumulação de sensações. Essa sociedade está ligada a satisfação imediata dos desejos, onde tudo se faz para tal, onde o entusiasmo e os esforços são feitos para que se pertença a tribo imposta pelo adestramento e a disciplina social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A solução para o problema apresentado pela sociedade de consumo capitalista moderna, onde a moda disciplina o sujeito ao consumo de produtos e serviços, é a obtenção de uma ética solidária, onde a mudança de valores seria o ponto principal. Utopia, talvez, pois na sociedade capitalista globalizada, o consumo é a máquina propulsora.

As relações sociais desses sujeitos devem deixar de ser escravizadas pelo consumo, o sujeito precisa tomar consciência de seu lugar no mundo, de que seus desejos não se resumem a uma roupa de marca, a cirurgias estéticas, a viagens. O novo sujeito para a pós-modernidade que se avizinha deve buscar discutir os modos de produção e mesmo os seus hábitos de consumo sustentáveis e solidários.

Repensar a forma de como se está no mundo, as atitudes e os modos de vida podem ser os primeiros passos para a mudança. Portanto, busca-se um consumo que seja ético e solidário, pois como afirmava Mahatma Gandhi, “o Mundo é benevolente, mas não resiste à voracidade dos consumidores”.

Não se pode esquecer que o consumo pode levar a exclusão e ao adestramento de sujeitos, desse modo, isso gera problemas sociais e ambientais que devem ser revistos. Os problemas ambientais estão sendo discutidos a muito tempo, mas a solução é algo que ainda está por vir.

Formou-se o mito de que o consumo é a felicidade, porém, essa felicidade é efêmera e inalcançável. Ir atrás dela é buscar a névoa que se desmancha com a vinda do sol. A sociedade pós-moderna não pode continuar no erro consumista da modernidade. A modernidade destruiu o ser humano enquanto “ser”, destruiu o meio ambiente na busca do lucro, de tal forma que cabe, a esse ser humano, aos portais da pós-modernidade reivindicar o seu lugar na sociedade enquanto cidadão e não enquanto mero consumidor.

REFERÊNCIAS:

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BECKER, H. *Oustsairdes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- CAMPBELL, Colin; BARBOSA, Livia (org). *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- CANCLINI, Nestor García. *Consumidores e cidadãos – Conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.
- DEBORD, Guy. *A sociedade espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p.30.
- FEATHERSTONE, Mike. *Cultura do Consumo*. Trad. Julio Assis Simões. São Paulo, 1990.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GOFFMANN, E. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stella Gonçalves. 11.ed. São Paulo: Loyola, 2002.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004.
- LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. *A globalização Ocidental: controvérsia sobre a cultura planetária*. Barueri, São Paulo: Manole, 2012.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Sedução, publicidade e pós-modernidade*. In: Revista FAMECOS. Porto Alegre. nº 12. junho 2000.
- LIPOVETSKY, Gilles. *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri-São Paulo: Manole, 2005.
- LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do Efêmero*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2008.

LYON, David. *Pós-modernidade*. São Paulo: Paulus, 1998.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A modernidade e a questão da vida. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. *Direito Ambiental e Biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

SCHNEIDER, Peter. “O fetichismo do consumo”. In: PIETROCOLA, L.G. (Org.) *O Que Todo Cidadão Precisa Saber Sobre Sociedade de Consumo*. São Paulo: Global. Caderno de Educação Política, Série: Sociedade e Estado (18), 1986.

SIMMEL, Georg. *A Filosofia da Moda e outros escritos*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008.

TEIXEIRA, Sérgio Alves. *Produção e consumo social da beleza*. Horiz. antropol. vol.7 no.16 Porto Alegre Dec. 2001.

3

LA DINÁMICA INCLUSIVA DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO EN LAS PATENTES FARMACÉUTICAS LA EXPERIENCIA MEXICANA Y ARGENTINA EN UN REPENSAR PANDEMICO

THE INCLUSIVE DYNAMICS OF TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT IN PHARMACEUTICAL PATENTS THE MEXICAN AND ARGENTINE EXPERIENCE IN A PANDEMIC RETHINKING

Marta Carolina Giménez Pereira

Doctora en Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
Pos-Doctora en Derecho, PNPD CAPES PPGD IMED, Brasil. Profesora
Investigadora Visitante en Universidad Federal da Bahia integrante del Cuadro
Permanente del Programa de Posgrado en Derecho (PPGD UFBA), Brasil.

Email: magipe@hotmail.com.

Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6905306640861147>>

Mirtha Lorena Giménez Pereira

Master en Ciencias Veterinarias con énfasis en Salud Pública Veterinaria y Epi-
demiología, Massey University, Nueva Zelanda.

Email: superoddie@hotmail.com

RESUMEN

Con la aparición de la crisis pandémica, los países se han visto frente a una admitida situación de catástrofe de salud a nivel global, donde varios ejes de este sector figuran en rojo o simplemente no existen. Vinculando tal ámbito al campo de la propiedad intelectual, varias son las reflexiones, específicamente en el ámbito de las patentes farmacéuticas como instituto de la propiedad industrial. Frente a esta situación, el objetivo del trabajo es describir dos herramientas presentadas como indicadores de políticas públicas. Para ello y previamente, se realiza una evocación a un manifiesto de solidaridad global y se plasman breves antecedentes sobre el comportamiento epidemiológico respecto del virus. Seguidamente, por un lado, se analiza la figura de las licencias obligatorias presentando los impactos producidos en esta flexibilización de la protección de las patentes farmacéuticas, al reconocer un derecho a medidas alternativas a favor de la salud pública y la promoción del acceso a las medicinas, sobre todo en caso de emergencia sanitaria, como bien reconoce la ley. Por otro lado, se introduce la noción de Producción Pública de Medicamentos (PPM). Ambos instrumentos deberán fungir articulados y participativamente dentro de la llamada Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico en puntos estratégicos del sector salud, intentando reforzarse en situaciones de pandemia. La tarea debe llevarse a cabo con apego a factores paralelos-no menos importantes- como ser el respeto a la propiedad intelectual, el estímulo a la investigación y desarrollo, la conexión de los sectores público y privado, la garantía de abastecimiento y distribución en tiempo y espacio geográfico determinados y, en fin, el refuerzo de la dinámica de innovación nacional que surge

como resultado. Método: comparativo y deductivo y la investigación bibliográfica.

Palabras-clave: Coronavirus. COVID-19. Producción pública de medicamentos. Propiedad intelectual. Patentes farmacéuticas. Licencias obligatorias o compulsivas. Vigilancia epidemiológica.

ABSTRACT

With the appearance of the Coronavirus (COVID-19), which has unleashed a pandemic crisis, countries have been faced with an admitted situation of global health catastrophe, where several axes of this sector appear in red or simply they do not exist. Linking such a field to intellectual property, there are several reflections, specifically in the field of pharmaceutical patents as an institute of industrial property. Faced with this situation, the objective of the study is to describe two tools presented as indicators of public policies. For this and previously, an evocation is made to a manifesto of global solidarity and brief antecedents of the epidemiological behavior regarding the virus are captured. Next, on the one hand, the figure of compulsory licenses is analyzed, presenting the impacts produced in this relaxation of the protection of pharmaceutical patents, recognizing a right to alternative measures in favor of public health and the promotion of Access to medicines, especially in the event of a health emergency, as the law recognizes. On the other side, the notion of public production of medicines (PPM) is introduced. Both instruments should function jointly and participatively within the so-called inclusive dynamics of technological development at strategic points in the health sector, trying to reinforce themselves in pandemic situations. The task must be carried out

in accordance with parallel factors - no less important - such as respect for intellectual property, the encouragement of research and development, the connection of the public and private sectors, the guarantee of supply and timely distribution determined geographical space and, in short, the reinforcement of the national innovation dynamic that arises as a result. Method: comparative and deductive and bibliographic research.

Keywords: Coronavirus. COVID-019. Public production of medicines. Intellectual property. Pharmaceutical patents. Compulsory licenses. Epidemiological surveillance.

Sumário

Introducción. 1. Breves antecedentes sobre el comportamiento epidemiológico respecto al Covid-19. 2. La dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico. 3. Licencias obligatorias. 4. Relevancia de la noción de salud dentro de las políticas públicas: la producción pública de medicamentos (PPM) y redefinición del concepto de burocracia en el sistema de salud. 5. La innovación terapéutica, la investigación médica con la contribución del paciente y las unidades productoras de medicamentos (UPM) en Argentina. Conclusiones. Bibliografía.

Recebido em: 10.02.2020

Aceito em: 15.03.2020

INTRODUCCIÓN

Un Manifiesto relativo a la solidaridad en el mundo enfatiza la situación del COVID-19 de forma homogénea, “*desde cualquier rincón del planeta*”, independientemente de nuestra condición racial, religiosa o de nacionalidad, afirmando que

llegó el momento de asumir nuestra comunidad mundial como una oportunidad para construir un nuevo movimiento [...] donde el respeto, la solidaridad y la búsqueda del bienestar representen el futuro. Es necesario iniciar juntos y a partir de ahora, un manifiesto común y como comunidad humana [...].¹

La intención no es otra que la de la unión en solidaridad, alcanzando una unión más protectora, respetuosa, amable y feliz, entendiendo las propias diferencias y similitudes.

Los objetivos trazados en el documento enumeran, en un orden de importancia:

- 1) La salud del planeta es la prioridad principal y la del ser humano, la segunda. 2) Cada país debe ser capaz de construir establecimientos de sanidad [...] así como poseer una red de medicina preventiva capaz de proporcionar un equipo de salud por cada 400 habitantes. 3) Todos los beneficios financieros y económicos deben ser destinados a las siguientes prioridades absolutas públicas: alimentación, hogar, educación y salud.²

Al decir de doctrinarios franceses, la pandemia es una prueba de la capacidad de las organizaciones políticas y económicas para hacerle frente y, la del COVID-19, es una crisis sanitaria, económica y social global de un nivel excepcional, poco comparable con otros acontecimientos históricos, al menos en los últimos decenios, y pone a prueba la capacidad de tales organizaciones políticas y económicas para afrontar un problema global ligado a las interdependencias individuales, es decir, a la vida social más elemental. Es como una distopía que se hubiera

¹ DELUCHEY, Jean-François, **Manifeste de Solidarité Globale**, en informe del 30/03/2020 del Séminaire du Groupe d'études sur le néolibéralisme et les alternatives (GENA) del Laboratoire de sociologie, philosophie et anthropologie politiques SOPHIAPOL, Université Paris Nanterre. Publicación electrónica no accesible de LAVAL, Christian, 8 de abril de 2020.

² *Vide* nota anterior.

convertido en realidad. Dardot y Laval (2020), como exponentes de la sociología gala, expresan con esas palabras que lo que estamos viviendo deja entrever lo que le espera a la humanidad en los próximos decenios si es que esas estructuras no cambiarán rápida y radicalmente.

La situación es clara y la propiedad intelectual, según se analizará en este trabajo, es una herramienta de la “desiderata” expresada. Ella, a través de sus institutos legales, su política pública de investigación y desarrollo -específicamente la producción pública de medicamentos a la par que la privada- en conjunción con sus excepciones de monopolio -a saber, las licencias obligatorias también previstas por ley-, podrá enarbolar y acompañar el devenir de la salud humana de nuestros tiempos dentro de un sistema de objetivos prioritarios que desde siempre debió ponerse ante todo al servicio de los hombres, en clara convivencia con los paradigmas ut supra expresados, que ahora afloran más que nunca.

1 BREVES ANTECEDENTES SOBRE EL COMPORTAMIENTO EPIDEMIOLÓGICO RESPECTO AL COVID-19

En la naturaleza encontramos lo que denominamos una “tríada ecológica” compuesta por tres integrantes que se mantienen en un constante equilibrio natural: el agente infeccioso, el medio ambiente y el huésped. Al quebrarse cualquiera de los ejes que mantienen este equilibrio, se desarrolla un proceso infeccioso; en este caso hablamos de que este proceso se da en el huésped el cual puede ser cualquier ser vivo como el ser humano o un animal.

Ciertos hábitos ancestrales y culturales inherentes a las costumbres de ciertos países sugieren que el inicio de esta pandemia

se dio en la ciudad de Wuhan, China. Fue así que un desequilibrio ocasionado en la triada ecológica, necesario para que se dé el inicio de todo proceso infeccioso, dio pie a una epidemia inicial que se presentó en forma de un foco infeccioso dando luego rápidamente lugar a un brote en una zona definida y en un tiempo dado. Por las características de alta infecciosidad y virulencia del agente infeccioso, la epidemia rápidamente pasó a adquirir caracteres epidémicos típicos, es decir, una presencia de un alto número de casos infecciosos en una zona geográfica definida. Subsecuentemente y en tiempos actuales, dicha epidemia se tradujo en un comportamiento de características pandémicas al propagarse y expandirse a prácticamente todos los continentes.

Con adecuadas medidas de vigilancia epidemiológica y decisiones para la acción es de esperarse poder contener y frenar una epidemia en sus estadios iniciales. Sin embargo, en el presente, las características exacerbadas del comportamiento de esta enfermedad y de su agente causal requieren de medidas prontas, acertadas y mancomunadas de países en conjunto con acciones conscientes en sus poblaciones.

2 LA DINAMICA INCLUSIVA DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO

Adentrándonos en la esfera de los medicamentos, resultan conceptos relevantes los de “producción” y “abastecimiento” dentro de una tendencia actual de doctrina que esboza una idea de innovación inclusiva. A partir de ello, analizaremos y trazaremos lo que denominamos “Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico”, es decir, un desarrollo de dinámicas con miras a incluir todos los sectores que participan en la cadena productiva de la invención dentro de un política integrada y articulada,

caracterizada por las premisas de eficiencia del gasto público y privado en la producción de medicamentos dentro de un conjunto amplísimo de estrategias, así como la garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones y de manera oportuna y la no menos importante distribución de fármacos dentro de una zona geográfica trazada como parte de la mencionada política.

El beneficio último de la Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico, según la experiencia internacional enfatizada en este apartado en la experiencia Argentina, país de altos índices en la producción pública de medicamentos (en adelante PPM), es que en definitiva se logre que exista un instrumento de política pública capaz de remediar y de ser posible homogeneizar, en términos de funcionamiento adecuado, el acceso a la salud en igualdad de condiciones hacia todos los sectores de la población.

Para poder entender mejor lo que significa “suavizar” los derechos de propiedad industrial con miras a la satisfacción de políticas públicas, a continuación abarcaremos el concepto de licencias obligatorias, también llamadas compulsivas, figura ya más conocida dentro de la citada rama del derecho, que ha cobrado relevancia en importantes acontecimientos del derecho comparado (Brasil, entre los países a citarse).

3 LICENCIAS OBLIGATORIAS

Por licencias obligatorias se entiende el permiso que se atribuye un gobierno para producir un producto o procedimiento patentado o para importarlo, sin el consentimiento del titular de la patente. Se trata de una de las flexibilidades en la protección de las patentes que contempla el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Propiedad Intelectual, a saber, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad

Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) a través de la Declaración de Doha de 2001 y sus modificaciones posteriores, en las que se suaviza el derecho de protección de que gozan los fármacos, al reconocer a los países su derecho a tomar medidas tendientes a la protección de la salud pública y la promoción del acceso a las medicinas, conforme lo han reclamado los países en desarrollo y las organizaciones no gubernamentales.

En estricto sentido, a través del contrato de licencia el licenciante autoriza a un tercero – el licenciatario –, con o sin contraprestación, a explotar una invención protegida, mediante el otorgamiento de un derecho de naturaleza personal (JOLIET, 1982, p. 294). Normalmente vendrá a ser la autoridad gubernamental quien concederá la licencia a empresas o personas distintas del titular de la patente a fin de que éstas hagan uso de los derechos de la patente para fabricar, usar, vender o importar el producto o procedimiento protegido sin hacerse necesaria la autorización del titular.

A pesar de hallarse contemplada esta figura en la normativa internacional y haber sido consecuentemente adoptada por la mayoría de los países adherentes a la OMC en su legislación interna, su puesta en marcha ha generado controversias sobre todo en el ámbito de la salud ante el caso de emergencias de salud pública.

A priori, la misma doctrina no se muestra unánime en cuanto a su naturaleza jurídica de si se trata de una mera tolerancia o de una contraprestación que asegure un goce económico para el licenciante. A posteriori, se suscitan numerosas dudas a la hora de intentar hacerla efectiva, generándose incertidumbres tanto para el licenciante como para el licenciatario, temores que incluyen hasta problemas de terminología. Por otra parte, una vez celebrado el contrato, los casos de éxito resultan escasos, por lo que la jurisprudencia aún es insuficiente para brindar soluciones

sólidas y a largo plazo y, en consecuencia, se regresa errónea e irremediablemente a los principios generales del derecho contractual, en la intención de llegar a solucionar en forma íntegra el problema concreto que se plantea.

De hecho, la doctrina especializada indica el caso de los contratos de licencia y de transferencia de tecnología como un caso típico de incertidumbre en el derecho privado ante la falta de normativa directamente aplicable al tema (DE LAS CUEVAS, 1994, p. 12) que además resulte adecuada y correcta en el sentido de ajustarse a la realidad del país de que se trata, más allá de a los requerimientos del marco legal internacional, que se limita a estipular conceptos básicos de manera similares y homogénea para todos los países miembros de la OMC. Es que el derecho comparado ofrece soluciones limitadas en la materia pues habrá de tenerse en cuenta la específica y particular estructura económica del país en que se celebre el contrato.

En el caso de las licencias obligatorias en el campo de la salud, merece la pena analizar ahora la experiencia internacional y, particularmente, el caso mexicano.

En septiembre de 2009 se ha formulado en México una propuesta de reforma del segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial, en el sentido de acortar el plazo estipulado para la resolución de la concesión de licencias por la autoridad. La iniciativa no prosperó.

El artículo ya había sido reformado en el año 2004 y anteriormente en 1994. La iniciativa de reforma del segundo párrafo del artículo 77 hecha por el Senador Adolfo Toledo Infanzón del Partido Revolucionario Institucional (PRI), de fecha 8 de septiembre de 2009, rezaba textualmente: En los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra

la seguridad nacional, el Consejo de Salubridad General hará la declaratoria de atención prioritaria, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria, en esta se ordenará el otorgamiento de licencias de utilidad pública. Publicada la declaratoria del Consejo en el Diario Oficial de la Federación, las empresas farmacéuticas podrán solicitar la concesión de una licencia de utilidad pública al Instituto y éste la otorgará, en un plazo no mayor a tres días, a partir de la fecha de presentación de la solicitud ante el Instituto³.

La intención de la propuesta era darle mayor aplicabilidad a la figura de la licencia obligatoria por causa de emergencia nacional y específicamente de enfermedades graves, reduciendo el plazo previsto por el actual segundo párrafo del aludido artículo.

La propuesta establecía un plazo máximo de 3 días para que la autoridad se pronuncie, dejando sin efecto la disposición vigente, que es su parte pertinente reza: “[...] a la brevedad que el caso lo amerite de acuerdo con la opinión del Consejo de Salubridad General en un plazo no mayor a 90 días [...]” (MÉXICO, 1991) y que además exige que sea audita parte. Cabe destacar que el texto vigente extrañamente tampoco incluye la frase expresamente propuesta en la iniciativa de reforma de que en los casos aludidos el objetivo de la orden será el “otorgamiento de licencias de utilidad pública”⁴.

La exposición de motivos daba especial relieve a la emergencia sanitaria con motivo del brote del virus de la influenza, advirtiendo además la presencia de otras enfermedades como el

³ Cfr: segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

⁴ Cfr: artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

dengue, que ameritan la posibilidad de importar medicamentos patentados bajo el régimen de licencias obligatorias, al no contar con capacidad de fabricación suficiente a nivel local, una problemática repetida en países en vías de desarrollo.

Cabe acotar que la esencia de la licencia obligatoria supone hacer siempre subsistir el requisito que establece el primer párrafo del referido artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial mexicana⁵ de que las licencias se otorgarán mientras dure la causa de emergencia o de seguridad nacional que haya motivado su celebración pero olvida el caso de los medicamentos huérfanos, que trataremos más adelante en el capítulo de Unidades Productoras de Medicamentos (en adelante UPM) en la PPM.

Dentro de la exigua experiencia internacional existente en el campo de las referidas licencias obligatorias, en el ámbito del derecho comparado revisaremos la especial relevancia de la experiencia brasileña con el retroviral denominado Efavirenz, producido por la farmacéutica Merck Sharp & Dohme, considerado en la actualidad como el más eficaz para combatir la infección del SIDA o VIH. A pesar de las fuertes críticas provenientes de la Federación Internacional de la Industria del Medicamento, el gobierno de Brasil, a través de su Presidente en ejercicio Luiz Inácio Lula da Silva, en base a lo que dispone su Ley de Propiedad Industrial 9279/96 en su controvertido artículo 68 que regula las “licencias compulsivas”, determinó imponer tal

⁵ Por su importancia transcribimos: “Por causas de emergencia o seguridad nacional y mientras duren éstas, incluyendo enfermedades graves declaradas de atención prioritaria por el Consejo de Salubridad General, el Instituto, por declaración que se publicará en el Diario Oficial de la Federación, determinará que la explotación de ciertas patentes se haga mediante la concesión de licencias de utilidad pública, en los casos en que, de no hacerlo así, se impida, entorpezca o encarezca la producción, prestación o distribución de satisfactores básicos o medicamentos para la población” (MÉXICO, 1991).

flexibilidad sobre la patente del citado fármaco por considerarla “legítima y necesaria, de interés nacional y demasiado caro”, permitiendo con un amplio respaldo del Congreso la importación del genérico producido en laboratorios de la India que se hallan certificados por la Organización Mundial de la Salud (entre esos laboratorios genéricos están Ranbaxy, Cipla y Aurobindo) quienes ya cuentan con producción del genérico del Efavirenz y lo comercializan a un costo inferior que oscila en la tercera parte del producido por el laboratorio titular de la patente.

Mientras Merck cotizaba en 1.65 USD cada unidad del fármaco en territorio brasileño el costo por unidad del genérico fabricado en la India es de 0.44 USD. El tratamiento por paciente tiene un costo por año de 580 USD utilizando el medicamento de patente mientras que el tratamiento utilizando el genérico alcanza la suma de 165 USD anuales, es decir, menos de un tercio, lo cual implica un ahorro de 240 millones USD hasta el año 2012, fecha en que expira la patente. Antes de la imposición de la licencia obligatoria sobre el fármaco, Lula había mantenido dos negociaciones con el laboratorio titular, en las que participó además el gobierno norteamericano. Brasil rechazó en la segunda de ellas la oferta de comercializar el producto con un 30% menos del precio fijado originalmente por parecerle insuficiente y considerar que al menos debía reducirse en un 60%. En las negociaciones, Lula propuso el mismo precio pagado por Tailandia, que es de 0.65 USD por cada comprimido del fármaco en dosis de 600 miligramos, lo cual no fue aceptado por Merck.

Estados Unidos denunció ante a la OMC el artículo 68 de la ley de patentes brasileña por considerar que era violatorio del ADPIC, requiriendo ante tal organismo un Panel de Resolución de Conflictos con el objeto de que éste pueda dirimir las diferencias entre estos dos países. Brasil se defendió ante la OMC

alegando justificación en la medida por el alto número existente de enfermos de SIDA o VIH y, en consecuencia, considerar un caso de emergencia sanitaria nacional. Finalmente, el 25 de junio de 2001 Estados Unidos retiró ante la OMC la solicitud del panel.

La medida del Presidente Lula buscaba asegurar el tratamiento de unos 75 mil infectados en el territorio brasileño, siendo este país uno de los mayores compradores mundiales del medicamento, con más de 500 mil infectados de SIDA o VIH. A juicio del gobierno, más allá de demostrar el fracaso en la negociación del precio del fármaco de patente, la medida se convirtió más bien en una prueba de la firmeza gubernamental de apostar por el mercado de los genéricos ante una situación de emergencia nacional.

Cabe destacar que el argumento también se ha apoyado en el tratamiento que actualmente reciben unas 200 mil personas que reciben del Estado un conjunto de 17 medicamentos, de los cuales 8 son fabricados en Brasil dentro del marco de un programa gubernamental de lucha contra la enfermedad que ha recibido un sinnúmero de elogios a nivel internacional.

Como precedente, ya en la Asamblea Mundial de 1999, Brasil había ejercido fuerte presión a fin de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) llevara mejor a cabo su labor de control de precios de los medicamentos en todo el mundo y de evaluación en el impacto de las normas sobre patentes de la OMC. En abril de 2001, en la reunión anual de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue aprobada por 52 votos a favor, 0 en contra y 1 en abstención (Estados Unidos) la propuesta brasileña que vincula el adecuado acceso a los medicamentos con los derechos humanos fundamentales. Estados Unidos consideró al respecto que tal propuesta era violatoria de las normas internacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual. Brasil ya había anunciado en el año 2005 la

quiebra de la patente del principio activo Kaletra, propiedad del laboratorio Abbot, pero ambas partes pudieron llegar a un acuerdo para la reducción del precio del medicamento.

En el caso del Efavirenz, el contrato de licencia se ha llevado a cabo cumpliendo cabalmente el procedimiento previsto a tal efecto en la Declaración de Doha, el cual consta de tres etapas, a saber, la negociación, la declaración de la situación que justifica su utilización y el pago de royalties al titular afectado, que en este caso específico se pactó en la entrega del 1.5% sobre el valor de importación de los medicamentos similares al Efavirenz (INSTITUTO ESPAÑOL DE COMERCIO EXTERIOR, 2009).

Por otra parte, Tailandia también anunció la imposición de una licencia obligatoria a fin de que los enfermos de SIDA o VIH en este país pudieran recibir tratamiento con el genérico del Efavirenz que se produce en laboratorios de la India, país conocido en los últimos tiempos por su alta producción de medicamentos genéricos.

La organización no gubernamental Médicos Sin Fronteras utiliza casi en su totalidad medicamentos producidos en la India para tratar a enfermos de SIDA o VIH en 30 países del mundo.

La postura tailandesa se mantuvo a pesar de fuertes presiones provenientes la industria farmacéutica, sentando precedentes en la materia para el caso de emergencias sanitarias. Posteriormente, este país rompió además la patente de otros dos fármacos útiles también en el tratamiento de SIDA o VIH. Otros países como Canadá e Italia cuentan con experiencia en licencias obligatorias sobre productos farmacéuticos y en la década anterior llamó la atención general la decisión del Presidente de Ecuador, Rafael Correa, de emitir en estos días un decreto que derogue por completo las patentes farmacéuticas y agroquímicas de las

transnacionales que tengan efecto en este país, con excepción de las patentes cosméticas, a fin de que todas las medicinas sean producidas en el país y así se logre su abaratamiento, al considerar que la salud es un tema prioritario y primero está el derecho humano antes que “el bolsillo de las transnacionales”, enfatizando el caso de los fármacos que combaten el SIDA o VIH y el cáncer.

Hecho el balance de la actual situación de las licencias obligatorias en el ámbito doméstico y comparado, surge que tal figura presenta varios aspectos positivos, entre los que se cuentan, además del acceso a los medicamentos a un menor precio, el fomento de la competencia y el desarrollo de la producción nacional. Ahora bien, hay que tener muy presente que un país que no reconoce las patentes de las farmacéuticas transnacionales no contará con la presencia de estos laboratorios en su territorio y, consecuentemente, se verá desabastecido de medicinas esenciales de alta complejidad producidas exclusivamente por ellos en virtud a su tecnología y amplia experiencia en investigación y desarrollo que ostentan y con la que no cuentan los emergentes laboratorios de producción local. Por otro lado, con tal medida y al no reconocerse las patentes, tampoco podrá realizarse la importación por la industria local de farmoquímicos necesarios para la fabricación de las medicinas. Todo ello sin mencionar las sanciones de las que podría ser objeto el país por la OMC y la imposibilidad de poder abastecer de medicinas a todo un país con la sola producción nacional, que en el caso de Ecuador alcanza en la actualidad apenas un 22% del total de ventas. De hecho, se advierte que un crecimiento desmesurado de medicamentos genéricos requeriría en un futuro de un control exhaustivo por parte de la Secretaría de Salud (JALIFE DAHER, 2005, p. 332).

El caso de Ecuador se presentaría con tal decreto como uno excepcional y hasta violatorio de las normas previstas para la

celebración de la licencia obligatoria pues al parecer no contempla la requerida y previa primera etapa de negociación. Además, resulta absurda la idea de generalizar la medida para todas las patentes de medicinas producidas por laboratorios que no sean locales. Al menos, esta no es la función de la licencia obligatoria, la cual se concede para cada caso específico y para atender determinados problemas de salud, por un tiempo determinado, previa justificación por el gobierno de la situación que la motive. La postura que asume este país, a través de su gobernante, deberá encuadrarse en otra figura –inexistente, por cierto- que justifique una total supresión de la protección conferida a todo inventor no local de un medicamento. Es el caso extremo de la defensa de la salud pública, la cual va en detrimento del fomento de la investigación y desarrollo, únicas herramientas capaces de propiciar avances tecnológicos y mejores medicinas.

4 RELEVANCIA DE LA NOCIÓN DE SALUD DENTRO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS (PPM) Y REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE BUROCRACIA EN EL SISTEMA DE SALUD

A principios de los años 2000 la moderna doctrina francesa advertía que el ejercicio de la medicina había mutado en su naturaleza con el desarrollo de nuevas especialidades médicas y la multiplicación del número de especialistas, es decir, los médicos. En paralelo, en razón de tal crecimiento y de una oferta de cuidados cada vez más sofisticados según el avance de la ciencia y la tecnología, el volumen de consumo y de gasto médico también ha tenido un aumento significativo. De ello se colige que la extensión de la protección social a toda la población ha sido el sostén de esta evolución: la palabra “salud” pasó a ser actualmente

uno de los principales sectores de actividad de los países (ADAM; HERZLICH, 1994, p.36). En otras palabras, dentro de las políticas de salud, los resultados revelan que en las últimas décadas tales políticas se vieron orientadas hacia la inversión creciente en tecnologías médicas cada vez más complejas. Este puntapié determinante en esta evolución reviste, a la par, el mismo peso que la diversificación de los profesionales médicos y, como resultado, denota un progreso de la ciencia médica, como se apuntó.

Dentro de este contexto, la noción de “medicalización de la sociedad”, como llama la sociología francesa, ha estado íntimamente relacionada con el desarrollo de leyes sobre la protección social. Ya en el siglo XX esta noción traducía en Francia el hecho de que el “modelo médico” se impone en la definición y toma de responsabilidad de numerosos problemas públicos contemporáneos, citando algunos padecimientos a título de ejemplo: alcoholismo, enfermedades mentales, drogas. De esta manera, en una sociedad medicalizada, el sector salud cobra relevancia como factor de políticas públicas estatales y, dentro de las grandes interrogantes sobre los diversos mecanismos y programas a desarrollar o acentuar dentro de las políticas de salud establecidas, existe la nueva tendencia de la PPM.

Ahora bien, antes de ahondar en el tema propio del artículo que aquí nos ocupa, habrá que establecer el lugar que ocupa el concepto “burocracia” en la administración pública de la salud, tan sólo a modo referencial.

Propio de sistemas normativos, algunos países como Brasil refieren la burocracia como característica destacada dentro del proceso administrativo, aunque en sentido peyorativo y propio del poder público, desde tiempos muy antiguos y características negativas son suyas: paternalismo, nepotismo, corrupción.

Sin embargo y paradójicamente, la evolución histórica del proceso administrativo enfatiza la importancia de implementación de procesos burocráticos adecuados a fin de garantizar la manutención de padrones de calidad de los servicios en las estructuras de las instituciones privadas y públicas. La burocracia es, en sentido amplio, un medio de perfeccionamiento de políticas administrativas capaz de alcanzar niveles de eficiencia compatibles con la modernidad (CAMPOS; PRESOTO, 2002, p. 5).

Ejemplificando dentro del contexto de salud la función de la comentada palabra burocracia, tenemos que la política de salud como directriz que emana del poder público debe abarcar, entre otras funciones principales, la esencial de promover la estructura y el funcionamiento del sistema de los servicios de salud, según lo establece el propio Centro Panamericano de Planificación de la Salud, perteneciente a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), siendo sus miembros fundadores Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, 1972, p. 8). Ya en 1972 el documento denominado Tema 27, que abarca el proyecto del Programa del mismo Centro, establecía como objetivo: *“Fortalecer la asesoría de la OPS a los gobiernos para perfeccionar sus procesos de planificación de la salud”*. Luego nombra entre sus actividades: *“Programa de investigaciones con los países:[...] análisis de las relaciones entre salud y el resto del sistema socioeconómico”*(ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, 1972, p. 9) como una suerte de domesticación del programa, con adecuación a la realidad de cada país miembro y a su normativa propia.

Más adelante, ya en referencia al propio Centro, se establece entre sus responsabilidades una propia de “Investigación”,

normando sobre la necesidad de apoyar en los países el desarrollo de la misma con miras a elaborar o perfeccionar técnicas de planificación para completar y mejorar la metodología de planificación de la salud, a través del estudio de áreas o variables que deban considerarse y de los países que pudieran elaborarlas, dando además asesoría periódica hasta la fase final de dicha investigación.

Seguidamente, aparece el apartado de “Información” donde se dispone que toda información que se refiera a la planificación de la salud y a la evolución de los procesos respectivos en los países americanos como de otras regiones debe ser recabada, promovida en su recolección y analizada. Destaco además que la misma debe ser difundida y divulgada a modo de promover, orientar y motivar procesos de planificación y niveles de decisión políticos y administrativos, informando y estimulando a aquellos que realizan la labor directa de planificación en salud, enfatizando las experiencias de terreno conocidas (ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, 1972, p. 13).

Dentro del Programa del Centro puede vislumbrarse la posibilidad de contemplar como política pública de salud nacional la Dinámica Inclusiva de Desarrollo Tecnológico, que se verá explicado más adelante en detalle y sobre lo cual anticipo en este apartado que se describe como una real necesidad de política pública de salud íntegra y que merece ser adecuadamente formulada y plasmada en su planeación, su proyecto y sus resultantes programas que deberán ser coordinados con miras a su ejecución. Esta Dinámica se plasma en esta propuesta a través de UPM a nivel público, es decir, la PPM.

Volviendo al término burocracia, utilizado en sentido amplio, vendrá entonces en consecuencia a utilizarse para englobar y

describir todo aquello que implica el trazado integral del sistema de salud de un país, con sus normativas y organigramas, su contexto social y hasta político, en sentido amplio. En sentido estricto, estamos frente a una burocracia de un sistema de salud circunscripto a una implementación efectiva de las mencionadas UPM.

5 LA INNOVACIÓN TERAPÉUTICA, LA INVESTIGACIÓN MÉDICA CON LA CONTRIBUCIÓN DEL PACIENTE Y LAS UNIDADES PRODUCTORAS DE MEDICAMENTOS (UPM) EN ARGENTINA

En este campo, la socióloga Renée Fox acentúa la posibilidad de un rol activo del paciente contribuyente al desarrollo de la ciencia médica en el mismo hospital, siendo un caso de referencia la utilización de medicamentos de prueba en hospitales como la cortisona o la ciclosporina, principio activo empleado comúnmente en el trasplante de órganos. Su teoría esboza que el médico está desarrollando investigación en el mismo hospital, a través de su práctica con el paciente y dentro de lo que ella denomina “dilema entre experimentación y terapéutica” pues se trata de probar la eficacia de su innovación a través del mismo paciente con un doble objetivo: curar la enfermedad o tratarla por lo menos y también realizar su propia labor de investigación con el enfermo, quien pasa de ser un sujeto pasivo a ser uno activo desde el momento en que conoce que el procedimiento no sólo persigue su curación o alivio sino además el mismo progreso de la ciencia (FOX, 1959).

En el caso que ocupa a los medicamentos en los hospitales y su relación con la innovación tecnológica a través de su título de protección, a saber, las patentes, la propuesta de la función de una UPM es de naturaleza social en el sentido de que, tal como

apunta Oro Boff, un sistema de patentes también puede constituirse en un instrumento de fomento y de erradicación de la pobreza porque estamos frente a un papel considerando dentro de un conjunto más amplio de medidas políticas nacionales de desarrollo tecnológico y obedeciendo a los mismos intereses del país. En efecto, tal como ella lo sostiene, diseminar la cultura de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, priorizando sobre todo la disponibilidad de recursos y garantizando una infraestructura necesaria, parece ser el camino para que pensar que la propiedad intelectual pueda contribuir al desarrollo económico y social (BOFF, 2009, p. 57).

La propiedad intelectual, importante mecanismo para la protección de invenciones derivadas del intelecto humano es un área diferenciada de la propiedad material y hoy en día cuenta con un importante estímulo cuando se relaciona con la utilidad colectiva, aquí incluidas las invenciones (BOFF; LIPPSTEIN, 2015, p. 30).

Como factor de puesta en marcha del punto anterior en específico así como en general de lo hasta aquí expuesto, es preciso poner en conocimiento una teoría desarrollada en Argentina, país que más se ha preocupado en el tema de la PPM. Esta teoría ha sido recientemente en ese país por especialistas en estudios sociales de tecnología e innovación que propone abordar la PPM con un enfoque de tecnología organizacional y política pública y como un instrumento que busca como fin dinamizar procesos de desarrollo inclusivo. Santos, Guillermo y Becerra, Lucas, Investigadores del Área de Estudios Sociales de la Tecnología y la Innovación del Instituto de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología (Universidad Nacional de Quilmes) sobre cuyo trabajo se basa el presente artículo.

Hablar de desarrollo inclusivo significa despuntar la ciencia y la tecnología propia de una región y subsecuentemente de un país pero en esferas que van más allá de la privada o la mixta. Nos referimos a la PPM a través del trabajo articulado de laboratorios públicos y de farmacias hospitalarias y es que, ya en los albores del año 2000, el hospital público ha pasado de ser durante siglos el asilo de los pobres a convertirse en una institución prototipo de las sociedades modernas, lugar de referencia privilegiada en la investigación médica y en el desarrollo de técnicas de punta (ADAM; HERLIZCH, 1994, p. 37).

En Argentina, la cuestión va más allá de la ya compleja provisión de medicamentos, enfocándose a puntos estratégicos que plantea actualmente el sector salud y que incluyen: la política pública integrada, como factor en sí mismo y como factor capaz de desarrollar políticas públicas transformadoras dentro de la Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico; la eficiencia del gasto público y privado que se genera en la producción de medicamentos, lo cual implica un conjunto amplísimo de *estrategias* a desarrollar; una garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones para todos; el factor de la innovación con su desafío de generar dinámicas con miras al desarrollo inclusivo. A partir de esos cuatro puntos estratégicos mencionados que plantea el sector salud citan los especialistas tres preguntas-problema: ¿qué capacidad tiene el actual sector público productor de medicamentos y cuál es la relación entre política de salud y mercado de medicamentos?; como factor de implementación y de transformación, ¿es posible configurar una política integral de PPM que conviva con la compra privada?; ¿bajo qué condiciones una política pública de PPM puede desplegar dinámicas concretas de desarrollo inclusivo? (SANTOS; BECERRA, 2016, p. 251)

El panorama debe ser visto el sector general tanto con sus complejidades como con sus oportunidades.

Existe una fuerte crítica al sistema privado y a la industria farmacéutica que éste desarrolla por adueñarse del presupuesto general destinado al sector salud y de la cadena de provisión de medicamentos, pero esto no es visto desde la raíz del problema: si se tuviera un mayor escenario presupuestario destinado a la eficiencia innovadora por las UPM y una participación concreta y eficiente de éstas dentro del aparato legal y regulatorio, podría verse más abierta gran parte de tal hegemonía privada.

La pregunta resaltante que hemos de hacernos es ¿cuál es la importancia que adquiere el mercado de los medicamentos y su dinámica dentro del concepto de gasto en salud? Existen muchas y conocidas inconsistencias como por ejemplo la baja en la capacidad de compra frente a la permanencia alcista de la capacidad de venta lo cual es producto de la propia estructura y diseño del sistema de salud y su consecuente dinámica.

El secreto para el desarrollo inclusivo las UPM pareciera radicar en los conceptos de Presupuesto + Participación Eficiente de la UPM, no respecto la eterna discusión entre el sector genérico y el innovador sino frente a la apropiación y hegemonía de todo el sector farmacéutico privado en el presupuesto público, dándose en consecuencia una altísima concentración en laboratorios privados nacionales y transnacionales con el consecuente control de precios determinado por el sector dominante resultando la fórmula: a mayor concentración, mayor control de precios.

Las UPM conforman el sector de la PPM y se subdividen en laboratorios públicos y en farmacias hospitalarias. Ambos tipos producen medicamentos pero dirigidos a un público distinto ya que las segundas destinan sus productos generalmente

a los pacientes a cuyo hospital pertenecen, mientras que los laboratorios públicos surten medicamentos a una extensa red de sistemas de salud a lo largo del territorio del país, abarcando hospitales públicos o privados, planes y programas de provisión pública de medicamentos o inclusive venta minorista en farmacias.

Es de tener en cuenta además que entre esos laboratorios podemos encontrar lo que dependen del gobierno nacional, de universidades nacionales, de gobiernos provinciales e incluso de municipios (SANTOS; BECERRA, 2016, pp. 255-259).

Analizando lo que contempla el estudio de las farmacias hospitalarias, en la PPM, basándose en la Resolución Ministerial argentina 286/08, la salud es un derecho y el medicamento un bien social siendo una función del Estado garantizar la accesibilidad y ordenar la distribución de recursos y el aprovechamiento de capacidades instaladas y de recursos humanos (HOYA, 2014).

Frente al problema del acceso a los medicamentos como producto por ejemplo de una crisis, siempre es el esfuerzo público, a través del Estado, el que acaba respondiendo con medidas alternativas, por ejemplo, la provisión gratuita de medicamentos en determinado tiempo y lugar a través de planes concretos. Una vez recuperada la actividad económica, la producción privada vuelve a estar en alza, incrementando su facturación (control de precios en consecuencia) y trayendo como consecuencia que la crisis haya sido finalmente absorbida en forma total por el sector público (SANTOS; BECERRA, 2016, pp. 257-258). Como ejemplo se cita el Plan Remediar del año 2002 a través de la provisión de medicamentos en forma gratuita para 15 millones de personas.

Las propuestas son varias y pertenecerían a otro capítulo pero entre las posibles soluciones cobra especial relevancia las UPM. Garantizar el abastecimiento oportuno de medicamentos, si bien forma parte de la agenda pública y es una obligación del Estado, esto no implica forzosamente que estos bienes deban ser comprados al sector privado. En consecuencia, debería vincularse la política pública a una estrategia de producción y no de compra directa, conforme explican los estudiosos argentinos.

La elaboración de especialidades medicinales por laboratorios públicos acabaría con el pensamiento radical de la naturaleza del medicamento como un bien de mercado, transformándolo en un bien social (SANTOS; BECERRA, 2016, p. 281) pero existen realidades de las UPM en cuanto a: la producción y el abastecimiento, las patentes como traba al desarrollo de las UPM⁶; un adecuado mecanismo de distribución de medicamentos elaborados por esas UPM; número UPM existentes⁷;

⁶ Las UPM fabrican medicamentos con principios activos cuyas patentes se encuentran vencidas y cuentan con restricción para elaborar medicamentos con patente vigente. El argumento de la protección de la patente se encuentra desarrollado ampliamente en la doctrina actual pero encuentra un gran vacío en el caso de la PPM, caso en que la producción – y distribución aludida – del medicamento por las UPM debiera considerar políticas de excepción, máxime si se trata de medicamentos huérfanos, a través de oportunas previsiones legales como las licencias obligatorias, sobre lo cual las legislaciones aún encuentran importantes vacíos a la hora de ponerlas en marcha.

⁷ Parte de esta política lineal debe también culpa a la concentración excesiva en manos de algunas UPM estatales. En Argentina, se citan veinte UPM como parte integrante de la Red Nacional de Productores Públicos de Medicamentos, siendo su objetivo la producción conjunta de medicamentos de manera coordinada pero cuyos bajos resultados saltan a la vista por falta de acciones concretas en materia de producción y también de posicionamiento de la producción pública entre los temas principales de la agenda política del sector salud pública. No se puede dejar de mencionar sin embargo que en el año 2011, en un esfuerzo más defensivo que proactivo de las UPM y del Grupo de Gestión de Políticas de Estado en Ciencia y Tecnología, se obtuvo la Ley 26.688 que declaró de interés nacional la

tecnología e infraestructura local. Sobre este último punto, sigue siendo un obstáculo importante el hecho de que los principios activos o farmoquímicos sean adquiridos en el exterior por falta de producción local suficiente que se traduce en una capacidad inventiva limitada por parte de la industria nacional importadora de aquellas fórmulas, dicho de otra manera, se refleja en las cifras una reducida dinámica de innovación local.

Al respecto esgrimen los autores como causa del problema las racionalidades que imperan en las políticas y programas de ciencia y tecnología en el sentido de que éstas responden al modelo lineal de innovación. Así, si bien existe un número importante de institutos y centros de investigación médica, todavía cuentan con bajos niveles de interacción con las unidades de producción. Aquí cobra una excepción importante los laboratorios que pertenecen a las universidades nacionales sin que por ello el producido global de la dinámica innovativa del país resulte más feliz por tal excepción (SANTOS; BECERRA, 2016, pp. 261-262).

Resaltemos ahora que entre los principales principios activos elaborados por laboratorios públicos argentinos se encuentran analgésicos y antibióticos de uso habitual y también drogas utilizadas para tratar enfermedades crónicas. La provincia con mayor abastecimiento de medicamentos de producción pública es la de Santa Fe y le siguen San Luis y Río Negro (MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, 2015). En el año 2014 se planificó un financiamiento por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica del Fondo Argentino Sectorial (FONARSEC) para la PPM tuberculostáticos integrando el trabajo conjunto de la Universidad del Litoral y el

investigación y PPM, sus materias primas, las vacunas y los productos médicos. Esta ley argentina aún carece de reglamento pero puede resultar un sugerente a la normativa de otros países en la materia por sus líneas estratégicas de acción.

Laboratorio Industrial Farmacéutico S.E. (LIF) cubriendo áreas estratégicas y de vacancia en la provisión de especialidades medicinales prioritarias (MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA, 2014).

CONCLUSIONES

Dentro de la Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico, la PPM llevada a cabo a través de sus UPM juega un rol preponderante en la agenda pública del sector salud del país. Cuando es puesta en marcha de manera coordinada y positiva, conlleva en sí misma fines de inclusión y desarrollo social y productivo y es un instrumento de política pública de salud integrada y dinámica innovativa con capacidad de producir bajo demanda específica obedeciendo a un trazado territorial nacional preestablecido, con límites demográficos. De esta manera, cumple la función de asegurar la provisión y distribución adecuadas a la población y desarrollar los medicamentos huérfanos.

Visto como lo que es y aunque le pese la realidad de la desventura de los problemas propios del necesario aparato burocrático legal, la PPM es una opción a la elaboración tradicional privada de medicamentos, llevada a cabo por laboratorios nacionales, con principios activos que sean accesibles en el mercado nacional y extranjero. Es una herramienta que conlleva en sí misma la noble acción a la que está destinado un fármaco, que es no es otra que cumplir con un bien social de acceso a la salud más allá de su valor patrimonial, sin desmerecer la propiedad intelectual de la patente de la que goza el medicamento, lo cual puede lograrse con un Plan de Acción que prevea no sólo mecanismos legislativos oportunos sino por sobre todo, estrategias de puesta en marcha en los distintos ciclos de la

innovación farmacéutica vista, en sus distintas fases y hasta llegar a manos del consumidor final.

Finalmente, en cuanto al primer tema que hemos abordado, dejamos por sentada la tarea positiva que conllevaría una licencia obligatoria bien estructurada, celebrada y fundamentalmente concedida respetando cualesquiera de sus dos principales finalidades, a saber, la de salvar una situación de emergencia nacional o la de garantizar su efectiva explotación si ésta no se ha producido en el territorio. Sin embargo, no se debe olvidar que muchas veces la promoción de esta figura encubre una finalidad encubierta, en el sentido de que más allá de garantizar la salud pública lo que realmente busca es facilitar y patrocinar la copia ilegal de medicamentos, lo cual constituye un flagrante ataque a la propiedad intelectual que se traduce en falta de seguridad jurídica para el inversor, provocando este hecho un gran desaliento a la inversión extranjera en cualquier país del mundo.

En tiempos en que una pandemia aqueja, un repensar sobre la función primigenia de la propiedad intelectual en su arteria que la conecta con el acceso a la salud es lo que este trabajo intenta esbozar. La participación plural y articulada de todo el engranaje que integra la materia y, en definitiva, de todos los actores de la innovación, se hace indispensable para la obtención de resultados inmediatos y ciertos.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudine. **Sociologie de la maladie et de la médecine**, 2010, Saint-Jean-de-Braye, Francia: Editorial Armand Colin, Imprimerie Nouvelle, 1994.

ARGENTINA. **Ley 26.688 del 29 Junio de 2011**. Que declara de interés nacional la investigación y producción pública de medicamentos, materias

primas para la producción de medicamentos, vacunas y productos médicos. Buenos Aires: Congreso Argentino. Disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26688-185041/texto>>. Acceso en: 10abr. 2020.

BOFF, Salete Oro. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Inovação, gestão e transferência tecnológica. Passo Fundo: EDIMED, 2009.

BOFF, Salete Oro; LIPPSTEIN, Daniela. Biodiversidade, conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual: um caminho para o desenvolvimento sustentável. *In*: BOFF, Salete Oro; LIPPSTEIN, Daniela; KAUFAMANN, Patrícia Tavares Ferreira (org.). **Novas Tecnologias, Direitos intelectuais e Políticas públicas**. São Paulo: Letras jurídicas, 2015. v. 2.

CAMPOS, Juarez de Queiroz; PRESOTO, Lúcia Helena. **A burocracia na administração de saúde**. São Paulo: Editora Jotacê, 2002.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. L'épreuve politique de la pandémie. **Médiapart**, París, 19 marzo 2020. Les Invités de Médiapart. Disponible en: <<https://blogs.mediapart.fr/les-invites-de-mediapart/blog/190320/l-epreuve-politique-de-la-pandemie>>. Acceso en: 10 abr. 2020.

DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994.

FOX, Renée. **Experiment perilous, physicians and patients facing the unknown**. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1959. Disponible en: <https://books.google.com.br/books?id=VjN-_al6lZoC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=ren%C3%A9e+fox,+experiment+perilous,+physicians+and+patients+facing+the+unknown,+The+free+Press,+1959&source=bl&ots=_N7CmOh0DB&sig=gmbhAbW1NDpDnjuHxHoyB10ak-bI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0uvnDof70AhUBDZAKHaCWAN-8Q6AEIJjAB#v=onepage&q=ren%C3%A9e%20fox%2C%20experiment%20perilous%2C%20physicians%20and%20patients%20facing%20the%20unknown%2C%20The%20free%20Press%2C%201959&f=false>. Acceso en: 8 abr. 2020.

HOYA, Arturo. **Producción Pública de Medicamentos**: una respuesta a los medicamentos huérfanos pediátricos. *In*: XIV CONGRESO ARGENTINO Y II CONGRESO SUDAMERICANO DE FARMACIA HOSPITALARIA. 2014, Santa Fe (Argentina). Disponible en: <<http://www.aafhospitalaria.org.ar/imagenes/descargas/2014-6-b.pdf>>. Acceso en: 7sept. 2019.

INSTITUTO ESPAÑOL DE COMERCIO EXTERIOR (ICEX). Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Brasilia. **Patentes y acceso a los medicamentos**. Brasilia, 2009. Disponible en: <http://www.fedeto.es/area_internacional/marco_politico_datos_brasil.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2019.

JALIFE DAHER, Mauricio. Régimen de licencias obligatorias de patentes en el campo de la salud. *In*: BRENA SESMA, Ingrid (coord.). **Salud y Derecho**. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

JOLIET, René. **Der Patentlizenzvertrag im belgischen und französischen Zivilrecht**. Munich: GRUR Int., 1982.

MÉXICO. **Ley de la Propiedad Industrial del 27 de junio de 1991**. Ciudad de México: Cámara de Diputados. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50_180518.pdf>. Acceso en: 10 abr. 2020.

MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA. Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica. **Nuevo financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos**. Buenos Aires, 02 jul. 2014. Disponible en: <<http://www.mincyt.gob.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para-produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181>>. Acceso en: 07 sept. 2019.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS. Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo. Subsecretaría de Planificación Económica. Dirección Nacional de Planificación Regional – Dirección Nacional de Planificación Sectorial. **Complejo Farmacéutico**. Serie Complejos Productivos. Buenos Aires, jun. 2015. Disponible en: <http://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/Complejo_Farmacutico.pdf>. Acceso en: 08 abr. 2020.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). **Tema 27 del proyecto del programa**. 1972. Disponible en: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acceso en: 8 de abr. 2020.

SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud.

In: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (coord.). **Tecnologías para incluir:** Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas. Buenos Aires: IESCT; Universidad Nacional de Quilmes; Lenguaje Claro Editora, 2016.

4

A EFICÁCIA SOCIOAMBIENTAL DO MODELO DE CONCESSÃO PÚBLICA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA NO MUNICÍPIO DE MANAUS À LUZ DA TEORIA DE ELINOR OSTROM: REABILITANDO OS “COMMONS”

THE SOCIO ENVIRONMENTAL EFFECTIVENESS OF THE PUBLIC CONCESSION MODEL IN THE DELIVERY OF WATER SUPPLY SERVICE IN THE CITY OF MANAUS ACCORDING TO THE ELINOR OSTROM THEORY: REHABILITATING THE “COMMONS”

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro

Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Ambiental (UEA). Advogada e Professora da Universidade do Estado do Amazonas e PPGDA, na área de Direito Administrativo e Administrativo Ambiental.

Pedro Cintra Machado

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Amazonas (UEA)

RESUMO

O atual modelo de Concessão Pública para captação e distribuição de água potável no Município de Manaus/AM tem demonstrado não ser sustentável, uma vez que não possui eficácia socioambiental. A ineficácia social é evidente quando se percebe o elevado custo tarifário em relação aos demais Estados da Região Norte. Por outro lado, a ineficácia ambiental é verificada especialmente a partir das evidências de rebaixamento dos níveis do aquífero Alter do Chão naquele Município. É proposta então uma mudança do modelo de gestão deste recurso natural, a partir dos achados empíricos das pesquisas da Economista Institucional Elinor Ostrom, primeira mulher a ganhar um prêmio Nobel de Economia. Tais achados sugerem que quando se promove um arranjo institucional de agentes locais, a partir de certos requisitos específicos, como a capacidade de autogestão (ainda que sobre a supervisão de um Governo Central), com meios de solução rápida de conflitos, dentre outros, os resultados são melhores quanto às características socioambientais da atividade econômica promovida.

Palavras-Chave: Concessão pública; Tragédia dos comuns; Governança dos bens comuns; Aquífero Alter do Chão.

ABSTRACT

The current model of Public Concession for abstraction and distribution of water in the City of Manaus, Amazon State, has been shown not to be sustainable since it does not have socio-environmental effectiveness. The lack of social efficacy is evident due the high costs related to public water supply in comparison to other States of the North Region of Brazil. On the other hand, the lack of environmental defense is verified by the lowering of the levels of the aquifer named “Alter do Chão” in that City.

Finally, the authors suggest a change in the management model of that natural resource exploration, based on the empirical findings of Institutional Economist Elinor Ostrom's research papers, the first woman to win a Nobel Prize in Economics. These findings point towards the evidence that when institutional arrangements of local agents are provided, based on certain specific requirements, such as the self-management rules (even on the supervision of a Central Government), with means of rapid conflict resolution, among others, results are more effective considering the socio-environmental characteristics of that water enterprise.

Keywords: Public concession; Tragedy of the common; Governing the commons; Alter do chão aquifer.

Sumário

Introdução. 2. Características hidro-geológicas do Município de Manaus e breve histórico do modelo de exploração e distribuição regional de águas. 3. O modelo de concessão de serviços públicos no Direito brasileiro confrontado com a principiologia positivada no ordenamento constitucional. 4. O paradigma da Tragédia dos Comuns de Hardin revisitado por Ostrom e o intervencionismo estatal como política de preservação do meio ambiente. 5. Proposição de um novo modelo de prestação do serviço de captação e distribuição de água para o Município de Manaus, a partir das sugestões de Elinor Ostrom. Conclusões. Referências.

Recebido em: 28.02.2020

Aceito em: 27/03/2020.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar o modelo de concessão pública dos serviços de captação e distribuição de águas no

Município de Manaus/AM para verificar se tais serviços convergem com os princípios do Estado de Direito Ambiental, em particular se há, com efeito, eficácia socioambiental na referida prestação.

Inicialmente, é realizada uma descrição das características hidrogeológicas do Município de Manaus e de como se deu a exploração e distribuição do recurso natural água potável naquela localidade, demonstrando algumas evidências de degradação ambiental, especialmente o rebaixamento do chamado aquífero Alter do Chão. Além disso, serão abordados alguns aspectos atinentes ao atual modelo de exploração.

Em seguida, é realizada uma crítica a respeito do atual modelo de Concessão dos Serviços Públicos no Brasil, em contraposição aos princípios positivados no ordenamento constitucional vigente, em particular os princípios da Eficiência e da Eficácia, com ênfase na eficácia socioambiental.

Passa-se então a discorrer a respeito do modo pelo qual o chamado dilema da Tragédia dos Comuns influenciou a política ambiental intervencionista no Brasil, confrontando-a com as pesquisas empíricas realizadas por Elinor Ostrom, detalhando o modelo proposto por aquela autora, a partir de suas sugestões para a instituição e dimensionamento de arranjos locais de autogestão para exploração sustentável dos recursos ambientais.

Por fim, é realizada uma tentativa de conceber um modelo de exploração sustentável do recurso água potável no Município de Manaus, a partir das descobertas de Ostrom, conformando-o aos institutos legais brasileiros, em especial do Direito Administrativo, por tratar-se de serviço público.

2 CARACTERÍSTICAS HIDROGEOLÓGICAS DO MUNICÍPIO DE MANAUS E BREVE HISTÓRICO DO MODELO DE EXPLORAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO REGIONAL DE ÁGUAS

Manaus, capital do Estado do Amazonas, com população de cerca de 2,1 milhão de pessoas¹, localiza-se próxima ao encontro de dois rios perenes e com alta vazão de águas da Bacia Amazônica, conhecidos como Negro e Solimões², ambos afluentes do Rio Amazonas, considerado o rio mais caudaloso do mundo (MOLINIER, 1996). É entrecortada por vários outros cursos menores de águas, nomeados pela população local como Igarapés. Além dos Igarapés, a cidade tem um grande manancial de águas subterrâneas, pertencente ao aquífero Alter do Chão, reserva com grande saturação e pouca profundidade.³ (SOUZA, 2013)

A despeito da favorável disposição das características hidrogeológicas do Município de Manaus, a acessibilidade a este recurso natural é limitada. Pesquisa realizada pelo Conselho Federal de Administração (CFA), publicada em 2018, aponta que o habitante daquele município paga, em média, um preço seis vezes superior ao dos outros municípios da Região Norte⁴.

¹ Segundo estimativa feita pelo IBGE. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/manaus/panorama>Acesso em: 9 ago.2019.

² Coordenadas geográficas: Latitude: -3.10719, Longitude: -60.0261 3° 6' 26" Sul, 60° 1' 34" Oeste.

³ Vide SOUZA (2013), a respeito das características hidrogeologias do aquífero. É de cerca de 33.000 km³ a estimativa de volume do aquífero na região da Bacia do Amazonas.

⁴ Segundo o estudo publicado pelo Conselho Federal de Administração (CFA), a tarifa média do Município de Manaus é de R\$ 5,28, cerca de 170% a mais do que a média da tarifa na Região Norte, que é de R\$ 3,11.

O direito à água, vista como recurso hídrico, é regulado pela Lei n.º 9.433/97, conhecida como Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, que disciplinou o art. 21 da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional não enumera expressamente este direito como direito humano fundamental, entretanto, uma vez que o acesso à água é imprescindível para que exista um meio ambiente equilibrado, ele foi absorvido pelo art. 225⁵, sendo reconhecido por muitos autores como um direito humano de terceira geração. (BONAVIDES, 2004, p. 569)

O texto constitucional determina em seu art. 30, inciso V que “(compete aos municípios:)(...) organizar e prestar, diretamente **ou sob regime de concessão ou permissão**, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.” (grifou-se)

Por sua vez, a Lei n. 9.433/1997, que instituiu a política nacional de recursos hídricos e o sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, determina em seu art. 1º, inciso VI, que: “(...) a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, **dos usuários e das comunidades**.” (Grifou-se)

A participação popular na gestão, entretanto, não se verificou em julho de 2000, quando o Governo do Estado do Amazonas iniciou a privatização de parte da estatal COSAMA – Companhia de Saneamento do Amazonas, empresa responsável até então pelo serviço de fornecimento de água tratada à população do Município de Manaus⁶. O segmento privatizado foi exatamente

⁵ Art. 225 (CRFB/88) Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁶ A COSAMA (Companhia de Saneamento do Amazonas) foi constituída a partir do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), criado em 1971,

o que era o responsável pelo abastecimento de água tratada para o Município.

A exploração do serviço passou a ser feita em regime público de Concessão, após o pagamento de R\$ 202,6 milhões (duzentos e dois milhões e seiscentos mil reais) feito ao Estado pela empresa Águas do Amazonas. Na ocasião, estimava-se o patrimônio contábil da COSAMA em mais de R\$ 400 milhões ⁷.

A alienação da estatal foi vista com desconfiança à época, o que motivou a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito pela Assembleia Estadual do Amazonas, que entretanto, não produziu resultados concretos. Foi ainda alvo de uma ação civil pública, movida pelo Ministério Público Estadual do Amazonas, com fundamento na presença de potenciais vícios de legalidade no processo administrativo que autorizou a concessão.

A despeito dessa discussão, cujo escopo foge do presente artigo, o prazo de concessão foi ampliado por mais trinta anos em 2012, por decreto do então prefeito do Município de Manaus encontrando termo somente em 2045.

Em todos estes atos, ficou configurado, de forma pública e notória, que, com efeito, não houve participação dos usuários e da população no processo de concessão, e muito menos na posterior troca de titularidade do prestador, uma vez que a transferência de propriedade do concessionário subsumiu-se às regras do direito empresarial privado, pelo que, hodiernamente, a empresa AEGEA Saneamento e Participações S.A. explora o referido contrato.

que implementou o modelo das Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESB's).

⁷ A possibilidade do processo de privatização das CESB's foi regulamentada pela Lei n. 8.987/1995, promulgada durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que reviu as concessões de serviços públicos.

Quanto à sustentabilidade do modelo de exploração implantado, não há estudos capazes de demonstrar qualquer prejuízo ao regime do Rio Negro, em razão da captação de água nele realizada. Entretanto, já há pesquisas que apontam o impacto da captação de águas subterrâneas, como a realizada por Mateus Alves Saraiva (2017, p. 56) onde ficou demonstrado rebaixamento do aquífero no ano de 2017, especialmente na região centro-leste, conforme se percebe na Figura 1.

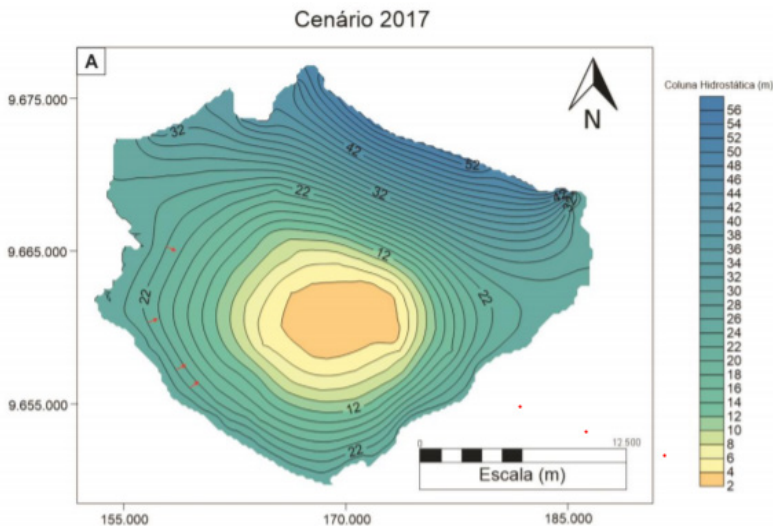


Figura 1. Cenário de 2017, demonstrando o rebaixamento acentuado na região centro-leste do Município de Manaus, tida como de alta densidade populacional⁸.

⁸ Vide dissertação de Mestrado de Mateus Alves Saraiva. Avaliação da sustentabilidade do uso da água do aquífero Alter do Chão na zona urbana de Manaus.

É possível inferir, deste modo, que o atual modelo tem sido inapto tanto para promover a sustentabilidade da exploração econômica das águas subterrâneas, quanto para prover a acessibilidade da água tratada aos extratos populacionais menos privilegiados, em razão da elevada tarifação.

3 O MODELO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO BRASILEIRO CONFRONTADO COM A PRINCIPIOLOGIA POSITIVADA NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

O termo serviço público encontra um sem número de definições na literatura. Há, entretanto, a interpretação segundo a qual, serviço público é todo aquele serviço prestado de forma direta ou indireta pelo Estado à coletividade. O serviço de fornecimento de água é tido como serviço público essencial, segundo art. 10 da Lei n. 7.783/1989.

O art. 175 da Constituição Federal de 1988, por sua vez, determina que a prestação de serviço público de forma indireta se dará sob regime de permissão ou concessão. O regime de concessão é definido de forma cristalina por Celso Antônio Bandeira de Melo, quando aduz que:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. (MELO, 2015, p. 725)

Flagrante, a partir do conceito acima, a ênfase à dimensão econômica dos contratos dessa natureza, bem como a transferência do ônus remuneratório dos serviços aos administrados, que o farão por meio de tarifas.

Os defensores deste modelo de contrato público costumam pugnar pelo argumento do aumento de eficiência na prestação do serviço, em razão da especialização da atividade. Ocorre que, ainda que os concessionários fiquem vinculados aos princípios próprios da administração pública, há inexoravelmente disposições antitéticas decorrentes da própria natureza das organizações privadas, cujo principal objetivo é a maximização do lucro.

Verificada a métrica da economicidade na implementação de certo serviço público, é possível avaliar a sua eficiência, entretanto a adequada prestação alia o princípio da eficácia ao binômio, como explícito no ordenamento constitucional, de modo que ela possa alcançar os fins que lhe são atribuídos.

eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória e os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige muito mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriamente na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à Administração Pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim. Essa interpretação remete-nos a dois modos de consideração do custo administrativo: a um modo absoluto, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada, indiferente se outras alternativas,

apesar de mais custosas, apresentam outras vantagens; a um modo relativo, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada somente se as vantagens proporcionadas por outras opções não superarem o benefício financeiro.(ÁVILA, 2005)

A esta altura, provavelmente questiona-se o leitor se é possível conciliar duas disposições tão antitéticas na perseguição da concretude do binômio eficiência-eficácia associado ao modelo de concessão de serviços públicos, quais sejam a maximização do lucro e o atingimento dos fins sociais, ambientais, culturais e éticos que sobejam no texto constitucional.

É certo que, estruturalmente, a legislação, a doutrina e a jurisprudência têm mitigado o aspecto puramente econômico vinculado à persecução do elemento lucro pelas corporações privadas a partir de vetores legais e interpretativos, como quando se invoca o princípio da modicidade de tarifas ou a primazia do interesse público, entretanto pululam exemplos de prestação inadequada de serviços públicos por empresas privadas.

Antes do advento do chamado Plano Nacional de Desestatização (PND), implementado por meio da Lei n. 9.491/1997, as concessões de serviços públicos eram condicionadas à modalidade de licitação denominada concorrência. Entretanto, a convergência política do Estado Brasileiro com o pensamento neoliberal trazido no bojo do processo internacional de globalização redefiniu, a partir do argumento de necessidade de ganho de eficiência, o ímpeto legislativo, que trouxe o novel diploma legal, o qual, em seu art. 2º, § 4º inaugurou a possibilidade do uso da modalidade leilão no processo licitatório das concessões públicas. O motor de tal mudança alcança transparência cristalina na fala de Luis Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso:

A crise do Estado impôs a necessidade de reconstruí-lo; a globalização, o imperativo de redefinir suas funções. Antes da integração mundial dos mercados e dos sistemas produtivos, os Estados podiam ter como um de seus objetivos fundamentais proteger as respectivas economias da competição internacional. Depois da globalização, as possibilidades do Estado de continuar a exercer esse papel diminuíram muito. Seu novo papel é o de facilitar para que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva. A regulação e a intervenção continuam necessárias, na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infraestrutura - uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir a nível mundial. A diferença entre uma proposta de reforma neoliberal e uma social democrática está no fato de que o objetivo da primeira é retirar o Estado da economia, enquanto que o da segunda é aumentar a governança do Estado, é dar ao Estado meios financeiros e administrativos para que ele possa intervir efetivamente sempre que o mercado não tiver condições de coordenar adequadamente a economia. (PEREIRA, 1997)

A despeito do sucesso legislativo obtido, a comunicação do sistema político ao sistema jurídico, ao incorporar os novos vetores neoliberais foi muito ruidosa, dando azo a uma série de ações que visavam a examinar a constitucionalidade da referida lei.⁹ (LUHMANN, 1996)

⁹ Vide Luhmann, Niklas, em particular a Teoria dos Sistemas Sociais. A sociedade luhmaniana formula-se de forma contingente, reduzindo sua complexidade a um conjunto de subsistemas funcionalmente especializados cujo elemento integrador é a comunicação. Essa comunicação ocorre de forma diferente dentro do subsistema e entre os diferentes subsistemas. Cada subsistema tem um processo comunicativo particular, onde os indivíduos participantes deste dispõem de um substrato linguístico específico que provê a sua operacionalidade. A comunicação entre os diferentes subsistemas, entretanto, presume uma capacidade comunicativa entre eles. Dados os diferentes substratos linguísticos-comunicativos, esta comunicação Inter sistêmica pode ser harmoniosa ou ruidosa, ambas

Portanto, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro, alinha-se pendularmente, ora com um ideário político-econômico neoliberal, ora com o paradigma do Estado intervencionista e provedor (MACHADO, 2015). Em um e em outro caso, a construção da estrutura socioeconômica e jurídica tem se demonstrado historicamente ineficaz, se levarmos em conta a implementação de empreendimentos ambientalmente e socialmente sustentáveis, mais conformes ao ideário constitucional. Tal estado de coisas se deve à influência do paradigma da Tragédia dos comuns sobre a *mens legislatoris*, como idealizado por Garret Hardin, na produção legislativa e no desenho institucional brasileiros. (HARDIN, 1968)

No presente artigo, buscar-se-á demonstrar que é preciso revisitar o processo de implementação da exploração econômica de recursos ambientais, especialmente da captação e fornecimento de águas no Município de Manaus, para que sejam privilegiados, enquanto agentes econômicos, os indivíduos ou instituições com características próprias dos “commoners”¹⁰, segundo a terminologia utilizada por Elinor Ostrom (BOLLIER, 2014). Trata-se, portanto, de uma superação necessária do paradigma da Tragédia dos Comuns rumo à sustentabilidade plena.

normais e até esperadas em sistemas abertos continuamente submetidos a necessidade de adaptação ao entorno que exerce pressões e imprime alterações estruturantes, em um comportamento que ele descreve como autopoietico, termo que capturou da compreensão científica dos sistemas biológicos.

¹⁰ *Commoner* é uma palavra inglesa, cuja tradução literal mais aproximada seria plebeu. No presente artigo, preferiu-se pela utilização do termo para vinculá-lo ao conceito de Commons, ou seja, bens públicos, como os recursos do meio ambiente. É uma referência aos indivíduos ou ainda instituições constituídas por estes mesmos indivíduos que têm uma grande proximidade desses bens comuns que costumam explorar, tanto geográfica, quanto culturalmente. No exemplo clássico usado por Garret Hardin, seriam os pastores de ovelhas que dividem uma área de pasto (common) para alimentar suas criações.

4 O PARADIGMA DA TRAGÉDIA DOS COMUNS DE HARDIN REVISITADO POR OSTROM E O INTERVENCIONISMO ESTATAL COMO POLÍTICA DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

O ensaio de Garret Hardin, intitulado “thetragedy of the commons”, foi publicado em 1968 na revista Science, e ganhou grande repercussão. Com forte orientação neomalthusiana, o biólogo Hardin defendeu o postulado de que indivíduos, ao explorarem determinado bem comum, sempre buscariam maximizar seus resultados, em detrimento da coletividade, pelo que os recursos comuns tenderiam a ser esgotados, o que nos remete ao chamado dilema do prisioneiro.

Por esta razão, Hardin defende duas possíveis saídas para que houvesse a preservação dos recursos comunitários: (i) Atuação direta do Estado como elemento regulamentador, limitando a atividade individual; (ii) privatização dos recursos comuns.

Uma das principais preocupações da filosofia política é encontrar uma solução para a tragédia dos comuns. E essa solução quase sempre sugere a necessidade de regulamentação por uma autoridade estatal. Entretanto, não é incomum que as normas regulamentadoras sejam baseadas em premissas meramente teóricas.

Elinor Ostrom destaca que a problemática da destruição de recursos naturais é uma constante na atualidade, mas que não há consenso sobre como resolver o problema. Ostrom ressalta que as políticas públicas formuladas para tal são, em sua maioria, embasadas em premissas teóricas, por vezes metáforas, segundo as quais somente instituições estatais ou mecanismos privados poderiam solucionar a questão. Ela estatui essas premissas teóricas e/ou metáforas como três modelos influentes a respeito da gestão de bens comuns: a tragédia dos comuns, o jogo do dilema dos prisioneiros e a lógica da ação coletiva (VIEIRA, 2014, p. 368).

A assunção unilateral da gestão dos recursos comuns pelo Estado, porém implica em um grau de intervencionismo e também de consumo significativo de recursos públicos.

(...) a solução da problemática exigiria o controle total do acesso e do uso dos bens, assim como das sanções a serem aplicadas àqueles que descumprissem as normas, pelo Estado: um novo Leviatã, realizando um manejo tecnocrático dos bens comuns, com base no conhecimento científico dos experts, pretensamente em posse de toda a informação necessária para administrar – com fortes tendências totalitárias (VIEIRA, 2014, p. 371)

Deste modo, Elinor Ostrom, a primeira mulher a ganhar um prêmio Nobel de Economia, demonstrou em seu trabalho que ensejou a premiação, intitulado “*Governing the Commons*”, que existe uma “terceira via” como solução para o manejo dos bens comuns. Para Ostrom, apesar de não ser possível identificar uma solução única para todas as circunstâncias fáticas, alternativas que mesclam instituições estatais com mecanismos privados, superando a dicotomia entre direito público e direito privado, teriam o condão de estabelecer arranjos plenamente sustentáveis e mais eficientes que as duas propostas que a antecedem.

Ostrom propõe, a partir das conclusões que obteve em sua pesquisa, os seguintes princípios a serem observados para solucionar o dilema da tragédia dos comuns (OSTROM, 1990, pp. 90 a 102) (SIMÕES, 2011): (i) Demarcação clara das fronteiras dos recursos de bem comum e dos seus utilizadores; (ii) As regras definidas têm de ser adequadas às condições locais (época, espaço, tecnologias disponíveis, quantidades de recursos disponíveis, etc.); (iii) Os utilizadores participam na definição/adaptação das próprias regras – acordos coletivos; (iv) Os fluxos de benefícios proporcionados pela gestão comum são proporcionais aos custos de utilização; (v) Há um reconhecimento das

regras da comunidade pelas autoridades externas; (vi) É realizada a monitorização e são respeitadas as regras por parte dos utilizadores, com penalizações para os transgressores; (vii) É garantido o fácil acesso a meios de resolução de conflitos bem como a custos reduzidos; (viii) Há uma ligação na gestão de recursos de menor escala com os de maior escala, partindo do particular para o geral.

Trata-se, portanto, de um conjunto de propostas inovadoras, superando as duas abordagens paradigmáticas anteriores, a saber, o liberalismo e o intervencionismo estatal, que como referido acima, têm se alternado como vetores orientadores das políticas públicas e da produção legislativa, ambas brasileiras.

Foge do escopo do presente artigo a demonstração explicitada magistralmente na obra de Elinor Ostrom, a respeito da casuística utilizada por ela na consubstanciação de seus achados empíricos. Entretanto, sugere-se ao leitor ávido pelo aprofundamento teórico que busque em seu livro, intitulado “Governing the Commons”, os alicerces de suas conclusões.

5 PROPOSIÇÃO DE UM NOVO MODELO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE CAPTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA PARA O MUNICÍPIO DE MANAUS, A PARTIR DAS SUGESTÕES DE ELINOR OSTROM

Para a adequação do serviço de captação e fornecimento de água encanada no Município de Manaus a um modelo que incorpore as propostas idealizadas por Ostrom, seria preciso efetuar um amplo leque de mudanças. Dentre estas, pode-se enumerar:

(i) Atomização da titularidade da prestação do referido serviço. A exploração feita por apenas uma empresa não se subjaz

às propostas sugeridas por Ostrom, sendo mais consentânea ao modelo sugerido por Hardim, de privatização dos recursos comuns. Entre os titulares, devem estar preferencialmente aqueles diretamente interessados pela conservação do meio ambiente, vinculados a ele por nascimento ou domicílio.

(ii) Criação de uma pessoa jurídica com papel aglutinador, regulador e fiscalizador das atividades dos vários prestadores. Tal entidade poderia ser constituída como uma organização sem fins lucrativos ou ainda como uma cooperativa administrada pelos próprios prestadores e obrigatoriamente sediada no Município de Manaus. Ainda que subordinada às esferas governamentais superiores, tal entidade teria que possuir relativa autonomia regulatória e promover de forma ativa a participação social na tomada de decisões, intermediando o debate entre prestadores e usuários, servindo, além disso como espaço onde são oferecidos meios de solução alternativa de conflitos.

(iii) O Governo local comprometer-se-ia a fornecer subsídios técnicos e supervisão constante, além de estabelecer as diretrizes gerais de funcionamento do modelo.

Entretanto, o regime jurídico das concessões públicas não admite que indivíduos ou empresas locais sejam privilegiados em razão da naturalidade ou do domicílio dos licitantes no processo licitatório, o que é tido como direcionamento de licitação previsto na Lei n. 8.666/1993. Vejamos:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa,

da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e **estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes** ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Grifou-se)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, como visto, partiu de uma fase descritiva, explicitando as características jurídicas do modelo de captação e distribuição de água no Município de Manaus até o presente momento.

Em seguida, foram analisadas algumas circunstâncias ideológicas que orientaram o movimento de terceirização de alguns serviços essenciais de responsabilidade do Estado, dentre os quais os serviços de captação e distribuição de água. Verificou-se que se alternaram duas visões majoritárias, ambas concebidas no dilema da “Tragédia dos Comuns”, de lavra do biólogo Garret Hardin.

A primeira delas defende a privatização dos “Commons”, ou bens comuns, alinhando-se com o pensamento liberal. A outra pugna pelo incremento do Intervencionismo Estatal como mecanismo de garantir a sustentabilidade.

No Brasil, verificou-se que as duas correntes de pensamento influenciaram alternadamente a produção legislativa nacional.

A legislação ambiental é claramente de viés intervencionista. A Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada, como é sabido, pelas cartas constitucionais do chamado *WelfareState*, no que incorporou o direito ao meio ambiente equilibrado ao rol de direitos fundamentais.

Por outro lado, na década de 1980, houve um forte recrudescimento das tentativas de institucionalização de políticas de cunho neoliberal. Neste cenário, foram promovidas as Concessões Públicas de vários serviços públicos essenciais, sob a justificativa da necessidade de adequação do país aos desafios decorrentes do processo de Globalização. Entretanto, esse movimento privatista não foi acompanhado de ganhos que garantissem a eficácia socioambiental, desafiando algumas diretrizes expressas na Constituição Federal como, por exemplo, a sustentabilidade ambiental e a modicidade das tarifas públicas.

Feitas estas considerações, buscou-se elencar, à luz das críticas feitas por Elinor Ostrom ao dilema conhecido como Tragédia dos Comuns, que elementos seriam relevantes para orientar mudanças no processo de captação e distribuição de água para o Município de Manaus.

Entretanto, as sugestões propostas por Ostrom não se amoldam ao modelo de delegação de serviço público conhecido como concessão pública. Como visto, um dos requisitos do modelo, é a atomização do serviço, com o engajamento preferencial de pessoas físicas ou empresas com vínculo geográfico à região onde se dá a exploração do recurso ambiental e a previsão desse tipo de requisito no certame de concessão vai de encontro à vedação ao direcionamento, como disposto no art. 3º, parágrafo 1º, inciso I da Lei n. 8.666/1993.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, N. 04, out/nov/dez, 2005.

BOLLIER, David. *Think like a commoner: a short introduction to the life with the commoners*. GabriolaIsland: New SocietyPublishers, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. PUC MINAS: Belo Horizonte. 2004.

HARDIN, Garret. *The Tragedy of the commons*. Science, New Series, Vol. 162, N. 3859,1968, pp. 1243-1248. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full.pdf><http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full.pdf>Acesso em: 16 nov.2019.

SOUZA, Eliene Lopes de et al. *Síntese da hidrogeologia nas bacias sedimentares do Amazonas e do Solimões: Sistemas Aquíferos Içá-Solimões e Alter do Chão*. Geologia USP. Série Científica, v. 13, n. 1, p. 107-117, 2013.

KISHIMOTO, Satoko; LOBINA, Emanuele; PETIT JEAN, Olivier. *Our public water future: The global experience with remunicipalisation*. Transnational Institute (TNI)/Public Services International Research Unit (PSIRU)/Multinationals Observatory/Municipal Services Project (MSP)/European Federation of Public Service Unions (EPSU), 2015. Disponível em: http://gala.gre.ac.uk/id/eprint/13265/4/13265%20LOBINA%20Public_Water_Future_2015.pdfAcesso em: 1 out.2019.

LUHMANN, Niklás. *Introducción a La Teoría de Sistemas*.Mexico: Universidade Iberoamericana, 1996.

MACHADO, Fernando Moreno. *Desestatização e privatização no Brasil*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, p. 99-119, 2015. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/85646-127254-2-pb_0.pdfAcesso em: 22 out.2019.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOLINIER, Michel et al. *Les regimes hydroiologiques de l'Amazone et de sesaffluents*. IAHS publication, p. 209-222, 1996. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Michel_Molinier/publication/32971568_

Les regimes hydrologiques de l'Amazonie et de ses affluents/links/0912f50902d00a9b22000000/Les-regimes-hydrologiques-de-l'Amazonie-et-de-ses-affluents.pdf Acesso em: 26 out.2019.

OSTROM, Elinor. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Indiana: Cambridge Press, 1990.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. In: Cadernos MARE da Reforma do Estado; v. 3., Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno03.pdf>Acesso em: 27 out.2019.

SANTANA, Felipe Baldin. *Privatização do Saneamento Básico no Brasil: um estudo de caso da cidade de Limeira – SP*. 2015. 28 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso (Gestão do Agronegócio) – Faculdade de Ciências Aplicadas. Universidade Estadual de Campinas. Limeira, 2015. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=000958821A> Acesso em: 27 out.2019.

SARAIVA, Mateus Alves. *Avaliação da sustentabilidade do uso da água do aquífero Alter do Chão na zona urbana de Manaus*. Dissertação (Mestrado em Geociências. PPGEO) – UFAM. Manaus, 2017.

SIMÕES, João. MACEDO, Marta. BABO, Pilar. *Elinor Ostrom: Governar os comuns*. Dissertação de Mestrado. 2011. Disponível em: https://www.fep.up.pt/docentes/cchaves/Simoes_Macedo_Babo_2011_Ostrom.pdfAcesso em: 5 nov.2019.

VARGAS, Marcelo Coutinho; LIMA, Roberval Francisco de. *Concessões privadas de saneamento no Brasil: bom negócio para quem?* Ambient. soc., Campinas, v. 7, n. 2, p. 67-94, Dec. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2004000200005&lng=en&nrm=iso Acesso em: 7 nov.2019.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. CHRISTMANN, Luiza Landerhal. *Gestão de Bens Comuns: Tragédia dos comuns ou tragédia dos comunitários? Reflexões em torno da gestão de unidades de conservação de uso sustentável*. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio, PADILHA, Norma Sueli, ANTUNES, Paulo de Bessa Antunes. DIREITO AMBIENTAL I: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014, pp 365 a 392. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d7a-af355a23f5c7>Acesso em: 8 nov.2019.